
PRESENTACIÓN

Quaderns de Ciències Socials es una publicación cuatrimestral de la Facultat de Ciències Socials de la Universitat de València que tiene como objetivo divulgar investigaciones y trabajos académicos desde una perspectiva multidisciplinar que se centren en el análisis de la dimensión social de la realidad.

Es de especial interés para *Quaderns* publicar estudios enmarcados en las líneas de investigación vinculadas a los estudios de las ciencias sociales, como la Sociología, el Trabajo Social, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, la Economía Aplicada, la organización de Empresas, la Antropología Social o la Psicología Social, pero está igualmente abierta a otras áreas afines (Economía, Derecho, Ciencias Políticas...) que contribuyan a comprender las cuestiones sociales de la sociedad actual.

Quaderns publica preferentemente **trabajos de iniciación a la investigación** de profesorado, personas dedicadas a la investigación (doctorandos, personal investigador en formación), profesionales y estudiantes (Trabajos de Fin de Grado y Trabajos fin de Máster y otros trabajos de contenido científico).



**Medidas de protección
de las trabajadoras
víctimas de violencia
de género: una visión
crítica a los derechos
en el ámbito de su
prestación laboral**

Belén Morant Torán

RESUMEN

La violencia de género es uno de los mayores conflictos a los que se enfrenta la sociedad hoy en día, siendo habitual, desgraciadamente, lamentar la pérdida de la vida de muchas mujeres por esta causa, lo que no hace sino evidenciar una parte de la terrible magnitud de un drama que, a diario, sufren miles de mujeres, y que no siempre resulta visible suficientemente, por no afectar únicamente a su integridad física. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso la introducción de un cuadro de derechos y medidas destinadas a hacer efectiva la protección de la víctima de violencia de género, que también inciden en el ámbito laboral, con la finalidad de hacer compatible el mantenimiento de su prestación de servicios con su condición de víctima de violencia de género. El estudio que se presenta analiza este régimen jurídico de la violencia de género en el Derecho laboral español a partir del análisis de la doctrina judicial procedente de los Tribunales laborales españoles.

Palabras claves: *Violencia de género, Derechos Laborales, Igualdad de género.*

ABSTRACT

Gender violence is one of the greatest conflicts facing society today, and it is, unfortunately, commonplace to lament the loss of the lives of many women as a result, which only highlights part of the terrible magnitude of a drama that thousands of women suffer daily, and which is not always sufficiently visible, as it does not only affect their physical integrity. Organic Law 1/2004, of 28 December, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence, introduced a set of rights and measures aimed at making the protection of the victim of gender violence effective, which also have an impact on the labour sphere, with the aim of making the maintenance of their work compatible with their status as a victim of gender violence. The study presented here analyses this legal regime of the gender violence in the Spanish labour law based on an analysis of the judicial doctrine of the Spanish labour courts.

Keywords: *Gender violence, labour rights, gender equality.*

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA VISIÓN CRÍTICA A LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO DE SU PRESTACIÓN LABORAL *

Belén Morant Torán

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Facultat de Ciències Socials / Universitat de València

Entregado: 07/06/2021 Aprobado: 17/07/2021

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO: CONCEPTO Y ALCANCE EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004

La LO 1/2004 tiene como finalidad erradicar la violencia de género, afrontando para ello esta cuestión desde una perspectiva global, lo que justifica su carácter multidisciplinar. Además, la LO 1/2004 ofrece un conjunto de salvaguardas que abarcan distintos aspectos de la vida, tanto desde una perspectiva preventiva como protectora, superando así el tradicional combate de la violencia de género, hasta ese momento centrada exclusivamente en la tipificación y sanción de la violencia ejercida sobre las mujeres¹. Centrándonos en la perspectiva protectora, es decir, aquella que pretende otorgar derechos a las víctimas de violencia de género con la finalidad de reducir su situación de desamparo y el impacto económico, laboral y social que ello supone, cabe destacar que el acceso a esta protección está condicionado por dos elementos: el concepto de violencia de género y el alcance que se le otorga en la mencionada ley, por lo que su estudio resulta necesario.

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” y deriva de un Trabajo de fin de Grado dirigido por Elena García Testal. Ha sido ganador del premio Jane Addams a la inclusión de la perspectiva de género en los trabajos fin de Grado.

¹ E. García Testal, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 12.

Ahora bien, la violencia de género que la LO 1/2004 atiende no es cualquier tipo de violencia ejercida contra cualquier mujer, así como tampoco lo hace toda violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito doméstico². El concepto de violencia de género que maneja la LO 1/2004, definido en su artículo 1, exige la concurrencia de una serie de notas³:

- En primer lugar, se configura como la manifestación de la discriminación, a la vez que la situación de desigualdad presente en las relaciones entre hombres y mujeres, como consecuencia de la relación de poder existente en estas. Donde la literalidad del precepto parece presumir que toda agresión producida por un hombre hacia una mujer constituye una histórica expresión de dominio, por lo que no se hace necesario acreditar tal circunstancia.

- En segundo lugar, se trata de una violencia ejercida sobre las mujeres⁴ por quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a estas por relaciones similares de afectividad, aun sin que haya habido convivencia.

- Y, por último, incluye tanto cualquier acto de violencia física y psicológica, como agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones o privaciones de libertad que se ejerzan sobre estas.

Quedan excluidos los actos de violencia ejercidos contra las mujeres por cualquier hombre, de forma que los actos de violencia doméstica ejercidos por hombres que no tengan los lazos familiares o domésticos expuestos, o aun cuando los tengan, pero no sean de pareja o expareja, no encontrarán inclusión en la LO 1/2004. Además, estarán igualmente excluidos los actos de violencia que pudiesen sucederse entre parejas del mismo sexo, pues aun existiendo relación afectiva, no está presente la manifestación de dominación del hombre sobre la mujer. No obstante, sí que se consideran incluidos los casos de violencia ejercida sobre víctimas transexuales -que puedan acreditar

2 *Ibid.*, p. 13.

3 *Ibid.*, p. 14. M. T. Velasco Portero; P. Menendez Sebastian, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, 271, 2005, p. 13.

4 El artículo 17.1 LO 1/2004 más tarde desarrolla el reconocimiento de garantía de estos derechos a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

su condición-, siempre que el agresor sea el hombre y la víctima la mujer⁵. Por último, quedan al margen del ámbito de aplicación de la LO 1/2004 los actos de violencia en el trabajo salvo que exista relación de pareja o expareja entre el agresor y la víctima.

Por lo que a los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género en la LO 1/2004 se refiere, estos se encuentran recogidos en su Título II junto con una serie de principios rectores, recogidos en el artículo 2 de la LO 1/2004, que no son sino una serie de medidas encaminadas a alcanzar unos fines determinados, vinculados a estos derechos. Haciendo una enumeración genérica, los derechos reconocidos por la LO 1/2004 a las víctimas de violencia de género son los siguientes: Derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, derechos de las funcionarias públicas y derechos económicos.

2. LA NECESARIA ACREDITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: REQUISITOS Y PROBLEMÁTICA

Para que las situaciones de violencia de género den lugar al reconocimiento de los derechos sociales establecidos en la LO 1/2004, es condición indispensable su acreditación por parte de las víctimas, ya que el acceso a estos derechos no es automático, sino que requiere de su constatación mediante los medios establecidos en la ley, concretamente en el artículo 23 de la LO 1/2004, para el caso de las trabajadoras por cuenta ajena.

En este sentido, la acreditación de las situaciones de violencia de género, según la redacción original de este artículo 23, se producía únicamente mediante sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima. Además, y de forma excepcional, el precepto permitía también la acreditación, mediante documento provisional, de la situación de víctima de violencia de género a través de un informe del Ministerio Fiscal que indicara la existencia de indicios de que la demandante era víctima de violencia de género.

⁵ Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer visto en E. García Testal, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, cit., p. 16.

En vista de los requisitos necesarios para la acreditación de la situación de víctima de violencia de género, y teniendo en cuenta el elevado porcentaje de víctimas de violencia de género asesinadas que no habían denunciado previamente la situación de maltrato que estaban sufriendo, así como el promedio de años que tarda una víctima en denunciar su situación, no son pocos los autores que han defendido la necesidad de suavizar o atenuar las exigencias legales que la LO 1/2004 establece para acreditar estas situaciones de violencia.

Ante esta situación se aprueba el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, por el que se modifican entre otros preceptos, el artículo 23 de la LO 1/2004 sobre acreditación de las situaciones de violencia de género. Se pretende mejorar la respuesta que se proporciona a las mujeres víctimas de violencia de género desde las instituciones en relación con el acceso a los derechos laborales y de la Seguridad Social y a los recursos de asistencia. Motivo por el cual, la modificación parte con una doble finalidad: por una parte, concretar y ampliar los títulos judiciales habilitantes para acreditar la situación de víctima de violencia de género y, por otra parte, establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto⁶.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE SU PRESTACIÓN LABORAL: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA

En el contexto de la protección integral que la LO 1/2004 intenta ofrecer, al efectuar un tratamiento legislativo que atiende tanto a las facetas preventivas como protectoras, encontramos la protección de los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género. En este sentido, las medidas adoptadas en relación con el empleo de la víctima van encaminadas a atenuar o eliminar el impacto que la situación de violencia de género oca-

⁶ En cumplimiento de este mandato, el Gobierno y las Comunidades y Ciudades Autónomas -que tienen un papel crucial en este aspecto- aprobaron por unanimidad en la Conferencia Sectorial de Igualdad, celebrada el 3 de abril de 2019, el modelo común para la acreditación de la situación de violencia de género y la relación de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida que en cada Comunidad y Ciudad Autónoma acreditan la situación de violencia de género.

siona sobre su relación de trabajo⁷, con la clara intención de proporcionarle unas ventajas legales que puedan corregir o bien compensar la situación de desigualdad en la que se encuentra, y que, de esta forma se configuran como jurídicamente legítimas.

Las opciones que la trabajadora víctima de violencia de género puede barajar para hacer efectiva su protección conciernen a la justificación de las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo que deriven de su situación, la modificación del tiempo de trabajo –reducción de jornada y reordenación del tiempo-, la modificación del lugar de trabajo, la suspensión del contrato con reserva de su puesto y finalmente, la extinción de la relación laboral con tratamiento especial. La efectividad real de estas opciones legales, así como las dificultades en su ejercicio se ponen de manifiesto en las siguientes páginas.

3.1. LA ESCASA REPERCUSIÓN JUDICIAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A AUSENCIAS O FALTAS DE PUNTUALIDAD AL TRABAJO DERIVADAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ¿AUSENCIA DE CONFLICTO O AUSENCIA DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS?

Llama la atención la prácticamente nula repercusión judicial que el ejercicio de este derecho concreto recogido en la LO 1/2004, esto es la justificación de las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género como consecuencia de las situaciones físicas o psicológicas que se deriven de la violencia de género, ha tenido en los Tribunales laborales.

Pues bien, a pesar de la prácticamente inexistencia de resoluciones judiciales disponibles, lo cierto es que pueden apreciarse diferentes problemáticas o puntos críticos en las situaciones de violencia de género, o en el propio desarrollo legislativo, que interfieren en el ejercicio de este derecho concretamente, y en el ejercicio de los derechos laborales que tiene reconocidos de forma general. En este sentido, se hace necesario señalar que solo una pequeña parte de las mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual, emocional o que han sentido miedo de alguna pareja, actual o pasada, han denunciado -la propia mujer víctima u otra persona o institución- alguna de estas agresiones en la policía o en el juzga-

7 B. GARCÍA ROMERO, “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, 11, 2012, pp. 1-3.

do⁸. Existen diversos motivos por los que las mujeres víctimas de violencia de género no denuncian su situación, entre ellos, considerar que los hechos ocurridos tienen poca importancia, por miedo al agresor o por vergüenza. Además, resulta llamativo que una parte del total de mujeres que finalmente denunciaron la situación de violencia de género que estaban viviendo terminaron retirando la denuncia, principalmente, por el miedo a las repercusiones por parte de sus parejas, por el hecho de tener hijos en común o porque finalmente se terminaron separando de su agresor⁹.

Con todo ello, la realidad es que en la práctica muchas mujeres no comunican su condición de víctimas a las empresas y, por tanto, algunas de las previsiones laborales que contiene esta ley en favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género no llegan a hacerse efectivas¹⁰. Esto es debido principalmente, a que existe la creencia generalizada entre las mujeres de que en las empresas sigue habiendo estigma, al asociarlas con personalidades inseguras o conflictivas y con bajos rendimientos por lo que piensan que la puesta en conocimiento de la empresa sobre su condición puede suponer un perjuicio para ellas. Además, y debido a que, junto con la acreditación de la condición de víctima de violencia de género, vienen ligados una serie de derechos, recogidos en la LO 1/2004, que las trabajadoras pueden ejercer, estas tienen miedo de que las empresas puedan verlas como un perjuicio al poder pedir que se les apliquen una serie de medidas destinadas a favorecer la flexibilidad, así como unas condiciones para las que puede que la empresa no esté preparada.

8 MINISTERIO DE IGUALDAD, *Macroencuesta de violencia contra la mujer*, 2019. Sustituir el texto subrayado por: Se trata de una estadística oficial para medir la prevalencia de la violencia contra la mujer. Además, mejora el cuestionario para medir mejor la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja o expareja, mediante la introducción de un módulo de preguntas que permite disponer por primera vez en España de datos sobre la prevalencia de la violencia física y sexual sufrida por las mujeres fuera del ámbito de la pareja.

9 MINISTERIO DE IGUALDAD, *Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, 2019, pp. 9-11. es la única estadística oficial para medir la prevalencia de la violencia contra la mujer. Se realiza aproximadamente cada 4 años desde 1999 y está incluida en el Plan Estadístico Nacional. La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ha sido la encargada de su elaboración en las ediciones de 2011, 2015 y 2019. La Macroencuesta 2019 es la sexta que se realiza en España. Su principal objetivo es conocer el porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido o que sufren actualmente algún tipo de violencia por el hecho de ser mujeres. En el año 2015, el cuestionario de la Macroencuesta se modificó de forma relevante en relación con las ediciones anteriores (1999, 2002, 2006, 2011)

10 FUNDACIÓN ADECCO, *Un empleo contra la violencia*, 2018.

Esta situación es la que se pone de manifiesto, entre otras, en la sentencia del JS de Ciutadella de Menorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) Sentencia núm. 172/2019 de 6 noviembre: la trabajadora, que ostentaba la condición de víctima de violencia de género, no puso en conocimiento de la empresa su situación; la trabajadora fue despedida mediante despido disciplinario sustentado en diversas faltas de puntualidad junto con otros motivos, que la empresa calificó de faltas graves; la trabajadora recurrió la decisión extintiva suplicando al Juzgado que dictase sentencia declarando el despido nulo o subsidiariamente improcedente; finalmente, el despido es calificado de improcedente y no nulo, por cuanto el juzgador de instancia consideró que no quedaba acreditado que el cese de la trabajadora se debió a su condición de víctima de violencia de género, pero sí que los hechos que se imputaban a la trabajadora no revestían la gravedad que la empresa les otorgó, por lo que no resultaban constitutivos de despido disciplinario¹¹.

Asimismo, el artículo 21.4 de la LO 1/2004 establece que las ausencias o faltas de puntualidad que se encuentren motivadas por los motivos allí expuestos se considerarán justificadas. Sin embargo, no se han incluido estas ausencias en las previsiones del artículo 37.3 del ET por el que se regulan las faltas o ausencias al trabajo con derecho a remuneración, lo que permite el descuento salarial correspondiente a las ausencias y/o a las faltas de puntualidad que pueda realizar la trabajadora víctima de violencia de género. Excepto que estas ausencias o faltas de puntualidad se produzcan por cualquiera de los motivos que el artículo mencionado establece genéricamente para todos los trabajadores – como realizar funciones sindicales o de representación del personal, traslado del domicilio habitual, etc.-.¹² Sobre esta problemática versa la sentencia del TSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 5563/2016 de 29 septiembre: la trabajadora que ha acreditado su condición de víctima de violencia de género y puesto en conocimiento de ello al empresario, excede las 35 horas retribuidas que establece el convenio colectivo de aplicación en favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género para las ausencias o faltas de puntualidad que puedan causar como consecuencia de su situación. Por consiguiente, las ausencias al lugar de trabajo que se produjeron por parte de trabajadora posteriormente, no le fueron retribuidas, reclamando la trabajadora a la empresa que se procediera

11 Al efecto que nos ocupa en este momento no se entra en el análisis pormenorizado de los motivos por los que el despido es declarado improcedente y no nulo, ya que ello se realizará más adelante.

12 F. LOUSADA AROCHENA, “Aspectos laborales y seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del poder judicial*, 88, 2009, pp. 270-280.

a su retribución, pues la falta de esta la perjudicaba de forma significativa económicamente. La Sala de lo Social del TSJ de Galicia declaró no haber lugar al recurso de suplicación interpuesto por cuanto la ley es clara en este aspecto. A tal efecto, la sentencia mencionada parece evidenciar que la no inclusión de las ausencias o faltas de puntualidad dentro del contenido regulador del artículo 37.3 del ET, puede suponer un perjuicio para las trabajadoras víctimas de violencia de género, que solo verán retribuidas estas horas si así lo establece el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, si existe pacto individual. Además, merece ser objeto de mención que esta situación puede afectar de forma más considerable, dentro del colectivo de trabajadoras víctimas de violencia de género, a aquellas que tengan un contrato a tiempo parcial, cuya remuneración consecuentemente es menor respecto a las que se encuentran en posesión de un contrato a tiempo completo¹³.

3.2. LA PROBLEMÁTICA MODIFICACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Al igual que en el caso anterior, es prácticamente nula repercusión judicial que el ejercicio de este derecho concreto recogido en la LO 1/2004 ha tenido en los Tribunales laborales, siendo este, la modificación del tiempo de trabajo de la trabajadora víctima de la violencia de género, que incluye tanto la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario cómo la reordenación del tiempo de trabajo. Si bien es cierto que, aunque haya escasas resoluciones judiciales disponibles, esta pone de manifiesto algunas problemáticas o aspectos críticos que deben ser tenidos en cuenta, tanto en relación con este derecho concreto, como en el resto de los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género en general, y que se analizan seguidamente.

13 A este respecto, debe tenerse en cuenta que el porcentaje de mujeres que tienen un contrato a tiempo parcial es bastante elevado de forma comparativa con el empleo total, esto es teniendo en cuenta tanto a hombres como mujeres. Y, es aun más elevado, si se compara únicamente respecto al empleo total de personas del mismo sexo. De forma que los datos extraídos de la encuesta de Población Activa (Medias Anuales) del INE sobre la participación de los trabajadores a tiempo parcial, evidencian que existe un gran porcentaje de mujeres trabajadoras con contrato a tiempo parcial. Por lo que no sería extraño pensar que existe un número considerable de víctimas de violencia de género que también se encuentran trabajando a tiempo parcial. De modo que, como ya se ha mencionado, ello las hace más vulnerables ante la problemática comentada.

La realidad que nos evidencian las sentencias existentes en torno al ejercicio del derecho a la modificación del tiempo de trabajo¹⁴, es que las trabajadoras víctimas de violencia de género se encuentran con múltiples trabas o dificultades a la hora de ejercitar este derecho, incluso cuando existen los medios para ello. En este sentido, cabe recordar que para los casos en los que la empresa utiliza fórmulas flexibles de gestión del tiempo de trabajo, en principio no tendría por qué existir ningún obstáculo para la trabajadora en el ejercicio de su derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo. Sin embargo, la situación que encontramos es bien distinta, llegando en uno de los casos el empresario a “exigir” a la trabajadora que redujese su jornada si quería ejercitar el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo, exigencia que no viene determinada en ningún caso en la ley, aun cuando la trabajadora ya había realizado el horario de trabajo que solicitaba anteriormente a petición de la propia empresa, por cuanto se puede observar que carece de sentido su denegación en este momento.

Por todo ello, la Sala del TSJ de Andalucía, consideró que no se había esgrimido razón material, causa organizativa o productiva alguna, que impidiese el cambio de horario que se interesa, sino tan solo meramente formales que o bien no son de apreciar, como es que la reordenación del tiempo de trabajo haya de verse precedida de una solicitud de reducción de jornada o que no existe mutuo acuerdo en el establecimiento de un horario, o bien carecen de entidad suficiente como para ser causa sin más de su denegación, como son los 15 días de preaviso o la fijación de un período determinado de duración, habida cuenta que es por “violencia de género” y por tanto con una finalidad protectora de la propia trabajadora, por lo que resulta en principio difícil lógicamente fijar una fecha de expiración de la medida.

Además, es importante resaltar, puesto que así lo ha hecho la propia Sala del TSJ de Andalucía, el procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social para la resolución de las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria. Por cuanto obliga a iniciar un proceso judicial, donde es la trabajadora la que asume la posición de demandante, que en su situación no parece que vaya a iniciar un proceso judicial para reclamar el ejercicio del derecho previsto en el artículo 37.7 ET¹⁵, muestra de ello, es la escasa doctrina judicial existente

14 TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 829/2019 de 28 marzo y TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2829/2020 de 23 junio

15 C. GALA DURÁN, “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, cit., p. 488.

al respecto. A ello contribuye el propio precepto legal, al no contener ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias.

Un último aspecto destacable, en cuanto al ejercicio concreto de este derecho, es la facilidad de adaptación de la jornada y tiempo de trabajo con que cuentan las empresas de gran tamaño que poseen diversos centros de trabajo, tal y cómo se evidencia en la sentencia del TSJ de Cataluña¹⁶, dónde la Sala dictaminó que carecía de sentido argumentar la existencia de dificultades organizativas para el ejercicio del derecho que la trabajadora víctima de violencia de género tiene reconocido en el artículo 37.7 del ET, en el contexto de una gran empresa que cuenta con multitud de centros de trabajo en la misma provincia, y que además aplica fórmulas flexibles de gestión del tiempo de trabajo¹⁷.

Al hilo de una de las problemáticas que ya ha sido tratada, se hace necesario poner de manifiesto que los prejuicios que siguen existiendo en la sociedad que se trasladan al mundo empresarial en forma de reticencias a la hora de contratar a mujeres que acreditan haber sufrido violencia de género¹⁸, se incorporan sobre la trabajadora que una vez iniciada su relación laboral comunica su situación de víctima de violencia de género.

Esta realidad se evidencia en las sentencias ya enunciadas¹⁹, dónde se desarrolla una situación similar. Así las cosas, ambas trabajadoras –víctimas de

16 TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2829/2020 de 23 junio

17 En este sentido, podríamos considerar perfectamente recriminable, a la par que alarmante, la conducta de la empresa, que teniendo los medios y la estructura organizativa necesaria para aplicar de forma sencilla el derecho a reducción o reordenación de jornada, desprotege de esta maneja a la trabajadora víctima de violencia de género.

18 En este sentido, es frecuente que el desconocimiento genere miedos y reservas a la hora de incorporar a una mujer víctima a un equipo de trabajo, según Francisco Mesonero, en FUNDACIÓN ADECCO, *Un empleo contra la violencia*, cit.

19 TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 829/2019 de 28 marzo y TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2829/2020 de 23 junio

violencia de género- posteriormente a su incorporación al lugar de trabajo²⁰, y con la intención de ejercitar su derecho a la modificación del tiempo de trabajo, comunican al empresario su situación de víctimas de violencia de género acreditando la misma a través de los mecanismos establecidos a tal efecto. En ambos casos la petición es denegada alegando diferentes causas, entre las que se encuentran a modo de ejemplo: *“las circunstancias que tiene la demandante son las mismas que tenía en 2016 y 2017 cuando solicitó reducción de jornada y propuso horas que implicaban trabajar los sábados además de algunas tardes, y al no haber cambiado las circunstancias, no procede cambio alguno de concreción horaria”*, *“Ud en su escrito no ha solicitado reducción alguna por lo que este precepto no puede tener aplicación práctica. La reordenación del tiempo de trabajo de que habla el mismo se produce una vez solicitada la reducción de jornada”*, entre otras.

Sin embargo, lo verdaderamente alarmante es cómo a pesar de existir indicios claros y probados de que la empresa tenía más que conocimiento de la condición de víctima de violencia de género de la trabajadora, se utiliza de forma recurrente con el objetivo de justificar la denegación de la petición de la trabajadora de ejercitar su derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo, la falta de constancia de su condición. En otros casos, es aún más reseñable que después de poner en conocimiento la trabajadora de su situación a la empresa, esta última intenta extinguir la relación contractual justificándola en mecanismos validos de extinción de contratos²¹.

3.3. LAS DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA LA MODIFICACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO A INSTANCIAS DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La repercusión judicial que ha tenido el ejercicio del derecho a la modificación del lugar de trabajo, o movilidad geográfica, ha sido totalmente inexistente, lo que nos invita a reflexionar sobre los motivos que subyacen ante esta situación.

20 En ambos casos no se produce la comunicación de la situación de víctima de violencia de género inmediatamente después de su incorporación al puesto de trabajo, sino que media un espacio de tiempo, desde que la trabajadora se incorpora hasta que para su protección requiere ejercitar uno de los derechos que tiene recogidos en la LO 1/2004, concretamente reordenación del tiempo de trabajo, para hacer esta efectiva.

21 A tal efecto, véase la sentencia TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 990/2017 de 9 febrero

Para que el ejercicio de este derecho devenga efectivo, además de la voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género, es necesario la concurrencia de un factor externo, que no depende de las partes: que las dimensiones de la empresa permitan un cambio de centro o de puesto de trabajo. En este sentido, en las grandes empresas, e incluso en algunos casos en las medianas, es más probable que concurren las características necesarias para que sea posible efectuar la movilidad geográfica, siendo el elemento clave la existencia de más de un centro de trabajo, ya sea en la misma o diferente provincia. Sin embargo, en España contamos con un tejido empresarial caracterizado por la existencia de pequeñas empresas (PYMES) que en la mayoría de los casos únicamente cuentan con un centro de trabajo, siendo minoritaria la presencia de grandes empresas²². Por lo que, ante esta situación, difícilmente va a poder gozar de verdadera efectividad el derecho a la movilidad geográfica o cambio de puesto de trabajo que reconoce el artículo 21.1 de la LO 1/2004 en favor de las trabajadoras víctimas de la violencia de género. Ello puede llegar a suponer un verdadero perjuicio para la víctima ya que debe considerarse la virtualidad de este ejercicio, debido a que permite el alejamiento físico del agresor sin suponer un detrimento económico para la víctima²³.

Sin embargo, y cuando si sea posible realizar la movilidad geográfica por razón de violencia de género, debe tenerse en cuenta que la trabajadora afectada no sufre un agravio con ello -no opera la voluntad del empresario de trasladarla a otro centro de trabajo-, sino que es una medida realizada con el objetivo de aportar una mayor protección, por lo que los gastos que se deriven en los casos de cambio de residencia no corren a cargo del empresario sino de la trabajadora. Y, aunque si bien es cierto que dado el contexto en el que se desarrolla esta situación ello parece lo más justo, podría suponer una barrera a la hora de optar por el ejercicio de este derecho a aquellas trabajadoras que no cuenten con una situación económica que lo permita, viendo en consecuencia mermada su posibilidad de distanciarse lo máximo posible de su agresor.

Finalmente debe hacerse referencia al derecho con que cuenta la trabajadora víctima de la violencia de género de realizar la prestación de sus servicios haciendo uso del trabajo a distancia (Ley 10/2021, de 9 de julio), aunque habrá que esperar para ver cómo se desarrolla en la práctica el ejercicio de este derecho, qué problemáticas suscita y como son resueltas por los tribunales.

22 MINISTERIO DE INDUSTRIA COMERCIO Y TURISMO, *Estructura y dinámica empresarial en España. Datos nacionales, autonómicos y provinciales.*, 2020.

23 G. Fabregat Monfort, “La movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género: algunos aspectos críticos del art.40.3 bis ET”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 19, 2012, p. 5 y 6.

3.4. LA DECISIÓN SUSPENSIVA Y LA PRESTACIÓN POR DES-EMPLEO: LUCES Y SOMBRAS

La protección dispensada a la trabajadora víctima de la violencia de género en relación con el artículo 21.2 de la LO 1/2004, esto es, la consideración de situación legal de desempleo de las trabajadoras que ejerzan el derecho a la suspensión a que hace referencia el artículo 21 de la LO 1/2004, es una de las protecciones más interesantes que contiene la ley por lo que a garantizar la efectiva protección de la mujer víctima de violencia de género se refiere. No obstante, se hace preciso señalar, que el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo se encuentra vinculado a los efectos de cumplir con los requisitos que la LGSS²⁴ exige para ello²⁵.

Además, esta medida resulta claramente interesante por cuanto es el único caso de suspensión del contrato, resultante de la voluntad o a instancias de la trabajadora, que da lugar a una situación legal de desempleo²⁶. La introducción de esta previsión distorsiona en cierta medida el concepto de situación protegida por desempleo que la LGSS maneja. El artículo 262 de la LGSS establece que se encuentran protegidos por la contingencia de desempleo “*quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato [...]*”. De esta forma, la trabajadora que suspende su relación de trabajo, acreditando su condición de víctima de violencia de género, “quiere”, pero “no puede” trabajar, al menos en el puesto de trabajo que se encuentra desempeñando²⁷, por cuanto este es el motivo que justifica la decisión suspensiva de su contrato²⁸. Se trata de una medida necesaria que cumple perfectamente con la finalidad de proteger a

24 Los requisitos a los que se hace referencia se encuentran recogidos en el artículo 266 de la LGSS

25 M. T. VELASCO PORTERO; P. MENENDEZ SEBASTIAN, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, cit., p. 51.

Mucho ruido y pocas nueces p.51

26 No ocurre así con los otros dos casos de suspensión del contrato laboral que dan lugar a una situación legal de desempleo, que según el artículo 267.1.b) LGSS, estos son, la suspensión acordada en expediente de regulación de empleo, y la suspensión decretada en resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. Nótese que en ambos casos la suspensión viene impuesta por un tercero, sin que medie la voluntad de los trabajadores.

27 Recuérdese que la suspensión se configura como un derecho de carácter subsidiario, de forma que opera cuando no es posible efectuar ninguna de las medidas de conciliación que el artículo 21 de la LO 1/2004 reconoce en favor de la trabajadora víctima de la violencia de género.

28 M. T. VELASCO PORTERO; P. MENENDEZ SEBASTIAN, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, cit., p. 52.

la víctima por cuanto hace que el ejercicio del derecho a la suspensión sea una realidad práctica²⁹. Sin embargo, la acreditación de la situación legal de desempleo, en estos casos donde se vincula a una condición tan particular como es la de víctima de violencia de género, requiere comunicación escrita del empresario sobre la situación de suspensión junto con la orden de protección -o cualquier otro mecanismo de acreditación de la condición de víctima de la trabajadora-.

Una cuestión distinta es la problemática concreta de la suspensión una vez que ha recaído sentencia condenatoria³⁰, en cuyo caso esta puede contener una de las penas privativas de derechos del art. 39 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Para estos casos el art. 48 del Código Penal delimita la posibilidad de imponer como penas privativas de derechos tanto la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a familiares u otros, y la prohibición de comunicarse con la víctima o con otras personas. En estos casos la condena que incluya estas penas también servirá como acreditación de la condición de víctima de violencia de género para el acceso a la suspensión del contrato.

Una vez acreditada la situación legal de desempleo por suspensión del contrato de trabajo de la víctima de violencia de género, la trabajadora podrá acceder a la prestación, o en su caso, el subsidio por desempleo, de cumplir los requisitos exigidos por la LGSS, es decir, estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen donde se prevea la contingencia por desempleo; encontrarse en situación legal de desempleo; acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y suscribir un compromiso de actividad³¹. A los efectos que aquí nos interesan, es importante señalar que contrariamente a lo que ocurre en los casos de extinción de la relación laboral, en los que es la entidad gestora la que asume la aportación empresarial, en los casos de suspensión de la relación laboral de la trabajadora víctima de violencia de género el empresario está obligado a ingresar las cotizaciones que le correspondan por esta trabajadora, aunque como señalaba anteriormente disfrutaba de una bonificación por las cotizaciones del contrato de interinidad por sustitución, al amparo del art. 21.3 de la LO 1/2004.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ El compromiso de actividad se encuentra atemperado para el caso de las trabajadoras víctimas de violencia de género, de forma que, el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género para suavizar el cumplimiento de las obligaciones que de este se deriven.

El mantenimiento de la obligación empresarial de cotización puede justificarse desde la perspectiva de que la mayoría de las suspensiones de contrato de trabajo que tienen derecho a desempleo se producen a instancias del empresario. Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa, el hecho causante de la suspensión nada tiene que ver con la relación laboral, sino con la situación personal de la trabajadora, por lo que obligar al empresario a mantener la cotización³² puede producir una resistencia empresarial en lo que a la contratación de mujeres se refiere³³.

En última instancia, para los casos en que la trabajadora no pueda acceder a la protección por desempleo del nivel contributivo, por no reunir las cotizaciones exigidas o por haber agotado su prestación en este nivel, y ya que la LO 1/2004 no establece limitación al respecto, podemos entender que les será de aplicación la protección asistencial -nivel no contributivo- por desempleo que contempla nuestra legislación. Este subsidio consiste en una prestación de carácter económico junto con el abono a la Seguridad Social, por parte del SEPE, de las cotizaciones pertinentes de asistencia sanitaria, protección a la familia, y jubilación, cuya duración vendrá condicionada por la forma de acceso al subsidio. De forma que, para los casos de las trabajadoras que no posean las cotizaciones necesarias para acceder al nivel contributivo la duración del subsidio vendrá determinada por el número de meses cotizados junto con la existencia o no de cargas familiares³⁴. Mientras que, para las trabajadoras que hayan agotado su prestación en el nivel contributivo, la duración del subsidio será de seis meses, pudiendo prorrogarse en otros dos periodos de igual duración. De todo ello puede apreciarse la especial desprotección que experimenta la trabajadora que no alcanza el nivel contributivo a la hora de mantener una cierta capacidad económica. A lo que se suma que las trabajadoras que ejercitan su derecho a la suspensión de la relación laboral no pueden acceder a la ayuda social que el artículo 27 de la LO 1/2004 reconoce en favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos, por cuanto ya tienen un empleo³⁵.

32 Aunque eso sí, sólo en los casos en que la trabajadora accede a la prestación por desempleo. En los casos en los no pueda acceder por no cumplir los requisitos necesarios el mencionado periodo de suspensión se considerará de cotización efectiva a efectos de algunas prestaciones -jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo-. Así lo interpreta M. T. VELASCO PORTERO; P. MENENDEZ SEBASTIAN, "La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces", cit., p. 54.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 53 y 54.

35 *Ibid.*, p. 55 y 56.

3.5. PUNTOS CRÍTICOS EN LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La extinción del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género puede producirse por dos vías diferenciadas, bien a instancias de la propia trabajadora, como medida última, en aras a garantizar su protección y su derecho a la asistencia social, cuando no sea posible compatibilizar su condición y situación personal con el trabajo, o bien, por la voluntad del empresario, que de forma unilateral decide extinguir la relación contractual de la trabajadora víctima de violencia de género, a la cual el ordenamiento laboral protege de forma especial. A ambas situaciones se refieren la LO 1/2004 y el ET, y se analizan a continuación.

3.5.1. Extinción a instancias de la trabajadora ¿es la única solución cuando víctima y agresor prestan servicios en el mismo centro de trabajo?

Pese a la escasa repercusión judicial existente respecto al ejercicio del derecho a la extinción de la relación laboral a instancia de la trabajadora víctima de violencia de género, recogido en el artículo 21 de la LO 1/2004, es posible identificar una serie de problemáticas o puntos críticos que merecen ser objeto de análisis o revisión.

En primer lugar, se hace necesario subrayar la especial casuística que refleja el análisis de las sentencias existentes en materia de extinción del contrato de trabajo a instancias de la trabajadora víctima de violencia de género, dónde en la totalidad de los casos trabajadora -víctima³⁶- y agresor prestan sus servicios en el mismo centro de trabajo.

Ante esta situación, teniendo la trabajadora acreditada su condición de víctima de violencia de género y estar en posesión de una orden de alejamiento, se han planteado posibilidades alternativas al uso de la extinción del contrato a instancias de la trabajadora³⁷. El empresario, en ejercicio de su poder directivo y organizativo pueda adoptar alguna medida respecto al trabajador-agresor, que haga efectiva la Orden de protección con que

36 No en todas las sentencias analizadas la trabajadora consigue acreditar su condición de víctima de violencia de género -lo que será objeto de análisis más adelante-, de ahí que no se haga alusión al concepto específico de “víctima de violencia de género” y, se utilice, por el contrario, el término genérico de “trabajadora” -por ser esta la única que en cualquier caso puede ser considerada una víctima de violencia de género según el concepto de la LO 1/2004-.

37 En este sentido, pese a contar con protección frente a la situación de desempleo, no deja de ser una medida de carácter subsidiario precisamente porque rompe aquello que el resto de las medidas recogidas en el artículo 21 de la LO 1/2004 tienen por objeto proteger, la vigencia del vínculo laboral de la víctima y su permanencia en el mercado de trabajo.

cuenta la víctima sin que esta se vea abocada a extinguir su relación laboral³⁸. Y aunque es cierto que para ello el empresario no cuenta con ninguna norma laboral específicamente destinada a la protección de las víctimas de violencia de género, este sí que está en posesión de las facultades que del poder de dirección se derivan. Una opción será conceder al empresario la facultad de que ante una Orden de protección como medida cautelar proceder a la suspensión del contrato del trabajador -agresor-, mientras que cuando esta forme parte de una condena pueda acudirse al despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo³⁹. Ahora bien, estas opciones no deberían ser aplicadas automáticamente sino solo en aquellos casos en que resulta demostrada la imposibilidad de hacer efectiva de otro modo la Orden de alejamiento del agresor y la prestación de servicios de la víctima, o bien, se produzcan agresiones en el propio centro de trabajo⁴⁰. Con todo eso, esta alternativa carece de sentido cuando el agresor -ex pareja de la víctima- es el administrador de la empresa para la que esta trabaja, cómo ocurre en las sentencias analizadas⁴¹. Frente a esta situación la trabajadora -víctima de violencia de género- sólo puede en caso de tener acreditada su condición de víctima optar por extinguir la relación contractual, bajo las previsiones del artículo 49.1.m) del ET. De no estar en posesión de la acreditación de la condición de víctima de violencia de género pertinente, ello no obsta a que esta pueda extinguir su relación laboral, aunque eso sí no por la vía del mencionado precepto.

Al hilo de esta cuestión, y cómo ya se ha mencionado, el derecho a la extinción del contrato a instancias de la trabajadora víctima de violencia de género debe ser ejercido cuando no sea posible la aplicación de ninguna de las medidas de conciliación previstas en la LO 1/2004, o cuando de ser posible, no se garantice la efectiva protección de la trabajadora -víctima-. Así sucede en uno de los casos analizados donde la empresa contaba con cinco centros de trabajo, pudiendo llevar a pensar en un primer momento que sería posible ejercitar el derecho a la movilidad geografía en

38 Para un mayor ahondamiento véase E. GARCÍA TESTAL, “Los efectos de la orden de alejamiento en la relación laboral y en el concepto de «colocación adecuada»: ¿Qué ocurre si agresor y víctima trabajan en el mismo centro de trabajo?”, *Revista de trabajo y seguridad social*. CEF, vol. 304, 2008.

39 Esta medida se justifica en el sentido que, al mediar sentencia condenatoria con orden de alejamiento físico entre víctima y agresor, de no resultar posible cumplir la mencionada orden de alejamiento, el agresor en cumplimiento de esta no podrá acudir a su lugar de trabajo, lo que explica esta medida extintiva por la vía del 54.2.a) del ET. M. D. García Valverde, “Sobre el contrato de trabajo”, en *Violencia de género perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi Thomson Reuters, 2007, p. 799. Visto en E. GARCÍA TESTAL, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, cit., p. 69.

40 E. GARCÍA TESTAL, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, cit., p. 69.

41 Las sentencias a las que he tenido acceso que abordan supuestos de extinción por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género son: TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1294/2009 de 28 septiembre, TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 2 febrero 2010, TSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 97/2018 de 12 marzo y TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia núm. 741/2020 de 9 septiembre.

aras a garantizar la protección de la trabajadora antes que la extinción de su contrato. Sin embargo, en el caso concreto analizado estos centros se encontraban situados muy cerca entre sí, lo que impedía garantizar la orden de alejamiento – 10m- en relación con el administrador único de la empresa –expareja y agresor-, y su pareja de hecho –trabajadora víctima de violencia de género-, ya que además el administrador se personaba de forma asidua en todos ellos⁴². De esta forma, se evidencia que la posibilidad de ejercitar otros derechos a fin de proteger la integridad física y psicología de la trabajadora no va a depender solo de factores objetivos cómo el tamaño de la empresa, la existencia de más de un centro de trabajo, entre otros, sino que también juegan un papel importantísimo las circunstancias concretas de cada caso.

Ciertamente, se hace necesario mencionar la existencia de un supuesto concreto que resulta verdaderamente interesante, expuesto así por el juez *ad quem*, para los casos en que el empresario sea el agresor, y la trabajadora haya acreditado su situación de víctima de violencia de género, así como presumiblemente en aquellos casos en que no sea así. No obstante, se prevé especialmente relevante en los casos en los que la trabajadora no cuenta con la acreditación necesaria para ejercitar el derecho a la extinción del contrato de trabajo protegido con que cuentan las trabajadoras víctimas de la violencia de género. En este sentido, las trabajadoras podrán acudir al artículo 50.c) del ET, alegando un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, según lo dictado por los tribunales, cuando el empresario –agresor- haga uso de su poder de dirección para coincidir con la trabajadora –víctima- en un ambiente de trabajo, siempre que exista una situación de conflicto grave, con denuncias por malos tratos, orden de alejamiento, etc. que demuestren la existencia de una tensión que, además, trascienda del ámbito personal al laboral⁴³.

42 TSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 97/2018 de 12 marzo

43 Así lo recoge la sentencia del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1294/2009 de 28 septiembre. En la que el empresario –agresor- adquiere por subrogación la empresa –tégase en cuenta que estamos hablando de una empresa pequeña-, para la que trabaja su exmujer, destinando a esta al centro de trabajo –en este caso restaurante- en el que el desarrollaba prácticamente la totalidad de sus actividades. En este caso concreto, la cuestión que se plantea es si al pasar la empresa –para la que trabaja la trabajadora víctima de violencia de género- a depender laboralmente del actor, puede aquella invocar vulneración del derecho a la salud, e incumplimiento de las obligaciones laborales la situación personal existente entre ellos por razón de la crisis de la pareja. Lo que, a juicio de la Sala en este caso concreto la respuesta fue afirmativa, pues consideró que, existiendo una situación de conflicto grave, con denuncias por malos tratos, orden de alejamiento etc., que ponen de manifiesto una tensión entre esposo –empresario- y esposa –trabajadora-; que trasciende del ámbito personal al laboral y que se concreta en una baja médica de casi un año por crisis de ansiedad. Además, siendo así que la relación o el contacto personal pasaba a ser diario y constante, junto con el hecho de la proximidad temporal entre la subrogación de la empresa y el inicio de la crisis matrimonial. A juicio de la Sala, resultaba más que evidente que el empresario había incumplido su obligación de garantizar la salud de la trabajadora, al trasladar al ámbito del trabajo toda la problemática de la crisis de pareja, lo que entendiendo que se había producido el incumplimiento a que hace referencia el artículo 50.c) del Estatuto de los Trabajadores.

No se pretende con ello afirmar que siempre y en toda situación de crisis personal de pareja -entre empresario y trabajadora-, con sus denuncias por malos tratos, órdenes de alejamiento etc., que se traslade al trabajo va a ser posible la aplicación o la extinción del contrato por la vía del artículo 50.c) del ET⁴⁴. En este aspecto, es posible la hipótesis de una actividad en una empresa donde por sus dimensiones, volumen de actividad, número de trabajadores o número de centros de trabajo, pueda no existir contacto alguno entre empleador y empleado en la empresa que garantice la orden de alejamiento, por lo que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada situación⁴⁵.

3.5.2. Despido de la trabajadora víctima de violencia de género ¿Cuáles son los elementos clave para su calificación cómo procedente, improcedente o nulo según la doctrina judicial?

El objetivo principal de los derechos que la LO 1/2004 otorga a las trabajadoras víctimas de la violencia de género en materia laboral no es otro que conseguir el mantenimiento del empleo de la trabajadora en aras a asegurar su independencia económica. En consecuencia, la protección del empleo debe proteger necesariamente ante decisiones injustificadas de despido de la trabajadora víctima de violencia de género. De esta forma, se configura esencial determinar cuáles han sido los elementos claves que han llevado a los tribunales a calificar los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia de género como procedentes, improcedentes o nulos.

Así las cosas, de forma genérica tres han sido los elementos clave examinados por los tribunales a la hora de calificar despidos de trabajadora víctimas de violencia de género: la acreditación de la trabajadora de su condición de víctima de violencia de género y el conocimiento de la empresa de tal condición; el ejercicio o petición de ejercicio de alguno de los derechos que el artículo 21 de la LO 1/2004 reconoce a las trabajadoras víctimas de la violencia de género; y, la acreditación de la decisión extintiva.

En este sentido, los despidos que han sido calificados como procedentes tienen en común la posible acreditación de la trabajadora de su condición de víctima de

44 En este tipo de casos es habitual que se solicite por el trabajador demandante una indemnización adicional de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales y daño moral, por lo que en el caso que nos ocupa la trabajadora víctima de violencia de género a la indemnización que por ley le corresponde -art.50.2 ET-, se le podría añadir, de considerar el juez que procede, la mencionada.

45 En el caso de la sentencia analizada, se configuraron como elementos claves, además de los ya mencionados, la baja laboral de la trabajadora junto al despido al no reincorporarse la trabajadora a su trabajo habiendo sido dada de alta por el miedo a encontrarse allí con su marido.

violencia de género, pero su falta de puesta en conocimiento al empresario. Siendo así que, como ya se ha mencionado anteriormente, este se configura como uno de los requisitos necesarios para que el despido pueda ser calificado de improcedente o nulo. Otro de los elementos presente en estos casos es la falta de ejercicio de alguno de los derechos que las trabajadoras víctimas de violencia de género tienen recogidos. Y finalmente, la concurrencia de la correcta acreditación de la causa de despido de la trabajadora, mediante la correspondiente justificación de inexistencia de vinculación alguna entre la decisión extintiva del empresario y la condición de víctima de violencia de género o el uso de alguno de los derechos que tiene reconocidos.

Se hace necesario destacar un caso concreto de despido de una trabajadora víctima de violencia de género declarado procedente, que evidencia el posible miedo de las trabajadoras víctimas de violencia de género a comunicar su condición al empresario, bien sea por el miedo a sufrir represalias, o bien, porque prefieren preservar su intimidad. Se trata pues de trabajadoras que, pese a poder acreditar su condición de víctima de violencia de género, no lo ponen en conocimiento del empresario⁴⁶, en parte también por la proximidad temporal, algunas veces, entre el inicio de su prestación de servicios, y la adquisición de tal condición⁴⁷. Además, ejercitan derechos de reordenación o reducción de su jornada, pero alegando otras causas, normalmente, relacionadas con la conciliación de la vida laboral y familiar, por cuanto permite acceder al mismo derecho, pero por una vía distinta que no implica la necesidad de comunicar su condición de víctima de violencia de género al empresario⁴⁸. Y, aunque es cierto que en algunos casos⁴⁹ optar por esta alternativa les permite acceder a este concreto derecho -reducción o reordenación de jornada-, lo cierto es que ello las deja fuera todo el abanico de protecciones que la LO 1/2004 establece para las víctimas de

46 Esta problemática ha sido estudiada anteriormente, concretamente en base a los datos extraídos de la encuesta de Población Activa (Medias Anuales) del INE sobre la participación de los trabajadores a tiempo parcial, que establecían que las trabajadoras víctimas de violencia de género tienen miedo de comunicar su situación por miedo a ser vistas como un perjuicio, por no querer ser señaladas, por la vergüenza que les supone realizar esta comunicación, entre otras. Lo que las deja indudablemente en una grave situación de desprotección en lo que a efectos laborales se refiere.

47 Así sucede en la sentencia del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm.3130/2015 de 14 mayo, donde mediaban 5 meses solamente entre el inicio de la prestación de servicios de la trabajadora y las circunstancias concretas que llevaron a que esta fuese considerada como una víctima de violencia de género.

48 Véase al respecto la sentencia del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm.3130/2015 de 14 mayo

49 Siendo estos, aquellos en los que la trabajadora tenga hijos, para poder así acceder a la reducción o reordenación de jornada por la vía de la conciliación familiar y laboral.

violencia de género, entre ellas, las relativas a tratar de mantener y proteger el vínculo laboral de la trabajadora⁵⁰.

Seguidamente, por lo que a la calificación del despido como improcedente se refiere, los elementos concurrentes en todos los casos han sido: la acreditación de la trabajadora de su condición de víctima de violencia de género, y su puesta en conocimiento al empresario; la falta de uso de alguno de los derechos que la LO 1/2004 reconoce en favor de las víctimas de violencia de género en el ámbito laboral; y por último, la no acreditación o ausencia de justificación de la decisión extintiva en una causa objetiva o razonada por parte del empresario.

Una situación que se ha repetido en algunas de las sentencias analizadas de este supuesto es la actuación de la empresa que, a los pocos días de ser concedora de la condición de víctima de la trabajadora, procedía a enviar carta de despido con reconocimiento de su improcedencia, y la indemnización correspondiente. Lo que no hace sino evidenciar, una vez más, la visión del empresario respecto a estas trabajadoras, y su intranquilidad en cuanto a que estas puedan reclamar el ejercicio de alguno de los derechos que la ley reconoce en su beneficio.

Finalmente, en cuanto a la posible calificación de nulidad de los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia de género es necesario hacer distinción entre dos de los supuestos que pueden darse.

En primer lugar, para que el despido pueda ser calificado como nulo de forma objetiva debe darse la concurrencia de los siguientes requisitos: acreditación de la condición de víctima de violencia de género y comunicación al empresario; ausencia de justificación por parte del empresario de la decisión extintiva en una de las causas tasadas por la ley; en último lugar, y donde reside una de las diferencias entre las dos causas de nulidad, el ejercicio o no de los derechos reconocidos en materia laboral. En relación con este último aspecto, el despido podrá ser calificado como nulo por la vía del artículo 55.5.b) del ET cuando la trabajadora se encontrase disfrutando o hubiese solicitado el ejercicio de algunos de los derechos que la ley le reconoce en aras a hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social íntegra, tal y como establece el propio precepto.

50 Tal es así, que en el caso de la sentencia del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm.3130/2015 de 14 mayo, la trabajadora es despedida disciplinariamente, siendo el despido calificado como procedente, por las faltas y ausencias de la trabajadora, que pese a encontrarse vinculadas a la violencia de género, no se consideraron justificadas por no tener conocimiento el empresario de que la trabajadora fuese víctima de violencia de género, ya que la trabajadora no acreditó su situación en ningún momento, así como siquiera mencionó el verdadero motivo por el que estas faltas y ausencias se producían.

En segundo lugar, también podrá ser calificado como nulo -se conoce cómo nulidad ordinaria- cuando la decisión extintiva tuviera como móvil alguna de las causas de discriminaciones prohibidas o viole derechos fundamentales, sin que sea requisito necesario para que sea calificado de esta manera que la trabajadora haya ejercitado alguno de sus derechos laborales. Para ello, debe acreditarse la vinculación de forma fehaciente entre la decisión extintiva y el hecho de ser víctima de violencia de género, y que ello sea valorado como una causa de discriminación por razón de género⁵¹. Este hecho se evidencia muy claramente en la reciente sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana⁵², que, asimismo aborda un supuesto concreto que merece ser objeto de mención.

Al respecto, la sentencia se ocupa de la cuestión relativa a qué sucede en los casos en que agresor y empresario -o administrador único- coinciden en una misma persona. Pues bien, sobre el particular el TSJ de la Comunidad Valencia ha manifestado que todo despido que se produzca con vinculación temporal a la sentencia condenatoria por un delito de malos tratos que incluya una pena consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima, a la que se refiere el apartado segundo del art. 48 del CP que incluye precisamente la posibilidad de prohibir el acercamiento al lugar de trabajo, podrá ser calificado como nulo por discriminatorio, ya que se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 14 de la CE. Ello es así, por cuanto la imposibilidad de cumplir con el trabajo desempeñado viene motivada por la prohibición de aproximación a la víctima impuesta al agresor -en este caso administrador único o empresario-, siendo así que el cese acordado sanciona y castiga de nuevo a la víctima de violencia de género, condición que sólo puede recaer sobre la mujer, y respecto a la que no se ha

51 Así se recoge en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1609/2007 de 2 noviembre en la que se establece que la enfermedad del trabajador, sin otra consideración, no constituye factor discriminatorio en caso de despido de aquél, salvo que vaya asociada a otro elemento de segregación (así, trabajador portador de VIH); y en el presente caso, no es estrictamente la enfermedad de la trabajadora lo que en la sentencia se considera como elemento discriminatorio, sino el hecho de que aquélla se encuentra de baja con el diagnóstico de síndrome ansioso-depresivo reactivo a padecimiento de situación de violencia de género, que le obliga a recibir apoyo terapéutico y social por las entidades competentes para ello; y que supone una incierta y más problemática recuperación, con eventuales recaídas; abriendo a favor de la trabajadora un abanico de posibilidades (movilidad geográfica del art. 40.3.bis y suspensión del contrato de trabajo de los arts. 45.1.ss.) y 48.6 del ET, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género) que hace más gravosa para la empresa el mantenimiento del vínculo laboral; todo lo cual entronca con la circunstancia de ser mujer la actora; elemento ciertamente calificado de discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución y art. 17 del ET.

52 TSJ de Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1246/2021, de 21 de abril.

acordado medida restrictiva alguna en el ámbito penal. De modo que, se adopta una medida perjudicial para la trabajadora, en detrimento de la posición del empresario que, mantiene intacta su posición en la jerarquía empresarial. En consecuencia, junto con la calificación de nulo por discriminatorio del despido, la declaración de readmisión obligatoria y el abono de los salarios de tramitación, se declara el derecho a una indemnización por discriminación del derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS ENTORNO A LOS PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS DETECTADOS

Primera. Pese al tratamiento desde una óptica integral que realiza la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y que tiene en cuenta las repercusiones profesionales que puede sufrir la mujer víctima de violencia de género, lo cierto es que, muchos de los derechos que la LO 1/2004 establece en favor de las mujeres trabajadoras víctimas de la violencia de género tienen una baja eficacia práctica por cuanto requieren de un determinado tipo de organización productiva, que no responde al tejido empresarial español mayoritario.

Segunda. Debido al elevado número de víctimas de violencia de género que no denuncian su situación, bien sea por miedo, vergüenza, falta de recursos económicos, entre otras, lo cierto es que resulta necesario que no se supedite la protección de las víctimas de violencia de género al ejercicio por parte de aquéllas de acciones legales ni a la declaración contra el autor, como venía sucediendo, en aras a facilitar la obtención de acreditación habilitante. Así, con este objetivo, se ha dado respuesta a esta problemática mediante el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que amplía los títulos judiciales habilitantes y establece otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto.

Tercera. Como consecuencia de la manifiesta inercia de la negociación colectiva a repetir las previsiones legales, no desarrollando en muchos casos su contenido, sobre todo, cuanto se trata de aspectos recientes sobre los que existen pocas referencias o bases sobre las que partir, verdaderamente genera inseguridad la remisión a lo establecido convenio colectivo para tener acceso a ciertas previsiones. Como sucede en el caso de las ausencias o faltas de puntualidad de la tra-

bajadora víctima de violencia de género, cuya falta de inclusión dentro del contenido regulador del artículo 37.3 ET, esto es, de las faltas o ausencias que tienen reconocido su derecho a ser remuneradas, perjudica sobre todo a las víctimas de violencia de género con menos recursos económicos. Y, especialmente también, a aquellas que se encuentran en posesión de un contrato a tiempo parcial.

Cuarta. Deviene necesaria la determinación de un mecanismo de resolución de las discrepancias que puedan surgir entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria, o al menos, los criterios que deben regir la ponderación de las circunstancias. Esto es así por cuanto al no contener ninguna precisión el precepto sobre la forma en que debe ser materializada la reducción o reordenación de jornada, obliga a iniciar un proceso judicial a la trabajadora en caso de discrepancias, que en su situación no parece viable que vaya a producirse.

Quinta. Partiendo de la base que confluyen los requisitos necesarios para hacer efectivo el derecho a la movilidad geográfica, que no siempre es posible dado que el tejido empresarial español no posee la estructura organizativa idónea para ello, ciertamente no se puede permitir que los gastos derivados del cambio de residencia supongan una barrera para el acceso a este derecho por parte de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Sexta. Para los casos en que se produce la suspensión del contrato de trabajo de la víctima de violencia de género resulta fundamental asegurar la capacidad económica de la víctima, que se ve mermada al condicionar el acceso a la prestación por desempleo, como medida para paliar esta situación, a las cotizaciones previas de la trabajadora. De forma que, se produce una grave desprotección hacia las trabajadoras víctimas de violencia de género que no alcanzan el nivel contributivo por lo que a mantener una cierta capacidad económica se refiere. A ello se suma que al ejercitar el derecho a la suspensión de la relación laboral no pueden acceder a la ayuda social que el artículo 27 de la LO 1/2004 reconoce en su favor para los casos en que carezcan de recursos económicos, por cuanto considera que ya tienen un empleo. En relación con esto, se vincula una de las propuestas o demandas de las mujeres trabajadoras víctimas de la violencia de género que gira en torno a mejorar las ayudas sociales y económicas que reciben.

Séptima. La LO 1/2004 solo ha extendido el sistema dual de calificación del despido -nulo o procedente- a aquellos casos en que la víctima efectivamente ha ejercitado alguno de los derechos que recoge el artículo 21 de la mencionada ley. No protegiendo, por tanto, a aquellas trabajadoras víctimas de violencia de géne-

ro que han decidido compatibilizar su situación y trabajo sin recurrir a ninguno de estos derechos.

Así las cosas, de la literalidad del precepto se desprende la falta de amparo a la cualidad subjetiva de víctima de violencia de género por sí sola -incluso cuando esta esté correctamente acreditada mediante título habilitante-, aun cuando la finalidad de dicha ley es la de garantizar derechos en el ámbito laboral que permitan compatibilizar una relación de trabajo con las circunstancias concretas que puedan sufrir las trabajadoras víctimas de la violencia de género -así se recoge en el art.2.d) LO 1/2004-.

Siendo así que, para evitar esta situación el legislador podría haber incluido una protección, de carácter genérico, ante despidos que encuentren su motivación en la condición de víctima de la trabajadora dentro de los artículos 55.5.b) y 53.4.b) del ET, así como sí lo hace para aquellas trabajadoras víctimas de violencia de género que han hecho uso de derechos. Asimismo, también se podría haber incluido entre las previsiones a la no discriminación en las relaciones laborales del artículo 17 del ET, la de la violencia de género.

No obstante, ello no resulta impedimento, según han evidenciado los tribunales, para que pueda operar la nulidad ordinaria. De forma que, cuando el despido venga motivado en una causa discriminatoria, como es la condición de víctima de violencia de género, será tachado de discriminatorio, y, por tanto, calificado como nulo. Ahora bien, para ello es necesario que la trabajadora aporte indicios suficientes y razonables -como la proximidad temporal, el conocimiento por parte del empresario de su situación, etc.-, siendo altamente notorio que no opere la inversión de carga en estos casos.

Octava. Un gran número de mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género no comunican esta situación a sus respectivos empresarios, pese a poder acreditar su situación de víctima de violencia de género mediante título habilitante, por miedo, desconfianza, vergüenza e incluso por la inquietud a no ser comprendidas y sentirse en algunos casos rechazadas por la sociedad. Ello deriva, a nivel laboral, en la imposibilidad de acceder a todo el paquete de derechos que la LO 1/2004 establece en su favor. Por lo que, ante esta situación, que debe ser abordada a la mayor brevedad posible, son las mismas mujeres víctimas de violencia de género las que piden que incida en la formación y sensibilización de la sociedad, empezando desde sus etapas iniciales, esto es, en los centros educativos sobre el tratamiento de la violencia contra las mujeres. Potenciando así, una mejor educación emocional, que permita empatizar a la sociedad con este colectivo y sus dificultades.

5. BIBLIOGRAFÍA

- FABREGAT MONFORT, G., “La movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género: algunos aspectos críticos del art.40.3 bis ET”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, n.o 19, 2012, pp. 275-294.
- FUNDACIÓN ADECCO, Un empleo contra la violencia, 2018.
- GALA DURÁN, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, n.o 1, 2005, pp. 477-506.
- GARCÍA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, vol. 4, n.o 11, 2012, pp. 117-148.
- GARCÍA TESTAL, E., Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA TESTAL, E., “Los efectos de la orden de alejamiento en la relación laboral y en el concepto de «colocación adecuada»: ¿Qué ocurre si agresor y víctima trabajan en el mismo centro de trabajo?”, Revista de trabajo y seguridad social. CEF, vol. 304, 2008, pp. 1-18.
- GARCÍA VALVERDE, M. D., “Sobre el contrato de trabajo”, en Violencia de género perspectiva multidisciplinar y práctica forense, Aranzadi Thomson Reuters, 2007, pp. 779-813.
- LOUSADA AROCHENA, F., “Aspectos laborales y seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, Revista del poder judicial, n.o 88, 2009, pp. 267-299.
- MINISTERIO DE IGUALDAD, Macroencuesta de violencia contra la mujer, 2019.
- MINISTERIO DE IGUALDAD, Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, 2019.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA COMERCIO Y TURISMO, Estructura y dinámica empresarial en España. Datos nacionales, autonómicos y provinciales., 2020.
- VELASCO PORTERO, M. T.; MENENDEZ SEBASTIAN, P., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos, n.o 271, 2005, pp. 3-64.

