

La protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito laboral

Carolina Gala Durán

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Catedrática acreditada
Universidad Autónoma de Barcelona

Aspectos generales

Al igual que en otros ámbitos, en los últimos años se han introducido en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social diversas medidas dirigidas a prevenir, a hacer frente y a reparar las consecuencias derivadas de una situación de violencia de género; definida ésta, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Violencia que, además, conforme a la citada Ley, se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (estaríamos en el marco de la violencia doméstica, excluyendo otros supuestos —la violencia ejercida por los hijos a sus madres, por ejemplo—).

Cabe tener en cuenta, no obstante, que no todas las normas con contenidos laborales y sociales utilizan el concepto de violencia de género recogido en la Ley Orgánica 1/2004, sino que algunas de ellas, especialmente las autonómicas, utilizan un concepto mucho más amplio, al incluir casos como, por ejemplo, el acoso sexual, el tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual, la prostitución y el comercio sexual o la mutilación genital femenina.

Por otra parte, cabe destacar que se prevén medidas que son de muy diverso tipo (medidas sanitarias, laborales, ayudas económicas, prestaciones de la Seguridad Social, medidas de fomento del empleo e inserción laboral...), y que tienen como destinatarias tanto a las víctimas de violencia de género que no desarrollan una actividad

laboral como a aquellas que son trabajadoras por cuenta ajena, funcionarias o trabajadoras por cuenta propia, por lo que se trata de medidas que poseen, acertadamente, un ámbito subjetivo de aplicación muy amplio, aunque está no exento de problemas, ya que algunas de ellas no se aplican en todos los casos o bien presentan diferencias. Y también cabe tener muy presente que, en todos los supuestos, la única destinataria es la mujer víctima de violencia de género, quedando excluidos —por decisión del legislador, ratificada posteriormente por el Tribunal Constitucional— los hombres.

Nos encontramos, asimismo, ante disposiciones que se sitúan esencialmente en la perspectiva de la reparación o de la protección de las víctimas de violencia de género, ya que su finalidad es aportar soluciones de distinto tipo para que una víctima pueda protegerse o recuperarse de la situación que ha vivido o está viviendo y, en su caso, obtener recursos económicos con los que seguir subsistiendo, al menos, temporalmente.

A lo que cabe añadir que se trata de fórmulas de intervención que se encuentran reguladas en diversas fuentes, tanto estatales —especialmente la Ley Orgánica 1/2004— como autonómicas (dentro de sus competencias, algunas comunidades autónomas han aprobado leyes sobre violencia de género o sobre igualdad, donde también recogen importantes medidas de carácter laboral y social¹).

Finalmente, desde esta perspectiva introductoria cabe señalar que, en algunos casos, se trata de medidas cuya aplicación resulta difícil, al no haberse concretado legalmente elementos importantes de las mismas o haberse previsto un procedimiento de concesión excesivamente complejo: es el caso, como veremos, de algunas de las medidas previstas en el Estatuto de los Trabajadores; y, asimismo, es muy probable que, por desgracia, algunas de las fórmulas de protección previstas en la Ley solo lleguen a aplicarse en la práctica en un porcentaje mínimo de casos, ya que la propia situación de violencia de género puede llegar a impedirlo. Por ejemplo, como veremos, a pesar de que el Estatuto de los Trabajadores prevé, para hacer frente a las situaciones de violencia de género, fórmulas, entre otras, como la reducción de la jornada o la reordenación del tiempo de trabajo², el cambio de centro de trabajo o la movilidad geográfica³ o la suspensión del contrato de trabajo⁴, es muy posible que, en muchos casos, la trabajadora víctima de violencia de género, en función de sus propias circunstancias, no opte por ellas sino que se verá directamente obligada a abandonar su puesto de trabajo.

1. Puede citarse, entre otros, el caso de Cataluña, Castilla y León, Galicia, Murcia, Aragón, Madrid, Cantabria, Canarias, La Rioja, Extremadura y Asturias.

2. Artículo 37.

3. Artículo 40.

4. Artículo 48.6.

1. Las medidas reguladas en el marco del Estatuto de los Trabajadores: medidas de contenido laboral

Entrando ya en las medidas previstas, cabe destacar, en primer lugar, que respecto a las recogidas en el propio Estatuto de los Trabajadores, éstas tienen un contenido bastante diverso y, a la vez importante, aun cuando, como acabamos de señalar, la efectividad práctica de algunas de ellas puede ser muy escasa como consecuencia de las dificultades inherentes a una situación de violencia de género.

En este ámbito, cabe recordar que la Ley Orgánica 1/2004 reformó varios —e importantes— preceptos del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo una serie de derechos a las trabajadoras por cuenta ajena víctimas de violencia de género que se manifiestan en materias como: la reducción o la reordenación del tiempo de trabajo, el cambio de centro de trabajo o la movilidad geográfica, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y la extinción del propio contrato de trabajo.

Cabe tener en cuenta, no obstante, que en bastantes casos, las medidas previstas no están del todo definidas o su puesta en práctica resulta especialmente compleja, y en algunos supuestos existen olvidos difícilmente explicables. En todo caso, estos derechos pueden ejercerlos todas las trabajadoras víctimas de violencia de género, con independencia del tipo de contrato (indefinido o temporal), su categoría profesional o la duración de su jornada de trabajo (a tiempo completo o a tiempo parcial).

1.1. La reducción de jornada o la reordenación del tiempo de trabajo

En primer lugar, el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores establece que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de su jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación de su tiempo de trabajo, mediante la adaptación del horario, la aplicación del horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos pueden ejercerse en los términos establecidos en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponde a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas previstas para los casos del permiso de lactancia y la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares⁵, incluidas las relativas a la resolución de las discrepancias entre el empresario y la trabajadora⁶.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

5. Artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

6. Artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

1ª) Se puede ejercer este derecho en dos casos: en primer lugar, cuando la medida resulte conveniente para garantizar la protección de la trabajadora requiriéndose la existencia de una orden de protección o, excepcionalmente, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la trabajadora es víctima de violencia de género hasta que se dicte la orden de protección.

A estos efectos, cabe tener en cuenta que la orden de protección la dictará el juez de oficio o a instancia de la víctima, persona de su entorno familiar más inmediato o del Ministerio Fiscal en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, y libertad o seguridad, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna medida de protección. La orden de protección puede solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las fuerzas y cuerpos de seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las administraciones públicas.

Se trata de un procedimiento judicial urgente, en el que puede conferirse a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá medidas cautelares de orden civil y/o penal y aquellas otras medidas de asistencia y protección social que resulten necesarias. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y las de naturaleza civil podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos/as, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Cabe tener muy presente que no todas las víctimas de violencia de género denuncian o recurren a una orden de protección, y de aquellas que la solicitan no todas la obtienen. Ello implica que solo podrá acudir a esta primera medida laboral y al resto de las incorporadas en el Estatuto de los Trabajadores una parte de las mujeres que son víctimas de violencia de género⁷.

Y, en segundo lugar, también puede ejercerse el derecho previsto en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores cuando el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social integral de la trabajadora requiere acudir a esta medida. A estos efectos, cabe recordar que el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2004 prevé que las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral; exigiendo, asimismo, una atención permanente, una actuación urgente, la especialización de prestaciones y la multidisciplinariedad profesional.

Ello significa que la trabajadora víctima de violencia de género va a tener derecho a la reducción de jornada o a la reordenación de su tiempo de trabajo cuando resulte

7. Al respecto ver el informe anual elaborado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial.

necesario, por ejemplo, a los efectos de recibir atención psicológica, apoyo social o atención de cualquier tipo, y así se acredite por el correspondiente servicio de salud o por los servicios sociales.

Desde una perspectiva crítica, sorprende el hecho de que, a pesar de que el citado artículo 19 regula también el derecho a la asistencia social integral de los/las menores que se encuentran bajo la patria potestad o guardia y custodia de la trabajadora, esta no puede solicitar una reducción de jornada para garantizar el derecho a la asistencia social de aquellos (y poder acompañarlos, por ejemplo, en el caso de que requieran atención psicológica), ya que la Ley solo la prevé para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social de la propia trabajadora. Sin duda, debería haberse incluido también el caso de los menores.

2ª) Las medidas previstas en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores son la reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario, sin que se establezca un límite mínimo o máximo de reducción, tal como ocurre en el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares⁸, y la reordenación del tiempo de trabajo.

Esta última medida se define de una forma amplia, al poder abarcar tanto la adaptación del horario, como la aplicación del horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Sin embargo, en este ámbito cabe introducir un doble matiz: a) que parece partirse de la idea de que esas fórmulas de reordenación del tiempo de trabajo van a ser siempre posibles, con independencia del tipo de trabajo que se desarrolla e incluso del tipo de empresa en el que se presta servicios (desconociendo que las opciones van a ser muy distintas en función, por ejemplo, de la dimensión que tenga la empresa), y, b) parece limitarse la medida a las formas de ordenación del tiempo de trabajo que ya se utilicen en la empresa, por lo que parece descartarse que el empresario tenga la obligación de poner en marcha este tipo de fórmulas si no las tenía implantadas con anterioridad.

Obviamente, la decisión sobre el tipo concreto de medida a poner en práctica (reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo) corresponde a la trabajadora.

3ª) Estos derechos pueden ejercerse, como hemos visto, en los términos establecidos en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o según el acuerdo entre la empresa y la trabajadora. En torno a esta cuestión surgen dudas:

—En primer lugar, sorprende la atribución de competencias que se hace a favor del convenio colectivo y del acuerdo de empresa como fuente de regulación en este ámbito, entre otros motivos, porque se trata de una cuestión de un alcance principalmente bilateral entre trabajadora y empresa. Esa atribución no se ha hecho en ámbitos

8. Regulada en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, que fija un mínimo de un octavo de la jornada y un máximo de la mitad.

cercanos desde una perspectiva de ejercicio de derechos, como es el caso de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

—No se establece un orden de prevalencia expreso entre el convenio colectivo, el acuerdo de empresa y el acuerdo entre empresa y trabajadora, pero puede deducirse que el último acuerdo citado solo se dará o en defecto de los anteriores o para mejorar lo allí dispuesto. Destaca, asimismo, el hecho de que no se prevea un plazo determinado —y muy corto— para alcanzar el acuerdo entre la trabajadora y el empresario; previsión especialmente importante en un ámbito como este.

—Y, en fin, no se recoge ningún límite a la forma como los convenios colectivos o acuerdos regulen estos derechos, por lo que con el único límite de no poder excluirlos sí podrían, en cambio, limitarlos enormemente, estableciendo, por ejemplo, que la reducción de jornada solo puede alcanzar a un 10 % de la jornada o que su duración máxima será de 10 días, o que el acceso al horario flexible tendrá una duración máxima de 15 días. A nuestro entender, la Ley debería haber establecido ciertos parámetros mínimos, tal como hace en el ámbito de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares. En todo caso, no será válida, en ningún supuesto, una regulación convencional o contractual que desconozca o limite injustificadamente la protección efectiva de la trabajadora o su derecho a la asistencia social integral.

4ª) El Estatuto de los Trabajadores prevé que, en defecto de convenio colectivo o acuerdos colectivo o individual, la concreción del derecho corresponde a la propia trabajadora víctima de violencia de género, en los términos previstos para la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares⁹, lo que implica que la trabajadora concretará, en un caso, el alcance de la reducción de jornada, su concreción horaria y el período de disfrute, y, en otro, el tipo y alcance material y temporal de la medida concreta de reordenación del tiempo de trabajo. Y todo ello, dentro de su jornada ordinaria —ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial— y con un preaviso al empresario con 15 días de antelación a la fecha de reincorporación a la jornada anterior.

Sin embargo, como crítica cabe señalar que, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una situación de violencia de género y, por tanto, ante una situación terrible, el procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores es excesivamente complejo y largo, ya que incluso parece deducirse del texto legal que la trabajadora deberá intentar un acuerdo con la empresa antes de llevar a cabo la determinación unilateral de las condiciones de aplicación de las medidas. A nuestro entender, debería haberse recurrido, incluso con mayor justificación, al mismo modelo seguido para el caso del permiso de lactancia y la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, esto es, directamente a la concreción unilateral por parte de la trabajadora.

Y, en fin, la escasa lógica del procedimiento establecido se confirma si tenemos en cuenta que, conforme al artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable en este caso, si el empresario no está de acuerdo con la concreción de las medidas

9. Recogidos en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

llevada a cabo por la trabajadora, esta deberá presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social, iniciando un proceso que, a pesar de su carácter urgente y preferente, tiene muy poco sentido en el marco de una situación de violencia de género. En definitiva, es muy difícil creer —e incluso plantearse— que una trabajadora inmersa en una situación de violencia de género va a seguir todos los trámites examinados y, en su caso, va a acabar demandando a su empresario para hacer efectivos los derechos recogidos en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores.

Y, 5ª) por último, sorprende que el incumplimiento empresarial de los derechos recogidos en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores o del resto de las medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004 no es sancionable administrativamente, al no haberse modificado la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Ello implica que es necesario acudir, con todas las dificultades de ajuste que ello supone, a infracciones de carácter genérico.

1.2. El cambio de centro de trabajo o la movilidad geográfica

La segunda medida prevista en el Estatuto de los Trabajadores a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género —recogida en su artículo 40.3 bis— comporta que la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente¹⁰ que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. Con tal fin, la empresa está obligada a comunicarle las vacantes existentes en ese momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de 6 meses, con la obligación de reservar el puesto de trabajo. Finalizado este período, la trabajadora podrá optar por el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decae la obligación de reserva del puesto de trabajo anterior. En este ámbito también se plantean algunos interrogantes:

1º) La iniciativa para poner en marcha esta medida corresponde a la propia trabajadora víctima de violencia de género y, probablemente, se recurrirá a ella en los casos en que la reducción de jornada o la reordenación del tiempo de trabajo no resultan suficientes para hacer frente a la situación concreta en que se encuentra y se ve obligada a abandonar, al menos temporalmente, su puesto de trabajo.

El empresario no puede negarse a la petición de la trabajadora, aun cuando podrá solicitar que esta acredite su situación, mediante la correspondiente orden de protección o, excepcionalmente, a través del informe del Ministerio Fiscal que indique la

10. A estos efectos hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores.

existencia de indicios de que la trabajadora es víctima de violencia de género. A nuestro entender, cuando la medida tiene como objetivo hacer efectivo el derecho a la asistencia social integral, podría solicitarse también la correspondiente acreditación por parte del servicio de salud o servicios sociales competentes.

Ello implica que, a diferencia del resto de los supuestos de traslado contemplados en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, la iniciativa corresponde a la trabajadora y la causa que fundamenta la movilidad no es económica, técnica, organizativa o de producción.

2º) A pesar que la redacción legal es un poco confusa, la trabajadora puede optar por un cambio de centro de trabajo sin cambio de lugar de residencia o bien por un traslado —temporal, eso sí— con cambio de residencia. Para poder ejercer este derecho, la empresa informará a la trabajadora sobre las vacantes existentes en el momento en que recurre a esta medida y sobre las que pudieran producirse en el futuro. Por tanto, la trabajadora tendrá derecho a ocupar una vacante en cualquier otro de los centros de trabajo de la empresa, con independencia de dónde se encuentre situado este, incluido el extranjero.

Sin embargo, en este ámbito cabe introducir varios matices.

En primer lugar, se exige que la trabajadora se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando servicios, por lo que parece deducirse que su situación la obliga a trabajar necesariamente en otra localidad, lo que no resulta necesario en todos los casos, ya que, en algunos supuestos, de existir varios centros de trabajo de la empresa en la misma localidad bastaría con trasladarse a trabajar a otro centro de trabajo sin abandonar la localidad. A nuestro entender, no debería haberse incluido la referencia a la localidad, limitándose la Ley a prever que la trabajadora se ve obligada a abandonar su puesto concreto de trabajo.

En segundo lugar, a pesar de que el Estatuto de los Trabajadores no señala nada al respecto, el empresario está obligado a informar con celeridad a la trabajadora sobre las vacantes existentes, ya que de no ser así la medida prevista perderá efectividad. Debería haberse previsto un plazo concreto para cumplir con esta obligación de información.

Por otra parte, la información en relación con las vacantes futuras tiene sentido en aquellos casos en que, en el momento de solicitar esta medida, no existe ninguna vacante y la trabajadora se ve obligada a recurrir a la suspensión del contrato prevista en los artículos 45.1n) y 48.6 del Estatuto de los Trabajadores. En este caso, cuando se produjese una vacante la empresa debería comunicarlo a la trabajadora y esta podría pasar a ocuparla, poniendo fin a la suspensión del contrato de trabajo.

En tercer lugar, esta medida está pensada para el caso de empresas que tengan varios centros de trabajo y para el marco de la empresa privada, ya que no resultará tan —o nada— efectiva en empresas pequeñas o en las entidades locales respecto del personal laboral, donde el parámetro de la «localidad» antes apuntado tiene aún menos sentido.

Y finalmente, conforme al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, tanto el traslado como el desplazamiento implican la obligación empresarial, en mayor o menor medida, de compensar los gastos causados al trabajador. En el caso que examinamos no se prevé nada al respecto; pero, a nuestro entender, no existiría tal compensación de gastos ya que la causa que justifica la movilidad de la trabajadora no es empresarial sino personal. Cuestión distinta es que dicha compensación se prevea como mejora en el convenio colectivo o la conceda de forma unilateral el empresario.

3º) La trabajadora tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. En este ámbito se plantea la duda de cómo interpretar la referencia a un «*derecho preferente*» y frente a quién, teniendo en cuenta que, por ejemplo, el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores prevé que si se traslada a uno de los cónyuges, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera un puesto de trabajo. Ante una vacante, ¿quién tendría preferencia?, ¿la víctima de violencia de género o el cónyuge? A nuestro entender, dada la gravedad de la situación y para evitar posibles problemas aplicativos, debería haberse establecido una preferencia absoluta para las víctimas de violencia de género.

Asimismo, la utilización del parámetro del grupo profesional o categoría equivalente tendrá como límites el poseer la titulación académica o profesional necesarias para ejercer la correspondiente prestación laboral, así como la salvaguarda de la dignidad, la formación y la promoción profesional de la trabajadora. La retribución a percibir será la correspondiente a las funciones que realice.

4º) Por otra parte, se prevé que el traslado o cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de 6 meses, durante los cuales se reservará el puesto de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género.

En este punto cabe señalar, por un lado, que no tiene mucho sentido hablar de duración «*inicial*» cuando no se prevé la prórroga de la misma ni tampoco parece posible pactar un período de duración inferior. Y, por otro lado, resulta criticable la duración prevista, tanto por su posible escasez temporal como por su falta de adaptabilidad a las distintas circunstancias que puedan presentarse. A nuestro entender, 6 meses puede ser poco tiempo para entender resuelta la situación de fondo que lleva a la trabajadora a optar por esta medida y, asimismo, debería haberse previsto una cierta flexibilidad en el uso de ese tiempo. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores no atiende tampoco el caso en que el proceso judicial vinculado con la orden de protección se resuelve en un período de tiempo inferior a los 6 meses. En este supuesto parece deducirse que la medida seguirá siendo de 6 meses.

Y por último, 5º), una vez finalizado el plazo de 6 meses, la trabajadora podrá optar por el regreso a su anterior puesto de trabajo o por la continuidad en el nuevo. Si bien esta solución tiene su lógica desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos —resuelve una situación transitoria— requiere de ciertos matices: en primer lugar, puede suponer una alteración de los mecanismos de provisión de vacantes pre-

vistos en las normas aplicables en la empresa si la trabajadora opta por el nuevo puesto. Y en segundo lugar, el Estatuto de los Trabajadores parece presuponer que todas las vacantes existentes tienen las mismas características que el puesto ocupado anteriormente por la trabajadora y puede no ser así: por ejemplo, ¿qué ocurre si la trabajadora no puede regresar, por su situación, a su puesto de trabajo anterior pero la vacante que está ocupando solo tiene carácter temporal, al ser sustituyendo, por ejemplo, a un trabajador enfermo o de baja por maternidad? En esta cuestión el Estatuto de los Trabajadores deja abiertos importantes interrogantes.

1.3. La suspensión del contrato de trabajo

La tercera medida prevista en el Estatuto de los Trabajadores consiste en que cualquier contrato de trabajo puede suspenderse por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. El período de suspensión tendrá una duración inicial que no puede exceder de 6 meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resulte que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez puede prorrogar la suspensión por períodos de 3 meses, hasta un máximo de 18 meses.

En este ámbito se plantean cuestiones interesantes:

1ª) La decisión, de nuevo, corresponde a la trabajadora, cuando considere que debe abandonar su puesto de trabajo, con carácter temporal, como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Al igual que en el resto de los supuestos examinados, el empresario puede solicitarle que acredite su situación de víctima de violencia de género.

2ª) Para evitar que su ausencia sea considerada como falta de asistencia al trabajo y, por tanto, como causa de despido disciplinario¹¹, la trabajadora deberá comunicar su decisión al empresario, con carácter previo, salvo situaciones excepcionales, para que este pueda adoptar las medidas necesarias para cubrir el puesto de trabajo de la trabajadora.

3ª) El período de suspensión tendrá una duración inicial que no puede exceder de 6 meses, de lo que cabe deducir que puede ser inferior y que, de ser así, podría prorrogarse —por decisión de la trabajadora y comunicándolo a la empresa— hasta ese límite. Y, a partir de ese momento, caben prórrogas por períodos de 3 meses, hasta 18 meses; pero la existencia de dichas prórrogas corresponde decidirla al Juzgado de Violencia sobre la Mujer (no al Juzgado de lo Social), que deberá comunicarle al empresario y entregarle copia de la correspondiente resolución judicial.

Asimismo, durante el período máximo de 18 meses existirá la reserva del puesto de trabajo y la reincorporación se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato. Una vez agotado dicho período, la trabajado-

11. Conforme a lo previsto en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.

ra o bien se reincorpora a su puesto de trabajo y en las mismas condiciones anteriores, o bien se extingue su contrato o incluso —al no preverse una incompatibilidad expresa— podría optar por el cambio de centro de trabajo o el traslado previsto en el artículo 40.3 bis del Estatuto de los Trabajadores.

Y 4ª), durante el período de suspensión se encontrará en situación legal de desempleo y podrá acceder, en su caso, a la correspondiente prestación por desempleo, ya sea contributiva o asistencial.

1.4. La extinción del contrato de trabajo

La última medida prevista en el Estatuto de los Trabajadores consiste en la incorporación de una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, que se concreta en la decisión tomada por una trabajadora que se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de la violencia de género¹²; decisión que deberá comunicar al empresario y aportar la documentación acreditativa de la situación de violencia de género.

Y también cabe señalar que la Ley parece presuponer que, con carácter previo a la decisión extintiva, la trabajadora puede haber recurrido a la suspensión del contrato o al cambio de centro de trabajo o al traslado, al calificar el abandono del puesto de trabajo como «*definitivo*». No hay duda que teniendo en cuenta la forma como el Estatuto de los Trabajadores y la LGSS regulan la suspensión del contrato, la mejor opción es recurrir primero a la suspensión y luego a la extinción del contrato de trabajo, aun cuando en función de las circunstancias concurrentes no siempre podrá ser así.

Finalmente, la trabajadora que extinga su contrato por esta vía se encontrará en una situación legal de desempleo y podrá acceder, por tanto, a las correspondientes prestaciones por desempleo.

Sin embargo, no cabe olvidar que, en el marco de la extinción del contrato, la Ley Orgánica 1/2004 introdujo otra medida protectora importante, al preverse que no se computarán como faltas de asistencia en el caso de un despido por causas objetivas¹³ las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios sociales, según proceda.

Por su parte, el artículo 21.4 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad posible.

12. Artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

13. Regulado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

De la interrelación de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica 1/2004 se derivan varias conclusiones:

a) El contenido del artículo 21.4 de la Ley Orgánica 1/2004 evita que las eventuales ausencias o faltas de puntualidad de la trabajadora víctima de violencia de género causadas por su situación física o psicológica puedan llegar a ser consideradas como injustificadas y, por tanto, servir de base para un despido disciplinario vía artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Sin embargo, la calificación como justificadas de las ausencias al trabajo dejaba abierta la posibilidad de recurrir al despido por causas objetivas y, por tanto, la trabajadora podía acabar siendo despedida de forma indemnizada (20 días de salario por año de servicio). Para evitarlo se modificó el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, señalándose que no se computarán como faltas de asistencia, entre otras, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, acreditadas por los servicios sociales de atención o servicios de salud.

Y cabe entender que no se computarán esas ausencias sea cual sea su duración y con independencia de que den lugar o no a la correspondiente baja médica, lo que implica que tampoco se computarán cuando la situación de violencia da lugar a la baja médica por riesgos comunes por un período inferior a los 20 días consecutivos, ya que la causa de la baja sigue siendo la violencia de género.

Por otra parte, y con una clara voluntad de proteger a las víctimas de violencia de género se reformó también el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, declarándose nulo el despido de una trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de los derechos antes vistos. Ello implica que el despido, en estos casos, solo podrá ser declarado como procedente (si el empresario demuestra que se debió a causas ajenas al ejercicio de esos derechos) o nulo, procediéndose en este último caso a la readmisión obligatoria de la trabajadora en la empresa.

2. Las modificaciones incorporadas en el marco de la Seguridad Social

Entrando, finalmente, en los cambios incorporados en el ámbito de la protección de la Seguridad Social, estos se centran especialmente en la protección por desempleo y tienen un carácter muy favorable. Esos cambios son los siguientes:

a) El tiempo de suspensión del contrato analizado páginas atrás computa como cotizado a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Además, durante dicho período no se cotiza a la Seguridad Social. Y esa consideración como período cotizado se produce con independencia de que la trabajadora víctima de violencia de género tenga derecho o no a acceder, durante el período de suspensión, a la correspondiente prestación por desempleo.

b) Durante la situación de suspensión del contrato —y también cuando se extingue el contrato— se pasa a la situación legal de desempleo y, por tanto, se tendrá de-

recho a la prestación por desempleo, contributiva o asistencial, si se cumplen los requisitos. La situación legal de desempleo se acredita mediante una comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión de la relación laboral, junto con la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal. En caso de no tener derecho a prestación por desempleo, la trabajadora podrá acudir, de cumplir los requisitos previstos, a la correspondiente renta mínima de inserción o figura equivalente.

c) El período de cotización tenido en cuenta para reconocer la prestación por desempleo en caso de suspensión del contrato no se agota y, en consecuencia, puede volver a computarse con posterioridad. Y el tiempo durante el que se percibe el desempleo durante la suspensión del contrato se considera como cotizado a efectos de prestaciones futuras de desempleo. Todo ello supone que acceder, en este caso, la prestación por desempleo tiene un «*coste cero*» para la trabajadora.

Como crítica cabe señalar que todo este sistema de protección se ha estructurado en torno a la figura de la prestación por desempleo, a la que no pueden acceder ni las funcionarias públicas ni las trabajadoras por cuenta propia, que solo tendrán como salida acudir a las ayudas de emergencia o fórmulas equivalentes (rentas mínimas de inserción) previstas en las correspondientes normas autonómicas. En la misma situación se encuentran las trabajadoras por cuenta ajena que no cumplen los requisitos mínimos exigidos para acceder a los subsidios por desempleo.

Y d), finalmente, se modificó el artículo 231 de la Ley General de la Seguridad Social, estableciéndose que para la aplicación del compromiso de actividad el Servicio Público de Empleo tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.

Se trata de una medida muy oportuna, si tenemos en cuenta que el citado compromiso comporta la búsqueda activa de empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión e inserción profesional para incrementar la ocupabilidad; obligaciones que no siempre va a poder cumplir una víctima de violencia de género.

Por último, nos detendremos en las modificaciones introducidas en el ámbito de las pensiones de viudedad y orfandad.

A este respecto, en la disposición adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/2004 se establece que quien fuese condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones contra su cónyuge o ex cónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, salvo que, antes del fallecimiento del sujeto causante, se hubiera producido la reconciliación entre ellos.

Asimismo, la persona que hubiese sido condenada, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio o de lesiones contra su cónyuge o ex cónyuge, pareja o ex pareja, no le será abonable, en ningún caso, la pensión de orfandad de

la que pudieran ser beneficiarios sus hijos, salvo que, de nuevo, hubiera mediado reconciliación.

Por otra parte, en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social se prevé que, en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria conforme al Código Civil, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Asimismo, a diferencia de la regla general, la cuantía de la pensión de viudedad no se verá condicionada por la percepción o no de pensión compensatoria.

3. Conclusiones finales

Es fácil constatar que la Ley Orgánica 1/2004 introdujo importantes medidas, tanto en el ámbito laboral como de la Seguridad Social, a favor de las víctimas de la violencia de género, aun cuando algunas de ellas presentan, como hemos visto, algunos problemas aplicativos. No obstante, actualmente se desconoce su verdadera aplicación práctica, aun cuando los convenios colectivos empiezan a referirse a dichas medidas —las laborales especialmente— e incluso las mejoran. No obstante, en los próximos años el reto consistirá, precisamente, en evaluar la eficacia real de estas medidas y en proponer, en su caso, la realización de reformas y/o la incorporación de nuevas vías de actuación.

Bibliografía

- GALA DURÁN, C. (2005). «Violencia de género y Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 1, p. 477-506.
- GARRIGUES, A. (2009). «Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral», *Aranzadi Social*, nº 11, p. 53-80.
- RUANO, L. (2006). «La protección de las víctimas de la violencia de género en el ámbito del trabajo y de la Seguridad Social», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 17, p. 4237-464.