

FLEXIBILIDAD INTERNA Y CAMBIO DE LUGAR DE TRABAJO DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

INTERNAL FLEXIBILITY AND CHANGE OF WORK PLACE OF THE VICTIM GENDER VIOLENCE

ERICA FLORINA CARMONA BAYONA
Universidad de Alcalá

Recibido: 18/02/2016

Aceptado: 15/04/2016

Resumen: la Ley Orgánica 01/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, consagra una serie de derechos a favor de la trabajadora víctima. El fin es compatibilizar el cumplimiento de las obligaciones laborales con las circunstancias de esta, además, de proteger la vida e integridad de la mujer, esto es, su dignidad. Para ello, la norma le reconoce unos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, dentro de los que se encuentra el derecho preferente al cambio de lugar de trabajo. Aunque la regulación legal solo se enfoca en la protección de la trabajadora, esto no impide que se deba analizar tal derecho en relación con las necesidades organizativas del empresario, pues, es en la empresa donde se ejecuta el contrato. Por lo tanto, la organización productiva puede ser ajena a las circunstancias que experimenta la empleada. Lo que implica que puede atender dicha situación desde la perspectiva de la flexibilidad interna, ya que la gestión del personal no deberá descuidar los intereses de la empresa, cuando exista en la plantilla víctimas de violencia de género, ello con el fin de no afectar el rendimiento de las trabajadoras, por lo tanto, la productividad de la empresa.
Palabras claves: violencia de género, trabajadora víctima, derecho preferente, movilidad geográfica, flexibilidad interna.

Abstract: *Act 01/2004, of 28 december, of Integrated Protection Measures against Gender Violence, enshrines a series of rights for the females working victim. This regulation has the objective of finding a balance between compliance and labor obligations according to the circumstances of the females working victim. In addition to protect the live and integrity of women this is their dignity. For this, the Act recognizes certain rights in the field of labor relations. Within which is the preemptive right to change workplace. Although legal regulation focuses only on protecting the females working, this does not preclude such a right must be analyzed in relation to the organizational needs of the employer. Well, it is in the company where the contract is executed, therefore, the organization cannot ignore the circumstances that females working women experiment. It implies that the company can be able to accommodate such a situation from the perspective of internal flexibility. Personnel management should not neglect the interests of the company, when there are victims of gender violence in its workforce. In order to not affect the performance of the workers and therefore the productivity of the company.*

Keywords: *gender violence, females working victim, preemptive right, geographical mobility, internal flexibility.*

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA. 2. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO LABORAL PREFERENTE DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO AL CAMBIO DE LUGAR DE TRABAJO. 3. CONFLUENCIA DE LA PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA Y LAS NECESIDADES ORGANIZATIVAS DE LA EMPRESA. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA

El respeto de la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1 de la CE) tiene la virtualidad de informar el ordenamiento y de sujetar a los poderes públicos a no realizar conductas que atenten contra esta, al igual que los vincula para que cumplan, hagan cumplir y potencien los derechos fundamentales por medio de los cuales se hace efectiva, dado que le son inherentes¹. En ese sentido, el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 de la CE) requiere un desarrollo con el fin de que se proscriban y eliminen tratos discriminatorios, dentro de los que encuentran los motivados por razón del sexo.

Lo anterior implica que se deben facilitar las condiciones para el ejercicio del derecho a la igualdad, además, crear mecanismos de sensibilización social con el fin de evitar actos discriminatorios contra la mujer, lo que conlleva la adopción de medidas para erradicar comportamientos socioculturales que justifican dichos actos. En esa misma línea, desde una perspectiva sancionatoria, se puede acudir al *ius puniendi* como un recurso *última ratio* para tipificar conductas punibles que castigan a quienes atentan contra los derechos fundamentales de la mujer por el solo hecho de ser mujer.

Se potencia la protección de la dignidad de la mujer a través de instrumentos internacionales que propenden por la supresión de tratos discriminatorios y actos de violencia contra esta que vacían de contenido el derecho a la igualdad. Dentro de estos destacamos la Convención de la Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1974 y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica². En el ámbito interno el legislador ha aprobado la Ley Orgánica 01/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³ (en adelante LOVG) que tipifica el delito de violencia de

¹ Vid. Gavara de Cara, J.C. “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 340. Aparicio Aldana, R.K., “Los derechos fundamentales en la relación laboral: una alternativa al conflictivismo”. Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, pp. 99-101.

² Instrumento de ratificación de fecha 18 de marzo de 2014 (BOE n.º 137, de 6 de julio de 2014, pp.42946-42976).

³ BOE n.º 313, de 29 de diciembre de 2004, pp.1-50.

género⁴. El legislador desde la perspectiva del delito diseña un plan de protección integral dentro del que se regulan derechos de naturaleza laboral (art. 21 de la LOVG)⁵. Estos derechos tienen como objetivo que la trabajadora logre conciliar las exigencias de la relación de trabajo con las circunstancias de su condición de víctima (art.2.d de la LOVG), además de garantizar su independencia económica (art. 2.e de la LOVG)⁶.

La LOVG consagra un sistema de protección para la mujer víctima de violencia de género desde una perspectiva de la tutela penal⁷ y, desde allí irradia a diversos ámbitos dentro de los que abarca las relaciones de trabajo. Dicha protección laboral se circunscribe en tres áreas: la primera relativa al Derecho de la Relación de Trabajo; la segunda al Derecho de la Seguridad Social, el Derecho del Empleo y de la Formación Profesional; y, la tercera al Derecho de la Asistencia Social Integral⁸. Enfocándose este artículo en la primera, esto es, en el derecho preferente al cambio de lugar de trabajo de la víctima de la violencia de género regulado en la disposición adicional séptima dos de la LOVG, que introdujo un nuevo apartado 4 al art. 40 del ET. El derecho preferente se analiza desde la perspectiva de la facultad del empresario de organizar la plantilla de acuerdo a las necesidades de la empresa, es decir, desde la flexibilidad interna.

⁴ Comprende actos de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad llevadas a cabo sobre la mujer por el hombre que sea o haya sido su cónyuge o quién esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1 de la LOVG). Sin embargo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica realiza una definición más amplia, y considera la violencia contra la mujer como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implica o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada» [art. 3. a)].

⁵ Dichos derechos, consagrados en el artículo 21.1 LOPVG, los clasifica Selma Penalva, A., en los siguientes grupos: «1º) Derechos sobre la ordenación del tiempo de trabajo. 2º) Derechos a la movilidad geográfica como medida de protección específica. 3º) El derecho a la suspensión de la relación laboral. 4º) La violencia de género como causa específica de extinción del contrato de trabajo. 5º) Las faltas de asistencia justificadas al trabajo de la mujer víctima de violencia de género. 6º) La violencia de género y su incidencia sobre la nulidad del despido». *Vid.* «Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales», *Actualidad laboral*, n.º 9, 2011, p.4 y ss. (versión electrónica).

⁶ Los derechos laborales consagrados en la LOVG constituyen una medida que va en la dirección de que las mujeres víctimas de violencia tengan independencia económica. Lo que constituye una herramienta adoptada por los poderes públicos que demuestra que se está trabajando en ese sentido desde antes que el Estado haya asumido tal obligación en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (art. 18.3 tercer ítem). Ello, a pesar de las críticas que hacemos a la norma interna.

⁷ *Vid.* Díaz Aznarte, M^a.T., “La respuesta del ordenamiento jurídico- laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en Jiménez Díaz, M^a.J., (coord.), *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Edit. Dykinson. Madrid, 2007. p.157.

⁸ *Vid.* Fernández López, M^a.F., “La dimensión laboral de la violencia de género”, Edit. Bomarzo, Albacete, 2005, p.23.

La flexibilidad interna se refiere a la capacidad de gestión del empresario para modificar condiciones de trabajo y organizar el trabajo dentro de la empresa. Así que causa efectos sobre las obligaciones asumidas por los trabajadores y los poderes generales de dirección del empleador⁹. Por lo que el ejercicio del derecho preferente al cambio de lugar de trabajo de la víctima confluye con dicha capacidad de gestión. En estos casos, el empresario tendrá que movilizar a la trabajadora, atendiendo a su calidad de víctima, a un puesto que quizás quiera que ocupe otra persona por las cualidades y habilidades que requiere y exige el proyecto productivo.

Sin embargo, esta realidad nos plantea un panorama en el que la interpretación del derecho de la trabajadora debe armonizarse con los requerimientos de gestión. Para ello, el análisis que realizamos desarrolla, por un lado, una aproximación al derecho en mención en la que identificamos sus elementos esenciales (Apartado 2); y, por otro lado, escudriñamos la confluencia que hemos destacado, ello con el fin de encontrar puntos de encuentro que logren hacer efectivo el derecho de protección sin que la empresa lo asuma como un obstáculo para la administración óptima del personal, sino como una herramienta que coadyuva a esta (Apartado 3).

En ese contexto, la implicación de la negociación colectiva juega un papel primordial, cuyo fin es concretar mejor los derechos reconocidos en la norma. La regulación convencional ayudará a facilitar las condiciones para su ejercicio y beneficiará tanto a la trabajadora como al empresario, aunque los interlocutores sociales no se han implicado lo suficiente en el tema¹⁰. Sin embargo, destacamos la obligación que asumieron al respecto en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. En el capítulo II que se refiere a «impulsar el empleo de calidad y con derechos», se enfatiza en «facilitar a través

⁹ Vid. AA.VV., “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico. Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”. Informe de la Comisión de expertos para el diálogo social, España, 2005, pp.8-9.

¹⁰ Así lo han expresado Arias Domínguez, A., “Protección laboral y de seguridad social de la violencia de género”, Edit. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2008, pp. 66-70; y, Díaz Aznarte, M^a.T., “La respuesta...”, *cit.*, pp.160-161; Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (II): Movilidad geográfica”, en Mella Méndez, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012, p.368, 369. Recientemente, Vid. Del Pozo Pérez, M., “Violencia de género y negociación colectiva”, en Figueruelo Burrieza, Á., (*dir.*), Martín Hernández, M^a. L., (coord.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2013, p. 344. En el estudio de campo que realiza, concluye que en los pocos convenios colectivos, tanto del sector masculinizado como feminizado que consagran cláusulas sobre la violencia de género «Abundan las referencias genéricas a la normativa sin incluir ningún tipo de mejora». Finaliza deseando que se «debería tener en cuenta de un modo especial a la víctima de violencia de género, incluir más y mejores cláusula que protejan la situación laboral de la misma, habida cuenta de la que en un contexto de crisis económica las mujeres tiene aún mayores reticencias a denunciar por su incierto futuro no sólo laboral sino económico, de esta manera podría palearse, esto, al menos en parte, ante la citada incertidumbre».

de la negociación colectiva el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el ámbito laboral a las víctimas de violencia de género»¹¹.

Con todo, no se puede obviar la realidad sobre la desigualdad que existe en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres, que se materializa en aspectos como: la dificultad para acceder al empleo, la contratación por medio de modalidades precarias y la brecha salarial¹². La desigualdad es un hecho relevante que condiciona el ejercicio de los derechos de las trabajadoras, en tanto gozan de poca estabilidad en el empleo y de una reducida fuerza de negociación¹³, lo que impacta en la eficacia de los derechos laborales consagrados en la LOVG.

2. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO LABORAL PREFERENTE DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO AL CAMBIO DE LUGAR DE TRABAJO

El derecho preferente a la movilidad geográfica de la trabajadora víctima tiene una doble finalidad. Por una parte, garantiza la pervivencia del contrato¹⁴, para conciliar el cumplimiento de las obligaciones laborales con la situación que vive (art. 2.d de la LOVG). Por otro parte, constituye un instrumento para proteger la vida e integridad de la mujer, en esencia, su dignidad. Para ello, el legislador utiliza herramientas del Derecho del Trabajo con la intención de alejarla del agresor y acercarla a un entorno más seguro donde pueda tener la atención necesaria¹⁵.

La movilidad geográfica a la que hacemos referencia, desde una perspectiva formal, requiere el cumplimiento de tres condiciones: que la trabajadora acredite su

¹¹ Vid. Cap. II, punto 4. Apartado relativo a la igualdad de género, p.51609. (BOE n.º 147 de 20 de junio de 2015, pp.51602-51619).

¹² Las estadísticas sobre la situación laboral de hombres y mujeres en España se pueden consultar en el estudio del INE *Mujeres y Hombres en España*, actualizado en 2015. Desde una perspectiva de género ofrece una selección de los indicadores relevantes como son: tasa de empleo, salarios, entre otros. Disponible en (http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLLayout¶m1=PYSDetalleGratuitas¶m2=1254735350965¶m4=Mostrar). Consultado el 11 de enero de 2016.

¹³ Vid. Díaz Aznarte, M^a.T., “La respuesta...”, *cit.* p.160.

¹⁴ Vid. García Testal, E., Fernández Prats, C., “Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de violencia de género”, en Boix Reig, J., Martínez García, E. (coords.), *La nueva ley Contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005, 425 y ss. Consideran los autores que la movilidad geográfica regulada en el art. 21 de la LOVG es una medida de protección para garantizar la estabilidad laboral. Hace posible la continuación de la prestación laboral, al tiempo que protege la vida y salud de la trabajadora.

¹⁵ Vid. Fernández López, M^a.F., “La dimensión...”, *cit.*, p.44. Señala que «se encuentran en juego derechos básicos de la trabajadora como la vida o integridad física, art.15 CE». Vid. Menéndez Sebastián, P., Velasco Portero, T., “La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo”, Edit. Cinca, Madrid, 2006, p.15. Las autoras extraen de la exposición de motivos que los bienes jurídicos protegidos por la LOVG son: la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación.

calidad de víctima de violencia de género; que deben existir vacantes en la empresa, previo a la comunicación que debe hacer esta al empresario sobre su deseo de ejercitar su derecho; y, por último, la trabajadora debe optar por el cambio cuando se encuentre obligada a efectuarlo. Dichas condiciones las podemos clasificar en objetivas y subjetivas, las apuntadas en primer y segundo lugar son objetivas, ya que se pueden constatar y la última es subjetiva, pues, corresponde al ámbito privado de la trabajadora¹⁶.

Respecto a la primera condición, la calidad de víctima de violencia de género¹⁷ es un requisito habilitante que requiere un título acreditativo, que puede ser tanto la orden de protección como el informe del Ministerio Fiscal (art.23 de la LOVG)¹⁸. Así que quien posea este puede instar al empresario el traslado como medio para proteger su vida o hacer efectiva la atención integral, sin que esté obligada a justificar la relación entre el traslado y la protección que pretende obtener¹⁹. Con todo, esta exigencia muestra el sesgo conflictivo de la norma que supedita la protección en el ámbito laboral a la iniciación de un proceso penal, lo que criticamos, dado que la ley ha debido extender la protección en la relación de trabajo sin condicionarla

¹⁶ Vid. De Castro Mejuto, L.F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (III): Suspensión contractual”, en Mella Méndez, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit. La ley, Madrid, 2012, p.399. En el estudio que hace la autora de la suspensión contractual como medida de protección de la mujer víctima, considera que el requisito para el ejercicio del derecho que consiste en que la trabajadora «se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo», constituye una situación que se valora de forma personal por la trabajadora maltratada. Así que esta con el asesoramiento de los órganos de asistencia social decidirá. Y, concluye la autora que dicho requisito es de análisis interno. Dichos argumentos son aplicables al derecho en estudio, por cuanto la dicción de los derechos laborales de las víctimas comprende -tanto para la suspensión del contrato como el cambio de lugar- la expresión “*que se vea obligada a abandonar*” el puesto de trabajo, añadiéndose a la redacción del supuesto del art. 49 del ET la palabra “*definitivamente*”. Esta expresión ha de tener la misma inteligencia, por cuanto es una misma situación en la que se encuentra la mujer y, ante ello la norma contempla varias opciones que ella ha de analizar de acuerdo a sus circunstancias, con el objetivo que le permita proteger sus derechos fundamentales, previo el cumplimiento de los requisitos objetivos.

¹⁷ Vid. Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la...”, *cit.*, pp. 356-358. Considera como obligaciones de la víctima acreditar su situación de víctima y la obligación de abandonar el puesto de trabajo. Al respecto consideramos que se debe aclarar que no se puede llamar víctima a quien aún no tiene tal condición, pues, esta se adquiere con los títulos que fija la norma, con lo cual está habilitada para ejercer el derecho.

¹⁸ Vid. Faraldo Cabana, C., “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 153, 2012, pp.155-161. Quien realiza una crítica sobre dichos requisitos, la dificultad de la obtención y las posibilidades de poder ser sustituidos por otros que provengan de organismos asistenciales públicos o privados. Además, elabora un resumen de propuesta de reforma de la norma. Vid. STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2010. Rec.3021/2009. Fj. 3. Un comentario de esta sentencia en Velasco Portero. M^a.T., “La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de protección laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 31, 2010, pp.1-3.

¹⁹ Una reseña sobre las posiciones respecto a la interpretación de los requisitos para hacer efectivos los derechos laborales en Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, pp.54-56.

al requisito *sine qua non* del proceso judicial penal²⁰. Consideramos que de esa manera se podría cumplir con el fin de la atención de la violencia de género desde una perspectiva integral.

En el evento que la mujer no posea los títulos acreditativos no existe un derecho preferente, sino una expectativa de derecho que disminuye las posibilidades de protección, quedando ahora reservada a acciones de naturaleza individual o colectiva. La acción individual está circunscrita a la capacidad negociadora de la trabajadora, por medio de la cual puede acordar con el empresario la movilidad geográfica. Por su parte, la acción colectiva es la que se concreta en la negociación colectiva. Está supeditada a la iniciativa de los interlocutores sociales para pactar en los convenios colectivos o acuerdos de empresa una ampliación de los tipos de credenciales para acceder al derecho en estudio, desde una perspectiva de mejora de los contenidos normativos. Con ello se extenderá el ámbito subjetivo a las mujeres que siguen un tratamiento psicológico y tienen temor de denunciar penalmente²¹.

Para que el empresario constate que existen vacantes en el mismo grupo profesional de la trabajadora (segunda condición), es necesario que esta le notifique su deseo de ejercer su derecho preferente, lo que implica poner en conocimiento del empleador su situación acompañada de las credenciales que exige la norma o que se hayan pactado en el convenio. Con dicha notificación nacen las obligaciones a cargo del empresario de comunicación de la vacante y reserva del puesto de trabajo. La comunicación debe ser de forma veraz, clara y completa, que contenga la información suficiente relativa al puesto, tales como el grupo profesional en el que se encuadra, su carácter permanente o temporal²². Lo anterior con el fin de que la trabajadora valore si le interesa²³. Además, con esta comunicación surge una obligación accesoria de respeto del derecho a la intimidad, lo que implica que el

²⁰ En un sentido similar reflexiona Arias Domínguez, A., al cuestionar que por el carácter preventivo del tratamiento del problema de la violencia de género, aduce que la norma debió regular «algún mecanismo de acceso a las medidas laborales sin necesidad de que el problema se haya presentado con toda la crudeza en su faz penal». *Vid.* Ídem., pp. 40, 62. *Vid.* Sempere Navarro, A.V., “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en Muerza Esparza, J., (*dir.*), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género Aspectos Jurídicos, Penales, Procesales y Laborales*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 40. El cual ha criticado que la tutela en el ámbito laboral no haya introducido una perspectiva prevencionista, sino que las medias protectoras se activan cuando ya la mujer es víctima.

²¹ El art. 29.2 del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE n.º 243 de 9 de octubre de 2012, pp.72153-72256), señala que la condición de víctima de violencia de género «deberá estar acreditada, bien por los servicios sociales de atención o servicios de salud, bien judicialmente o por otros procedimientos reconocidos». De lo que se infiere que amplía las opciones para acreditar tal calidad.

²² *Vid.* Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, p. 104. Propone el autor una interpretación integrada de la norma, por lo que entiende que se deben comunicar las vacantes temporales como las definitivas. Destacamos como un ejemplo de un puesto temporal el que se encuentra vacante por el ejercicio de funciones sindicales de su titular, quien conforme al art. 9.1.b) de la LOLS tiene derecho a la reserva del puesto.

²³ *Vid.* Sempere Navarro, A.V., “Aspectos sociolaborales...”, *cit.*, p.132.

asunto se debe manejar con discreción, pero sin que esto impida que se pueda hacer efectivo el derecho.

La obligación de reserva del puesto de trabajo nace por ministerio de la ley y consiste en que el empresario debe conservar el puesto de origen de la víctima durante seis meses, plazo que fija la norma para que la trabajadora esté por fuera de su puesto inicial, que una vez vencido libera al empresario de la obligación. Además, obliga a la trabajadora a decidir si retorna o se queda en el puesto de destino. En esencia, la reserva constituye una manifestación de la protección de las condiciones de trabajo originaria de la víctima²⁴. De otro lado, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del empresario puede traer consecuencias exigibles en sede judicial, puesto que se ponen en peligro bienes jurídicos superiores.

Al respecto, el cauce procesal para requerir la tutela judicial efectiva no fue regulado de forma expresa por la LOVG. Sin embargo, la doctrina ha fijado varias posiciones que podemos resumir en tres: 1) la vía procesal es el proceso ordinario porque el supuesto no se adapta a lo reglado en el art. 138 de la LRJS en razón a que el empresario no decide la movilidad; tampoco se puede tramitar por el procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales (arts. 177 a 184 de la LRJS) por cuanto no se vulnera directamente por este ningún derecho fundamental²⁵; 2) se puede seguir el procedimiento regulado en el art. 138 de la LRJS debido a que la norma permite que se impugnen las decisiones del empresario por esa vía «aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores»; y, 3) por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales²⁶. Al margen de lo anterior, no existe a la fecha doctrina judicial

²⁴ Vid. Gala Durán, C., “Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en Del Rey Guanter, S., (*dir.*), La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales, Edit. La Ley, Madrid, 2013, p.275.

²⁵ Vid. Munín Sánchez, L.M., “La víctima de violencia de género ante el proceso laboral”, en Mella Méndez, L., “Violencia de...”, *cit.*, pp. 734-737. Por su parte, Fernández López, M^a. F., sostiene que la negativa del empresario a informar sobre las vacantes o la información con falta de veracidad puede generar responsabilidad contractual, que conlleva a que la trabajadora requiera judicialmente la resolución del contrato con derecho a indemnización, lo que sustenta en el art. 1124 C.C. y en el ámbito laboral en el art. 50 ET. Ello si se acepta la tesis que esta es la versión laboral del mecanismo resolutorio del derecho común, que se tramitaría por la vía del proceso ordinario. Vid. “La dimensión...”, *cit.*, p.54, nota al pie, n.º 54.

²⁶ Terradillos Ormaetxea, E., justifica la opción por la vía del art.138 LRJS y por el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales. Ello lo hace cuando sostiene que en el evento que el empresario le deniegue el derecho al cambio a la trabajadora, no reconozca la preferencia, no reserve el puesto de trabajo o no de garantías para el retorno, el procedimiento al que se puede acudir es al del 138.1 LRJS, debido a que prevé que «El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores». Cuando estudia el supuesto de traslados colectivos reconoce como opción de la trabajadora víctima el proceso de tutela de derechos fundamentales, para garantizar su derecho a ocupar una vacante, independientemente de que la víctima esté en un proceso de traslado colectivo (...). Vid. “La protección de la...”, *cit.*, pp.379-380.

consolidada, dada la poca litigiosidad que ha generado el ejercicio del derecho en estudio.

La última condición se refiere a que el ejercicio, propiamente, del derecho está en manos de la trabajadora, pues, es ella quien decide optar por el cambio de lugar de trabajo cuando se encuentre obligada a efectuarlo. La referencia a que la víctima «se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo» (art. 40.4 del ET), se circunscribe a las circunstancias que la rodean y la motivan a decidir. La norma no regula una condición objetiva que deba acreditarse ante el empresario, sino que reconoce cómo la acumulación de varios sucesos obliga a la empleada a cambiar de puesto de trabajo²⁷. Si nos decantamos por una interpretación contraria se agrava la situación de la víctima, que la puede poner en un estado de tensión emocional y en una coyuntura con el empleador que se opone a la idoneidad de la movilidad en estudio²⁸.

Si ahondamos más en el análisis del derecho preferente, encontramos que la norma estatutaria configura tanto el ámbito territorial como el temporal para su ejercicio. En atención a que la norma se refiere a un cambio de lugar de trabajo, lo más factible es que se realice en empresas de gran tamaño²⁹, por cuanto tienen la estructura necesaria para que la trabajadora se pueda movilizar en los distintos centros de trabajo. La movilidad puede llevarse a cabo en la misma localidad donde habita, pero en un lugar que le permita estar lejos del victimario, por lo tanto, sentirse protegida. También podría realizarse en otra localidad, en la que además de lo anterior pueda tener acceso a la asistencia social integral.

Respecto al ámbito temporal, el tipo de movilidad geográfica que se residencia en el Estatuto de los Trabajadores para la mujer víctima se diferencia de los supuestos clásicos de esa figura, esto es, el desplazamiento y el traslado³⁰,

²⁷ La doctrina laboralista se ha enfocado en dilucidar si este es un requisito que se tiene que acreditar ante el empresario, dejando de lado una interpretación más sencilla que entienda que la expresión «obligada» no se refiere a la existencia de una obligación de la trabajadora frente al empleador, sino a una situación que obliga a la trabajadora a decidir el cambio. *Vid.* Lousada Arochena, J.F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad Laboral*, n.º 7, 2005, Tomo I, p.751; p. 101; Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la...”, *cit.*, pp.356-358. Por su parte, Sempere Navarro, A.V., explica que la referencia: «se vea obligada» contenida en la norma, es una obligación subjetiva. Sostiene «que una persona se vea “obligada” a adoptar una decisión “como consecuencia” de ciertas circunstancias es algo que comporta elevadas dosis de subjetividad: ante los mismos hechos las reacciones humanas son heterogéneas y no es pensable que se haya querido que el empleador indague por esa vía». *Vid.* “Aspectos sociolaborales...”, *cit.*, p.130.

²⁸ *Vid.* Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, p. 101.

²⁹ Sempere Navarro, A.V., señala que el ejercicio de este derecho será inexistente en las empresas monocéntricas. *Vid.* “Aspectos sociolaborales...”, *cit.*, p.131. *Vid.* Martín Valverde, A., “Ley de protección integral contra la violencia de «género»: análisis jurídico e ideológico”, en Casas Baamonde, M^a.E., Durán López, F., Cruz Villalón, J., (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, Edit. La Ley, Madrid, 2006, p. 451. Sostiene que es «evidente para empresas de ciertas dimensiones».

³⁰ Los traslados y desplazamientos regulados en el Estatuto de los Trabajadores –ET– requieren

por cuanto no se exige el cambio de residencia ni está limitado en el tiempo. La LOVG regula una «movilidad geográfica atípica»³¹, que consiste en una variación del lugar de trabajo sin que se requiera una modificación del domicilio. Por tanto, puede constituir un traslado con cambio de residencia o sin ello, por el término inicial de seis meses. Asimismo, puede darse el supuesto de una movilidad permanente, cuando así lo decide la trabajadora en el caso que se hayan vencido los seis meses iniciales. En esencia, la movilidad atípica es un «híbrido» entre el traslado y el desplazamiento³².

En lo que concierne al ejercicio del derecho surgen dos interrogantes: ¿Cuántas veces puede cambiar de lugar de trabajo la mujer víctima? Y, ¿El cambio sin límites repercute de manera negativa en la empresa? Las respuestas las exponemos en los siguientes razonamientos: dado que la finalidad que subyace en el derecho preferente es la protección de la vida, la integridad física y la dignidad de la mujer, no se conciben límites siempre que se den las condiciones materiales para su ejercicio. Aunque la LOVG haya regulado otros derechos para la protección de la víctima en el ámbito laboral, tales como la reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo, suspensión del contrato y extinción del contrato (art. 21.1 de la LOVG), estos no están regulados en un orden escalonado, sino como una variedad de opciones que están a la mano de la víctima³³.

La trabajadora elige la movilidad atípica atendiendo a lo más conveniente para su bienestar y su profesionalidad³⁴, previa asesoría de los encargados de la asistencia social integral. Por consiguiente, ella puede ejercer su derecho cuando las circunstancias lo exijan, pues, una interpretación favorable de la norma no permite que se fijen límites³⁵. Sin embargo, se ha sostenido por la doctrina que es posible que la «movilidad geográfica sin acotar» cause perjuicio a la organización productiva cuando el agresor continúa con las persecuciones. En consecuencia, se añade que a la víctima no le queda más que acudir a las otras opciones, esto es, suspensión o extinción del contrato, debido a que «la solución no es desplazar el

cambio de residencia, la diferencia está en que el desplazamiento es de carácter temporal.

³¹ Vid. Fernández López, M^a. F., “La dimensión...”, *cit.*, p.56.

³² *Ídem*, p.53.

³³ En igual sentido Vid. García Romero, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 11, 2012, p.3 (versión electrónica). Sostiene la autora que «La ley pone a la disposición de la trabajadora una escala de medidas de diversa entidad y con distinta incidencia en su relación laboral o profesional. Ésta podrá elegir la que le resulte más apropiada a su situación y el empresario vendrá obligado a cumplir».

³⁴ Destacamos la profesionalidad por lo que significa el trabajo para el ser humano, esto es, una forma de realización personal. En el caso de la mujer víctima el trabajo tiene una connotación más amplia: es una «condición emancipadora». De allí la importancia que tiene continuar trabajando, desarrollando y aportando al proyecto productivo las capacidades, habilidades y conocimientos. La frase entremedias tomada de Cabeza Pereiro, J., *Vid.* “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en Mella Méndez, L., (*dir.*), “Violencia de...”, *cit.*, p.97.

³⁵ *Vid.* En igual sentido, Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, p. 107.

problema a la empresa sin más»³⁶.

No compartimos el anterior argumento, por cuanto las opciones de protección que consagra la norma no son escalonadas y es contrario al objetivo de la LOVG imponer la adopción de una medida distinta a la que ha elegido la víctima. Ahora bien, desde la perspectiva empresarial, es lógico que se alteren algunas políticas organizativas, pero no al punto de que la trabajadora cause perjuicios³⁷ a la empresa por ejercer sus derechos, pues, se llegaría al absurdo de convertir a la víctima en victimaria de su empleadora. Las posibles consecuencias «negativas» que recaerán sobre esta se materializarán a nivel organizativo, en atención a que el cambio constante de puesto de trabajo de un empleado puede afectar los ritmos de ejecución de las tareas. Por ello, es necesario que la empresa se implique en este tema, por cuanto le favorece asumir el derecho preferente en estudio como una herramienta para evitar disminuciones en la capacidad productiva de sus trabajadoras víctimas de violencia de género.

3. CONFLUENCIA DE LA PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA Y LAS NECESIDADES ORGANIZATIVAS DE LA EMPRESA

La protección de la víctima trabajadora y las necesidades empresariales confluyen en la empresa, en el lugar donde el empleador ejerce los poderes de dirección y ejercita sus facultades organizativas por medio de instrumentos legales, dentro de los que se encuentra la movilidad geográfica que regula el art. 40 del ET. Esta constituye una genuina herramienta de flexibilidad interna³⁸, al ser un mecanismo para gestionar la plantilla. Así que, la movilidad atípica que reconoce la LOVG para cambiar de lugar de trabajo a la empleada se residencia en la herramienta de flexibilidad interna tanto con la finalidad de delimitar los contornos del poder organizativo del empresario como con el fin de armonizar el ejercicio de derechos fundamentales con las facultades organizativas, desde una perspectiva de beneficio recíproco. Para ello, el legislador utiliza una técnica que consiste en compaginar el interés de flexibilizar las condiciones de trabajo con el interés de la víctima de violencia de género de protegerse y mantener la estabilidad laboral³⁹.

³⁶ La postura que se describe en el texto, al igual que las frases entrecomillas citadas en el párrafo es tomada de Díaz Aznarte, M^a.T., *Vid.* “La respuesta...”, *cit.*, p. 164, nota al pie n.º 22.

³⁷ Ossorio Serrano, J. M., señala que la doctrina y jurisprudencia civil suelen usar indistintamente los términos «daño y perjuicio», aunque precisa que «el término daños queda reservado para los que sufren directa e inmediatamente los bienes afectados por el evento del que se trate (...), mientras que los perjuicios serían los que indirectamente sobrevienen a consecuencia de tal evento y que afectan el patrimonio del perjudicado», *Vid.* “Lecciones de Derecho de Daños”, Edit. La Ley, Madrid, 2011, p. 53.

³⁸ *Vid.* Alemán Paez, F., “La movilidad geográfica Problemática social y régimen jurídico”, Edit. Tecnos, Madrid, 2001, pp.42-43.

³⁹ *Vid.* Menéndez Sebastián, P., Velasco Portero, T., “La incidencia de...”, *cit.*, p.80. Las autoras exponen que la finalidad de los derechos consagrados en la LOVG en el ámbito del trabajo consiste en: «armonizar el interés de la empresa de flexibilizar las condiciones de trabajo para

En ese sentido, el derecho reconocido a las trabajadoras no debe ser interpretado exclusivamente como un límite infranqueable o como un perjuicio para el empresario. En efecto, la regulación de este en el artículo 40 del ET tiene otra interpretación, debe enfocarse como un derecho que facilita la protección de la trabajadora frente al agresor, al tiempo que la empresa se beneficia de esta en una vacante que requiere una persona con su perfil, capacidades y habilidades. Si bien, el ejercicio del derecho preferente tiene implicaciones en las facultades organizativas del empresario, este no puede ser ajeno a las circunstancias que experimenta la trabajadora. Por cuanto, la situación de violencia que vive repercute sobre su capacidad en el trabajo⁴⁰, lo que afecta su rendimiento⁴¹.

Así que si el empresario asume esto como un tema prioritario, podrá propiciar las condiciones para que el ejercicio de la movilidad atípica no afecte la marcha de la empresa ni el papel que desempeña la empleada en el proyecto productivo⁴². La adición hecha por la LOVG a la movilidad geográfica tradicional por necesidades de la empresa (art. 40 del ET) del derecho preferente de cambio de lugar de trabajo, a favor de la víctima, constituye el punto en el que convergen la necesidad de protección y las facultades organizativas. Por cuanto el empleador debe entender que la norma no solo reconoce un derecho a una mujer que forma parte de la plantilla, sino que consagra un medio para que una trabajadora que no está rindiendo o que se puede afectar su rendimiento cambie de lugar y así pueda seguir con sus funciones.

La integración de la movilidad atípica en el art. 40 del ET no es casual. Además de las posiciones que lo justifican referentes a que este es el único artículo del ET que regula dicho derecho a iniciativa del trabajador, como el caso del derecho del cónyuge, las víctimas de violencia terrorista o discapacitados⁴³. Esta sistemática posibilita el uso de la herramienta de flexibilidad interna desde una perspectiva que puede favorecer a la organización productiva. El enfoque del Derecho del

adaptar sus necesidades con las necesidades de estabilidad del trabajador».

⁴⁰ Vid. Cabeza Pereiro, J., “El concepto...”, *cit.*, p. 97. Caracteriza el autor la violencia como «espiral desprofesionalizadora». Señala como efectos específicos que empujan a la trabajadora a la pérdida del puesto de trabajo la «disminución del rendimiento, una bajada en la productividad, una visible falta de implicación en el proyecto de la empresa, (...)».

⁴¹ Vid. Dolán, S.L., Valle Cabrera, S., Jackson, S.E. y Schuller, R.S., “La gestión de los recursos humanos”, Edit, Mc GranHill, Madrid, 2007, p.229. El rendimiento se refiere a la capacidad productiva de la trabajadora.

⁴² Desde la Administración de Recursos Humanos (ARH), I., se refiere a las personas como la solución de los problemas de la empresa, la ventaja competitiva y socio principal del negocio. Vid. “Administración de recursos humanos”, Edit. Mc GrawHill, Santafé de Bogotá, Colombia, 2005. Prefacio de la obra, p.XVII. De otro lado, Cabrera, A., y Bonache, J., se refieren al «valor estratégico de las personas en las organizaciones». Vid. “Recursos humanos y ventaja competitiva”, en Cabrera, A., y Bonache, J., (*dirs.*), “Dirección estratégica de personas. Evidencias y perspectivas para el siglo XXI”, Edit. Financial Times- Prentice Hall, Madrid, 2002, p.8.

⁴³ Vid. García Testal, E., Fernández, prats, C., “Medidas de protección...”, *cit.*, p.434. Al respecto, añadimos en las consideraciones los derechos de las víctimas de violencia terrorista y los discapacitados, sobre los que no se refieren las autoras porque a la fecha de publicación de su trabajo no se había aprobado la reforma laboral de 2010 que incluyó estos colectivos en el art. 40 del ET.

Trabajo que beneficia a la eficiencia empresarial y a la justicia en las relaciones laborales⁴⁴ justifica la confluencia no conflictiva de las necesidades de las partes en este supuesto, en razón a que el empresario puede «aprovechar» para la empresa la movilidad, lastimosamente, motivada por violencia de género.

Los agentes sociales pueden regular el ejercicio del derecho preferente desde la perspectiva de una herramienta favorable a las necesidades productivas de la empresa, que concilia el interés de las partes. Se potenciará de esta forma la seguridad de los trabajadores a la hora de ejercitar sus derechos. Además, el empresario tendrá certeza sobre los empleados que ocuparán las vacantes, lo que permitirá identificar y planear las directrices organizativas para estas coyunturas. Es necesaria esta regulación en las empresas de gran tamaño, en las que aumentan las posibilidades que se presente la concurrencia de trabajadoras víctimas de violencia de género, así como otros trabajadores con derecho preferente.

El grupo de otros trabajadores con derecho preferente lo integran los excedentes voluntarios que solicitan reingreso, los trabajadores recuperados después de una incapacidad permanente total o absoluta o de invalidez absoluta y el trabajador a tiempo parcial que solicita la conversión del contrato a tiempo completo. De los anteriores, la norma fija un criterio de *preferencia absoluta* para los incapacitados e inválidos que se hayan recuperado⁴⁵ (arts. 2.1, 2.2 del RD 1451/1983, de 11 de mayo⁴⁶), lo que en principio podrá justificar que estos ocupen la vacante con preferencia a la víctima⁴⁷.

No obstante, consideramos que la movilidad geográfica atípica de la trabajadora tendrá, en determinadas circunstancias, prioridad, ya que, en esta subyace una protección de los derechos a la vida y la integridad física y la demora en su atención podría causar daños irreparables⁴⁸. Con todo, el tema sigue siendo complejo, en

⁴⁴ Vid. Ojeda Avilés, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Edit. La Ley, Madrid, 2010, pp.15-20. El autor expone que en el «nuevo» paradigma del derecho del trabajo éste debe perseguir dos objetivos importantes: eficiencia empresarial y justicia laboral.

⁴⁵ A estos supuestos se refieren Menéndez Sebastián, P., Velasco Portero T., Vid. “La incidencia de...”, *cit.*, p.89-90.

⁴⁶ Por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. (BOE n.º 133, de 4 de junio de 1983, pp.155548-15549).

⁴⁷ Vid. Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, p. 105. En el supuesto que exista concurrencia de dos mujeres víctimas, el autor plantea que tiene prioridad quien haya hecho primero la solicitud.

⁴⁸ Martín Valverde, A., se inclina por la preferencia de víctimas de violencia de género en casos de concurrencia de derechos de opción entre la mujer víctima y otro trabajador con derecho a ocupar la vacante -reagrupación familiar- en atención al peso que tiene la protección de la vida e integridad física Vid. “Ley de protección integral...”, *cit.*, p.451, nota al pie n.º 20. En la misma línea, Arias Domínguez, A., razona a favor de la víctima de violencia de género «por la entidad y tutela privilegiada de los bienes jurídicos en juego» y porque los derechos que regula la LOMPIVG no son conciliables con otros opuestos. Vid. “Protección laboral...”, *cit.*, p. 105. Con otro juicio, Faraldo Cabana, C., sostiene que en el caso que concurra con un trabajador minusválido, la preferencia de este es absoluta. Vid. “El derecho de...”, *cit.*, p.153.

atención a que el cambio de lugar de trabajo lo pueden requerir varias mujeres víctimas, un minusválido o una víctima de violencia terrorista, quienes constituyen colectivos a los que se les protege similares derechos. Esta situación hace más urgente que los agentes sociales pacten criterios, en los convenios colectivos, para determinar en qué situaciones unos acceden primero que otros a las vacantes. Por ejemplo, se podría adoptar el criterio de antigüedad en caso de concurrencia de trabajadoras víctimas de violencia de género, así, quien solicite en primer lugar la movilidad tendrá la preferencia⁴⁹.

Además, es posible que en el marco de la negociación del convenio colectivo o de un acuerdo de empresa se regule una comisión de gestión de la movilidad con participación de la representación de los trabajadores, sin que esto implique que se le resta competencia al empresario en la administración del personal. La participación de la representación legal tiene, en efecto, como fin reforzar las garantías de las trabajadoras y facilitar la trasmisión de información de todos los centros de la organización productiva. El objetivo de esta comisión es que exista una administración centralizada de la información sobre solicitantes y vacantes en toda la empresa o en las empresas del grupo. Dicha información también incluirá los casos de sujetos con preferencia para ocupar las vacantes a fin de hacer una administración de esta situación que no vulnere derechos y que beneficie a la empresa.

La gestión centralizada de la movilidad permitirá que las vacantes de excedentes voluntarios puedan ser aprovechadas por la víctima. En este caso, se debe aclarar ante qué tipo de excedencia nos encontramos a efectos de conocer las condiciones del puesto. Esto es, si la trabajadora solo puede estar allí durante los seis meses iniciales que fija la norma o si puede decidir permanecer en este una vez superado dicho periodo. Así, en el caso de la excedencia por cuidado de familiares, en la que se reconoce el derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año de disfrute⁵⁰, la trabajadora no podrá estar en este puesto durante ese periodo. De esta manera se garantiza que el empresario no se niegue a reintegrar al trabajador titular del puesto alegando la inexistencia de vacantes⁵¹.

Cuando la excedencia supera dicho plazo la empleada podrá ejercer la opción de permanecer en este más allá de los seis meses iniciales, pues, al excedente por cuidados familiares solo se le reconoce el derecho al reingreso a un puesto de igual grupo profesional. Asimismo, si la vacante se causa por la excedencia voluntaria común, diferente al supuesto estudiado y a la que se causa por realizar funciones sindicales, también puede la trabajadora optar por la movilidad permanente, ya que en este caso el trabajador excedente solo tiene un derecho preferente de reingreso

⁴⁹ Vid. Arias Domínguez, I., "Protección laboral...", *cit.*, pp. 105-106.

⁵⁰ En el caso que el excedente pertenezca a una familia numerosa de categoría general, la reserva del puesto de trabajo se extiende hasta un término máximo de 15 meses y si es de categoría especial, el plazo es de 18 meses (art. 46.3 último párrafo).

⁵¹ Sobre la naturaleza de esta excedencia, Vid. STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2014. Rec. 2161/2013. Fj, 3.3.

(art. 46.5 del ET)⁵². En ambos casos, el empresario puede proveer el puesto para atender a las necesidades del proceso productivo⁵³, por lo que podrá movilizar a la trabajadora víctima.

De ahí que la implicación de la organización productiva en este tema es necesaria. No puede asumir esta realidad como temas aislados, al contrario debe atender a que en las relaciones de trabajo no se puede «escindir la faceta de la personalidad del trabajador con la puramente profesional». Existe, pues, un componente humano en la relación contractual que imposibilita que el análisis e interpretación de las relaciones de trabajo se reduzcan en exclusiva a las circunstancias objetivas del vínculo contractual⁵⁴. Así, dicho carácter inescindible permite que la empresa constataste que es probable que se vea afectada por los problemas particulares del personal.

De lo anterior se desprende que la dirección de la organización debe saber aprovechar las herramientas que regula la norma con el fin de beneficiar la productividad, sin desmejorar los derechos de las afectadas ni incurrir en actos de discriminación o sancionatorios⁵⁵. El derecho preferente de la trabajadora no se puede concebir solo como un desplazamiento del riesgo personal a la empresa⁵⁶. Esta debe gestionar dicha situación de forma estratégica, lo que le permitirá seguir contando con la trabajadora víctima en las condiciones necesarias para que continúe cumpliendo con sus obligaciones. Esto sin lugar a dudas ayudará a la empleada a superar la situación⁵⁷ y a mantener su independencia económica.

De otro lado, en lo que respecta a los gastos de la movilidad, se ha aceptado por la doctrina que esto le compete a la trabajadora, por no haber sido una decisión

⁵² *Vid.* STS, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2000. Rec. 3606/1998. Fj. 3.

⁵³ *Vid.* STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2010. Rec. 1500/2009. Fj. 5 y 6. *Vid.* González de la Aleja, R., “La excedencia voluntaria laboral. Un estudio de la figura jurídica actualizado tras las últimas reformas legales”, Edit. Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 16, 80.

⁵⁴ *Vid.* SUPLOT, A., “Crítica del Derecho del Trabajo”, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, traducido por Gil Y Gil, J.L. Madrid, 1996, pp. 65-88. La frase entrecomillas de Fernández López, M^a.F., “La dimensión...”, *cit.*, p. 22.

⁵⁵ *Vid.* STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2008. Rec.3968/2008. Fj. 3. Aunque este caso se refiere al ejercicio del derecho de la víctima de violencia de género de reordenación del tiempo de trabajo quien además estaba en situación de incapacidad temporal por la patología de trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de género, es aplicable a lo expuesto. En el caso enjuiciado la trabajadora fue despedida alegando el empresario un despido disciplinario, frente a lo que el Tribunal argumentó que: «lo que, realmente, subyace es su sanción por haberse ausentado del trabajo por una causa que, además de encontrar su objetiva cobertura en una incombustible situación de IT (hp 5), aparece singularmente protegida por el artículo 21.4 de la LPIVG (...)».

⁵⁶ Fernández López, M^a.F., Se refiere a que la LOVG requiere de la empresa una racionalidad adicional a la profesional. Deberá el empresario en la toma de decisiones no solo tener en cuenta las necesidades empresariales sino las vicisitudes personales de la trabajadora, de ese modo, señala, que la ley laboral desplaza parcialmente el riesgo al empresario. *Vid.* “La dimensión...”, *cit.*, p.22.

⁵⁷ *Ídem*, p. 10. Sostiene la autora que «la dimensión laboral es fundamental para cerrar el círculo de medidas contra la violencia de género».

empresarial⁵⁸, debido a que esta, solamente, permite que la empleada ejerza su derecho. Sin embargo, los interlocutores sociales pueden regular dicho tema para no desampararla, subsanando así la negligencia del legislador⁵⁹. Más aún porque este tipo de movilidad puede ser de provecho para la empresa. En consecuencia, si uno de los argumentos expuestos por la doctrina es la falta de beneficio de la organización productiva con el cambio de lugar de trabajo, esta podrá asumir los gastos cuando se favorezca con la movilidad atípica. Y existe un provecho para el empresario porque la trabajadora ocupará una vacante en la que existe una necesidad de personal con las cualificaciones de ella⁶⁰.

Al respecto, llama la atención el trato diferente que existe entre la regulación de los gastos en el caso de la mujer trabajadora víctima y lo relativo a las víctimas demandantes de empleo. Para las últimas, el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género⁶¹ consagra las siguientes previsiones relativas a transporte de mobiliario y enseres, gastos de alojamiento, gastos de guardería y atención a personas dependientes (art. 10). La movilidad geográfica se regula como una medida de inserción sociolaboral⁶², que se refiere al caso de la mujer que ingresa al mercado de trabajo en un empleo que la obligue a cambiar de residencia⁶³.

Con la ausencia de ordenación de los gastos de la movilidad atípica en el artículo 40.4 del ET se constata la existencia de un tratamiento segmentado de la protección

⁵⁸ *Vid.* Sempere Navarro, A.V., “Aspectos sociolaborales...”, *cit.*, p.129; Menéndez Sebastián, P., Velasco Portero, T., “La incidencia de...”, *cit.*, p.96, 97, quienes señalan que los gastos se deberían cubrir por medio de ayudas públicas, puesto que si la trabajadora opta por la suspensión, tendría derecho a la prestación y al subsidio por desempleo; Al respecto *Vid.* Fernández López, M^a. F., “La dimensión...”, *cit.*, p.56; Arias Domínguez, A., “Protección laboral...”, *cit.*, pp. 108-109; Terradillos Ormaetxa, E., “La protección de la...”, *cit.*, p.376.

⁵⁹ *Vid.* Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, arts. 65.II y 13. (BOE n.º 239, de 2 de octubre de 2014, pp.78351-78411).

⁶⁰ Sempere Navarro, A.V., sostiene que el «empleador no debe soportar gastos adicionales cuando no es el promotor de la variación geográfica, ni su beneficiario». Sin embargo, cuando expone los presupuestos respecto al cambio de destino al «mismo grupo profesional o categoría equivalente que haya en cualquier centro de trabajo diverso del originario», cataloga esta previsión como una lógica cautela bidireccional «que beneficia tanto a la empresa (garantizando que la prestación laboral será adecuada) cuanto a la trabajadora (impidiendo su despido por ineptitud en tareas conocidas por ella)». *Vid.* “Aspectos sociolaborales...”, *cit.*, pp. 129, 133.

⁶¹ BOE n.º 297, de 10 de diciembre de 2008, pp.49367-49373.

⁶² *Vid.* Mella Méndez, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en Mella Méndez, L., (*dir.*), “Violencia de...”, *cit.*, pp.288-291. La autora califica esta movilidad geográfica como una medida para el mantenimiento de la víctima en el mercado de trabajo.

⁶³ Párrafo 2 del art. 10.d: «Se considera que existe movilidad geográfica cuando, como consecuencia de la contratación, se produzca un traslado efectivo de la residencia habitual de la trabajadora a una localidad de destino que se encuentre a más de 50 Kilómetros de la localidad de origen, excepto cuando se trate de desplazamientos con destino u origen en Ceuta o Melilla o desplazamientos interinsulares, efectuados entre cualquiera de las islas de cada uno de los archipiélagos, en los que la distancia podrá ser inferior».

integral de la víctima trabajadora en el ámbito de las relaciones de trabajo. Esto se infiere de la lectura de la exposición de motivos del Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre. El legislador reconoce que en ocasiones las mujeres víctimas «*se hallan en la necesidad de trasladar su residencia habitual a una localidad distinta en aras de su protección personal, lo que a menudo implica la búsqueda de un nuevo puesto de trabajo*»⁶⁴. Por tanto, los poderes públicos saben que la protección en el ámbito laboral consiste en facilitar el ingreso al empleo en otra localidad, así como en habilitar cauces para que las víctimas que están en el mercado de trabajo mantengan el vínculo contractual, aunque deban cambiar de localidad. No obstante, desconoce que la trabajadora que está obligada a la movilidad geográfica necesita igual protección que la mujer que va a ingresar al empleo⁶⁵.

En definitiva, en la perspectiva del legislador la iniciativa empresarial es relevante para resguardar a la víctima de violencia de género en el ámbito de las relaciones de trabajo. Se extrae lo anterior, además de lo expuesto, de la regulación, en el art. 12 del RD 1917/2008, de convenios de colaboración entre la Delegación del Gobierno para la violencia de género y las empresas. El objetivo de estos es que las suscriptoras faciliten la contratación y el mantenimiento en el empleo de este colectivo. En el caso del mantenimiento del empleo, se enfoca en la movilidad geográfica decidida directamente por el empresario para la seguridad de la trabajadora⁶⁶ o resuelta por esta cuando «*tenga la necesidad de trasladar su residencia con la garantía de un empleo*»⁶⁷. En ese sentido, la organización productiva debe asumir de forma responsable el tema de la violencia de género, lo que conlleva a que sea estratégica para que la productividad de la empresa se vea beneficiada.

4. CONCLUSIONES

1. La relación de trabajo es un escenario en el que se pueden adoptar medidas de protección a favor de la víctima de violencia de género. El reconocimiento de derechos que repercuten de forma positiva en la mujer permite que continúe la actividad profesional y mantenga su capacidad económica, siendo ambas situaciones importantes para la superación del problema.

2. La movilidad atípica residenciada en el artículo 40.4 del ET no puede ser interpretada solo como una restricción de las facultades organizativas del empresario. Su ejercicio por parte de la trabajadora podrá beneficiar a la empresa, a partir del momento en que la propia norma garantiza que la empleada tenga las habilidades y conocimientos necesarios para cumplir con sus funciones en el puesto de destino.

⁶⁴ *Vid.* Exposición de motivos, segundo párrafo.

⁶⁵ Al respecto Faraldo Cabana, C., apela a que exista una regulación sobre gastos similar a la consagrada en el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, que se aplique para las trabajadoras víctimas que decidan la movilidad geográfica del art. 40.3. bis del ET. *Vid.* “El derecho de...”, *cit.*, p.161.

⁶⁶ Este supuesto en: Mella Méndez, “El programa estatal...”, p.293.

⁶⁷ *Vid.* art. 12 RD 1917/2008, de 21 de noviembre.

3. El derecho preferente es una herramienta a favor de la empresa, en tanto esta puede actuar de forma preventiva o paliativa. En el primer caso cuando aún no se ha afectado el rendimiento de la trabajadora. En el segundo cuando ha disminuido. El cambio de lugar permitirá que se ubique a la víctima en un puesto de trabajo en el que estará alejada de la situación que la perturba, recibiendo la atención necesaria y cumpliendo con sus obligaciones contractuales. Desde esa perspectiva, puede verse como un instrumento que potencia la rotación de trabajadores en aras de mantener el rendimiento y no afectar la productividad de la empresa

4. La negociación colectiva y en especial el empresario como sujeto negociador deben asumir la regulación del derecho preferente de la trabajadora víctima de violencia de género, para concretar las condiciones de su ejercicio. El fin es armonizar las necesidades de flexibilización y aprovechamiento de la plantilla para la productividad de la empresa, con los intereses de la trabajadora de protección y estabilidad laboral.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PAEZ, F., “La movilidad geográfica Problemática social y régimen jurídico”, Edit. Tecnos, Madrid, 2001.

APARICIO ALDANA, R.K., “Los derechos fundamentales en la relación laboral: una alternativa al conflictivismo”. Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Protección laboral y de seguridad social de la violencia de género”, Edit. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2008.

AA.VV., “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico. Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”. Informe de la Comisión de expertos para el diálogo social, España, 2005.

CABEZA PEREIRO, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en Mella Méndez, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012.

CABRERA, A, y BONACHE, J., “Recursos humanos y ventaja competitiva”, en CABRERA, A., y BONACHE, J., (*dirs.*), “Dirección estratégica de personas. Evidencias y perspectivas para el siglo XXI”, Edit. Financial Times- Prentice Hall, Madrid, 2002.

CHIAVENATO, I., “Administración de recursos humanos”, Edit. Mc GrawHill, Santafé de Bogotá, Colombia, 2005.

DE CASTRO MEJUTO, L.F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (III): Suspensión contractual”, en MELLA MÉNDEZ, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012.

DEL POZO PÉREZ, M., “Violencia de género y negociación colectiva”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Á., (*dir.*), MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a.L., (coord.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2013.

DÍAZ AZNARTE, M^a.T., “La respuesta del ordenamiento jurídico- laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J., (coord.), *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Edit. Dykinson. Madrid, 2007.

DOLÁN, S.L., VALLE CABRERA, S., JACKSON, S.E. y SCHULLER, R.S., “La gestión de los recursos humanos”, Edit. Mc GranHill, Madrid, 2007.

FARALDO CABANA, C., “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 153, 2012, pp.143-166.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., “La dimensión laboral de la violencia de género”, Edit. Bomarzo, Albacete, 2005.

GALA DURÁN. C., “Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en DEL REY GUANTER, S., (*dir.*), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, Edit. La Ley, Madrid, 2013.

GARCÍA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 11, 2012, pp.1-23 (versión electrónica).

GARCÍA TESTAL, E., FERNÁNDEZ PRATS, C., “Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de violencia de género”, en BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005.

GAVARA DE CARA, J.C. “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, *Centro de estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., “La excedencia voluntaria laboral. Un estudio de la figura jurídica actualizado tras las últimas reformas legales”, Edit. Bomarzo, Albacete, 2013.

INE, “Mujeres y Hombres en España”, actualizado 2015, disponible en (http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleGratis¶m2=1254735350965¶m4=Mostrar). Consultado el 11 de enero de 2016.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja, *Actualidad laboral*”, n.º 7, 2005, Tomo I, pp.748-763.

MARTÍN VALVERDE, A., “Ley de protección integral contra la violencia de «género»: análisis jurídico e ideológico”, en CASAS BAAMONDE, M^a.E.,

DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J., (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, Edit. La Ley, Madrid, 2006.

MELLA MÉNDEZ, L., “El programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en MELLA MÉNDEZ, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., VELASCO PORTERO, T., “La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo”, Edit. Cinca, Madrid, 2006.

MUNÍN SÁNCHEZ, L.M., “La víctima de violencia de género ante el proceso laboral”, en MELLA MÉNDEZ, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012.

OJEDA AVILÉS, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Edit. La Ley, Madrid, 2010.

OSSORIO SERRANO, J. M., “Lecciones de Derecho de Daños”, Edit. La Ley, Madrid, 2011.

SELMA PENALVA, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad laboral*, n.º 9, 2011, pp.4-21. (Versión electrónica).

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J., (*dir.*), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género Aspectos Jurídicos, Penales, Procesales y Laborales*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2005.

SUPIOT, A., “Crítica del Derecho del Trabajo”, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, traducido por GIL Y GIL, J.L. Madrid, 1996.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (II): Movilidad geográfica”, en MELLA MÉNDEZ, L., (*dir.*), *Violencia de género y Derecho del Trabajo estudios actuales sobre puntos críticos*, Edit, La ley, Madrid, 2012.

VELASCO PORTERO. M^a.T., “La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de protección laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 31, 2010, pp.1-3.