

La protección frente a la extinción de la relación laboral de la trabajadora víctima de violencia de género (1)

BELÉN MORANT TORÁN

*Becaria de colaboración en el Departamento de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia*

ELENA GARCÍA TESTAL

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia*

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de los derechos que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género otorga a las trabajadoras víctimas de la violencia de género, en materia laboral, no es otro que conseguir el mantenimiento del empleo de la trabajadora a fin de asegurar su independencia económica, fórmula esencial para alejarse del círculo de la violencia.

La protección del empleo debe salvaguardar necesariamente a la trabajadora víctima de violencia de género ante decisiones injustificadas de despido, por lo que resulta ciertamente interesante determinar cuáles han sido los elementos claves que han llevado a los tribunales a calificar los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia de género como procedentes, improcedentes o nulos. Además, en ocasiones, el mantenimiento de la relación laboral es imposible para la trabajadora, por lo que también se ha diseñado una fórmula específica para estos supuestos.

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

El presente comentario en torno a la doctrina judicial analiza los diferentes escenarios mencionados, a través del estudio de la doctrina judicial existente, poniendo especial énfasis en la sentencia del TSJ de la Comunidad Valencia de 21 de abril, que se enfrenta a la dificultad de resolver los supuestos de coincidencia de agresor y víctima de violencia de género en el mismo lugar de trabajo.

En efecto, se trata de un caso en el que la trabajadora, víctima de violencia de género, venía prestando sus servicios para una empresa, de la que su agresor y pareja sentimental era administrador único desde el comienzo de la relación laboral. La trabajadora recibe comunicación de extinción de su contrato, mediante carta de despido cuyo origen se sitúa en las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por las que resultó condenado el administrador único como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de violencia sobre la mujer, imponiendo, entre otras, la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima a una distancia de 300 metros durante dos años. El cumplimiento de la mencionada pena, impuesta al agresor, justifica

la decisión de la empresa de extinguir la relación laboral de la trabajadora —víctima de violencia de género—, aunque en la propia carta de despido reconoce la improcedencia de su decisión extintiva y ofrece la indemnización compensatoria prevista legalmente. Ante estos hechos, la trabajadora interpone demanda por despido con vulneración de derechos fundamentales, pero el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche, en Sentencia de 30 de septiembre de 2020, confirmó la improcedencia del despido. Contra esta resolución judicial la trabajadora interpone recurso de suplicación, y es la Sentencia núm. 1246/2021 de la Sala de lo Social, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 21 de abril de 2021, la que lo estima y declara que el mencionado despido ha de ser calificado como nulo por discriminatorio.

2. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En materia de extinción de la relación laboral de la víctima de violencia de género la LO 1/2004 incorporó una serie de previsiones relativas tanto a la posibilidad de la trabajadora de abandonar definitivamente su puesto de trabajo, como a la protección frente a la decisión del empresario de extinguir el contrato. A estos supuestos previstos en la LO 1/2004 e incorporados al ET debemos añadir la posible aplicación de las previsiones del art. 50 ET a las víctimas de violencia de género, concretamente a los supuestos en que agresor —empresario o trabajador— y víctima coinciden en el mismo centro de trabajo.

Así las cosas, la LO 1/2004 contempla entre las medidas de protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género, la extinción del contrato de trabajo a instancias de la propia trabajadora víctima de violencia de género, como medida última, a fin de garantizar su protección y su derecho a la asistencia social, cuando no sea posible compatibilizar su condición y situación personal con el trabajo.

Sin embargo, en ningún momento contempla las opciones empresariales en caso de tener que dar cumplimiento a una orden de alejamiento o de aproximación entre dos trabajadores, entre empresario y trabajadora o entre dos personas que coinciden en el mismo centro de trabajo. En la práctica este hecho ha generado diferentes conflictos resueltos por los tribunales del orden social que han planteado la aplicabilidad de las previsiones del artículo 50 del ET.

La protección frente a la extinción de la relación laboral de la trabajadora víctima de violencia de género a instancias del empresario es otra de las opciones contempladas en la LO 1/2004, por la especial situación de vulnerabilidad en que se sitúan (2) . Siendo así que, el ordenamiento laboral protege de forma especial a la trabajadora víctima de violencia de género ante decisiones extintivas unilaterales del empresario, aunque solo en determinados supuestos y concurriendo determinados condicionantes.

De manera que resulta necesario analizar en que supuestos el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género merece la calificación de procedente, improcedente o procede la nulidad de la decisión.

Todas estas cuestiones se analizan a continuación.

2.1. Extinción a instancias de la trabajadora víctima de violencia de género

Cuando la situación de violencia de género hace incompatible la continuidad en la prestación de servicios, de forma definitiva, la LO 1/2004 contempla la posibilidad de la trabajadora víctima de violencia de género a abandonar definitivamente su puesto de trabajo, incorporando esta previsión en el ET, ya que se incluye en el artículo 49.1.m) del ET la causa de extinción del contrato por decisión de la trabajadora que como consecuencia de su condición de víctima de violencia de género se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo. Dado que esta previsión está estrictamente ligada a la voluntad de la trabajadora, sobra decir que el mencionado derecho no podrá ser ejercitado por imposición del empleador. Además, se trata de una medida que posee carácter subsidiario, por lo que su uso está limitado al supuesto en que no sea posible ejercitar ninguna de las medidas de conciliación del trabajo y la condición de víctima de violencia de género que recoge la mencionada LO 1/2004 (3) .

En este sentido, el ordenamiento laboral ya reconocía la posibilidad de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador, por la vía del artículo 49.1.d) del ET, de forma que la introducción de una modalidad específica para las trabajadoras víctimas de violencia de género encuentra justificación en las singulares diferencias que se prevén para ambas. Ciertamente, al igual que la dimisión, esta nueva causa entraría a formar parte del conjunto de supuestos extintivos del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador. Ahora bien, al no incluirlo en el apartado d) del artículo 49.1 ET, la LO 1/2004 rechazó, de forma expresa, la consideración del nuevo supuesto como una manifestación más del derecho a la dimisión del trabajador. De ahí que sus respectivos regímenes jurídicos no sean exactamente los mismos (4) .

De entrada, la extinción del contrato de trabajo por parte de la víctima de violencia de género tiene carácter causal, lo que quiere decir que debe sustentarse sobre una causa justificada, que en este caso se configura a través de la concurrencia de dos elementos: la propia condición de víctima de violencia de género, que deberá ser acreditada mediante los mecanismos previstos legalmente en el art. 23 de la LO 1/2004 —una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos—, y que es, a la fin, el único de los dos elementos que verdaderamente puede exigirse para ejercitar el presente derecho por su carácter objetivo; que la trabajadora se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo, lo que es difícil de valorar en la práctica por cuanto se trata de un elemento de carácter subjetivo, que dependerá de la situación particular de cada víctima.

Por el contrario, en el supuesto de la dimisión no se exige justificación de causa alguna, de forma que no es necesario que exista una causa concreta ni acreditada para poder ejercitar este derecho. Lo que encuentra explicación en la imposibilidad de imponer la subsistencia del contrato de trabajo contra la voluntad del trabajador que ha venido reiterando la jurisprudencia (5) . Siguiendo con lo anterior, la dimisión común puede ser adoptada unilateralmente por cualquier trabajador, ya sea este hombre o mujer. Mientras que en la extinción del contrato prevista por la LO 1/2004 únicamente puede ser ejercitada por las trabajadoras (mujeres) víctimas de violencia de género que hayan acreditado correctamente su condición. Ello no obsta para que la víctima que no pueda acreditar su situación por los medios legalmente establecidos no pueda optar válidamente por la dimisión del 49.1.d) del ET (6) .

Además, la dimisión común exige el cumplimiento de preaviso, que será el establecido convencionalmente o por la costumbre del lugar, en cumplimiento del respeto de la buena fe —art.5.a) y 20 ET—. Por el contrario, y en atención a la gravedad de la causa que motiva la extinción del contrato de la víctima de violencia de género, la norma no exige cumplimiento de preaviso, por lo que podríamos pensar que no resultaría válida la exigencia que respecto a ello pudiese exigirse en convenio colectivo o en pacto individual. Así, igualmente no sería exigible indemnización alguna en este supuesto en concepto de preaviso incumplido, contemplándose en cambio esta posibilidad para los casos de dimisión común.

Un elemento que comparten la extinción del contrato de trabajo por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género y la dimisión común es la exigibilidad al trabajador de una manifestación clara, concreta e inequívoca de su voluntad de extinguir la relación laboral. Pudiendo realizarse esta manifestación de forma expresa, mediante signos verbales o escritos, e incluso de forma tácita. No siendo esta última admisible en los casos de extinción del vínculo laboral por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género (7) . Así las cosas, la mentada comunicación podrá realizarse por todos los medios admitidos en Derecho, ya sea por sí o a través de terceros.

En cambio, existen algunas diferencias sustanciales entre la dimisión común y la dimisión específica de la

trabajadora víctima de violencia de género que residen en el reconocimiento o no de la situación legal de desempleo, así como el derecho a indemnización por extinción de la relación laboral. A este respecto, la dimisión específica de las trabajadoras víctimas de violencia de género —extinción del contrato de trabajo—, a diferencia de la dimisión común, constituye situación legal de desempleo (8) . Esto es así, pese a derivar de una decisión unilateral, debido a que el origen de la extinción no se considera imputable a la trabajadora víctima de violencia de género (9) . Ahora bien, esta situación viene condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos, que no son otros que los anunciados anteriormente.

Finalmente, planteamos una propuesta alternativa a esta dimisión, mediante la aplicación del artículo 50 del ET a la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género. En este sentido, es necesario resaltar que, aunque la LO 1/2004 no hace mención expresa a la aplicabilidad del artículo 50 del ET para los casos de extinción de la relación laboral de las trabajadoras víctimas de violencia de género, parece viable que cuando el agresor —ya sea empresario/a o trabajador/a— y la víctima realicen su actividad laboral en el mismo centro de trabajo, puedan ser de aplicación las previsiones que contiene el mencionado precepto y que concurra causa justa para que la trabajadora pueda solicitar la extinción del contrato (10) . De esta forma la extinción de la relación laboral por parte de la trabajadora víctima de violencia de género llevaría aparejada la indemnización por extinción prevista para los despidos improcedentes (11) , indemnización que no procede en los casos de dimisión del 49.1.m) del ET.

Debe partirse de que, en estas situaciones de coincidencia de agresor y víctima en el mismo centro de trabajo, teniendo la trabajadora acreditada su condición de víctima de violencia de género y estando en posesión de una orden de alejamiento, pueden plantearse posibilidades alternativas al uso de la extinción del contrato (12) . La empresa, en ejercicio del poder directivo y organizativo que posee pueda adoptar alguna medida respecto al trabajador-agresor, para hacer efectiva la Orden de protección con que cuenta la víctima sin que esta se vea abocada a extinguir su relación laboral (13) . Y aunque es cierto que para ello la empresa no cuenta con ninguna norma laboral específica, sí que está en posesión de las facultades que del poder de dirección se derivan pudiendo proceder a la modificación del lugar de trabajo —cuando exista más de un centro de trabajo—, la modificación del tiempo de trabajo, la suspensión del contrato del trabajador —agresor—, y, finalmente si existe una condena penal puede acudir al despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo (14) . Ahora bien, estas opciones pueden carecer de sentido cuando el agresor y expareja de la víctima sea el empresario o el administrador de la empresa para la que esta trabaja, siendo esta última una situación frecuente según se refleja en la casuística de la totalidad de sentencias estudiadas (15) .

Por ello, ante estas situaciones, las trabajadoras podrán acudir al artículo 50.c) del ET, alegando un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, según lo dictado por los tribunales, cuando el empresario —agresor— haga uso de su poder de dirección para coincidir con la trabajadora —víctima— en un ambiente de trabajo, siempre que exista una situación de conflicto grave, con denuncias por malos tratos, orden de alejamiento, etc. que demuestren la existencia de una tensión que, además, trascienda del ámbito personal al laboral (16) . Así como en aquellos casos en que exista una orden de alejamiento respecto de otro trabajador, o compañero de trabajo, al que la empresa no sanciona ni modifica sus condiciones de trabajo mediante los mecanismos enunciados para dar cumplimiento a la mencionada orden. Configurándose así esta inacción por parte del empresario, como un incumplimiento contractual grave a los efectos de solicitar la extinción indemnizada del contrato que se prevé en el artículo 50 del ET.

No obstante, no se pretende con ello afirmar que siempre y en toda situación de crisis personal de pareja —entre empresario y trabajadora—, con denuncias por malos tratos, órdenes de alejamiento etc., que se traslade al trabajo va a ser posible la aplicación o la extinción del contrato por la vía del artículo 50.c) del ET (17) . En este aspecto, es posible la hipótesis de una actividad en una empresa en la que, por sus dimensiones, volumen de actividad, número de personas trabajadoras o número de centros de trabajo, no exista relación alguna entre empleador y empleado en la empresa. Así pues, parece evidente que habrá que estar a las circunstancias

concretas de cada situación (18) .

2.2. Extinción a instancias de la empresa

2.2.1. La procedencia del despido

Los despidos calificados como procedentes por los tribunales, en atención a los elementos clave examinados, a los que se ha hecho alusión anteriormente, tienen en común la posible acreditación de la trabajadora de su condición de víctima de violencia de género, pero su falta de puesta en conocimiento a la empresa. Siendo así que, uno de los requisitos necesarios para que el despido pueda ser calificado de improcedente o nulo, como se verá más adelante, es el conocimiento por parte de la empresa de la condición víctima de violencia de género de la trabajadora. Otro de los elementos presente en estos casos es la falta de ejercicio de alguno de los derechos que la LO 1/2004 en su artículo 21 establece en favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género. Y finalmente, la concurrencia de la acreditación de forma fehaciente de la causa de despido de la trabajadora, mediante la correspondiente justificación de inexistencia de vinculación alguna entre la decisión extintiva de la empresa y la condición de víctima de violencia de género o el uso de alguno de los derechos que tiene reconocidos.

Se hace necesario destacar un caso concreto de despido de una trabajadora víctima de violencia de género declarado procedente, que evidencia el posible miedo de las trabajadoras víctimas de violencia de género a comunicar su condición a la empresa, bien sea por la sospecha de poder sufrir represalias, o bien, porque prefieren preservar su intimidad. Se trata de trabajadoras que, pese a poder acreditar su condición de víctima de violencia de género, no lo ponen en conocimiento de la empresa (19) , en parte también por la proximidad temporal, algunas veces, entre el inicio de su prestación de servicios, y la adquisición de tal condición (20) . Además, ejercitan derechos de reordenación o reducción de su jornada, pero alegando otras causas, normalmente, relacionadas con la conciliación de la vida laboral y familiar, por cuanto permite acceder al mismo derecho, pero por una vía distinta que no implica la necesidad de comunicar su condición de víctima de violencia de género a la empresa (21) . Y, aunque es cierto que en algunos casos (22) optar por esta alternativa les permite acceder a este concreto derecho —reducción o reordenación de jornada—, lo cierto es que ello las deja fuera todo el abanico de protecciones que la LO 1/2004 establece para las víctimas de violencia de género, entre ellas, las relativas a tratar de mantener y proteger el vínculo laboral de la trabajadora (23) .

No obstante, que la trabajadora víctima de violencia de género encuentre esta especial protección frente a decisiones extintivas cuando ha acreditado su condición ante la empresa y ejercido alguno de los derechos que la LO 1/2004 recoge, no implica que su despido no pueda ser declarado como procedente cuando la trabajadora hubiese incurrido en un incumplimiento grave y culpable.

2.2.2. La improcedencia del despido

En la calificación del despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género como improcedente convergen la acreditación de la trabajadora de su condición de víctima de violencia de género, y su puesta en conocimiento a la empresa, junto con la falta de uso de alguno de los derechos que la LO 1/2004 reconoce en favor de las víctimas de violencia de género en el ámbito laboral, así como la no acreditación o ausencia de prueba de la decisión extintiva por parte de la empresa. De modo que, la concurrencia de todos estos elementos llevará a los tribunales a calificar el despido de la trabajadora víctima de violencia de género como improcedente.

Siendo destacable la casuística que evidencian las sentencias que han declarado la improcedencia de los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia de género, donde la empresa a los pocos días de ser conocedora de la condición de víctima de la trabajadora procedía a enviar carta de despido con reconocimiento de su improcedencia, y la indemnización correspondiente. Lo que no hace sino evidenciar, una vez más, la visión de la empresa respecto a estas trabajadoras, y su intranquilidad en cuanto a que estas puedan reclamar el ejercicio de alguno de los derechos que la ley reconoce en su beneficio.

2.2.3. La nulidad del despido

La calificación de la nulidad del despido de los trabajadores se regula en dos preceptos del ordenamiento jurídico laboral español: en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En ambos se recogen dos supuestos de nulidad diferentes. Deberá declararse la nulidad del despido cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales; pero será también nulo el despido, salvo que se declare procedente, de los trabajadores que se encuentren en alguna de las causas de nulidad objetiva reseñadas en el segundo párrafo de estos preceptos. Entre estas circunstancias se encuentra la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Dos opciones legales distintas y que exigen elementos probatorios diferentes.

La protección incluida en el segundo párrafo del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (y en el artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) se refiere exclusivamente a las trabajadoras víctimas de violencia de género que, o bien ejercitan su derecho a la tutela judicial efectiva o bien han ejercido alguno de los derechos que la ley les reconoce para garantizar su protección. De manera que aquellas víctimas que, pese a serlo, no requieren del ejercicio de alguno de estos derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no se encuentran protegidas por el sistema de tutela objetiva.

En efecto, la Ley Orgánica 1/2004 incluyó un nuevo supuesto de nulidad en el despido —en los artículos 53.4.b) y 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores—, relativo a las trabajadoras víctimas de violencia de género que ejerciten alguno de los derechos que la LO 1/2004 les otorga en materia laboral —reducción o reordenación de la jornada de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, suspensión de la relación laboral, etc.— siempre, claro está, que no se declare la procedencia del despido.

Se pretende proteger a la víctima de violencia de género frente a decisiones injustificadas del empresario, sin necesidad de acreditar un móvil discriminatorio ni vulneración de derechos fundamentales, pero se configura un sistema de garantías que se condiciona al ejercicio de determinados derechos tasados legalmente, y no una fórmula general de protección automática de las trabajadoras víctimas de violencia de género (24) . En efecto el contenido del artículo 55.5 b ET supone una protección automática, pero no de todas las trabajadoras víctimas de violencia de género, sino sólo de las que han utilizado alguna de las modificaciones del contrato previstas en la legislación vigente, de manera que el legislador solo trata de proteger a la trabajadora que ejerce sus derechos, para que no pueda ser represaliada por ello mediante una extinción del contrato que pueda ser declarada improcedente —y en consecuencia indemnizada— (25) .

Tal y como se configura, el hecho determinante es el ejercicio de derechos vinculados a la condición de víctima de violencia de género, pero no la condición de víctima de violencia de género. Esto no implica una inmunidad de las trabajadoras ante decisiones extintivas del empresario, sino que, para que sea efectiva esta causa de nulidad, la trabajadora no sólo ha de acreditar su condición de víctima de violencia de género, sino que además debe haber hecho uso de los derechos que la legislación le atribuye por su condición de víctima de violencia de género, de tal modo que se cree la relación entre la decisión de la empresa —el despido— y la condición de víctima (26) . De manera que, como es apreciable, no son aplicables las interpretaciones judiciales realizadas respecto a la nulidad vinculada a la situación de embarazo de las trabajadoras, pues la forma de configurarse la nulidad de la extinción de las trabajadoras víctimas de violencia exige no sólo que la empresa conozca la situación, sino también que la trabajadora haya ejercitado los derechos laborales reconocidos y vinculados a su situación de víctima. Es a la trabajadora a la que corresponde aportar prueba de su condición de víctima de violencia de género al amparo del artículo 23 de la LO 1/2004, así como del ejercicio de derechos laborales que, por su condición de víctima

establece el art. 21 de la LO, pero la empresa podrá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de la medida extintiva adoptada y de su proporcionalidad (27) y su no vinculación con la situación de violencia de género ni con el uso de los derechos que corresponden, en cuyo caso el despido se declarará procedente.

Se otorga a la trabajadora una tutela adicional durante los períodos de ejercicio de los derechos mencionados que se proyecta al ámbito de la carga probatoria ante la presunción de nulidad derivada del hecho de haberse producido la extinción durante el período protegido (28) .

De acuerdo con ello cabrá reputar como ilícitas las decisiones extintivas empresariales injustificadas que se adoptan como consecuencia de ser la trabajadora víctima de violencia de género y hacer uso de los derechos vinculados a esta situación, habiéndose afirmado que tal consecuencia no es sólo fruto de las previsiones legislativas, sino que pueden derivarse directamente de la prohibición de discriminación (29) .

Como vemos se trata de una garantía condicionada, pues la protección no se otorga a todas las víctimas de violencia de género: en primer lugar, no protege automáticamente a las trabajadoras víctimas de violencia de género, sino solo a aquellas que han acreditado su condición de víctima de violencia de género; y, en segundo lugar, sólo a aquellas que han ejercitado alguno de los derechos recogidos en el artículo 21 de la LO 1/2004. Para ello se crea una relación entre la decisión extintiva de la empresa y la condición de víctima de violencia de género, con el objetivo de que no puedan sufrir laboralmente las consecuencias de la violencia de género mediante la extinción injustificada de su contrato de trabajo.

De la literalidad del precepto se desprende la falta de amparo a la cualidad subjetiva de víctima de violencia de género por sí sola, lo que implica que esta medida deja fuera de su ámbito de protección a aquellas trabajadoras víctimas de violencia de género que han decidido compatibilizar su situación y la realización de una prestación de servicios sin recurrir al ejercicio de ninguno de estos derechos, pero ello no es obstáculo, según han evidenciado los tribunales, para que pueda operar la nulidad ordinaria cuando se produzca una decisión extintiva discriminatoria o con vulneración de derechos fundamentales, como se evidencia en el caso concreto de la TSJ de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 1246/2021, de 21 de abril.

En efecto, nada impide alcanzar la declaración de nulidad si, como ocurre en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2021, la decisión empresarial de despedir a la trabajadora víctima de violencia de género puede estimarse discriminatoria y vulneradora de la prohibición constitucional del artículo 14 de la Constitución Española. Para que alcanzar tal conclusión, es necesario realizar una importante valoración de las circunstancias concurrentes para estimar la concurrencia de indicios suficientes reveladores de la existencia de un panorama discriminatorio que impone al empresario la justificación objetiva y razonable de la medida extintiva. Como se sabe, en los supuestos de nulidad de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales corresponde al trabajador generar un panorama indiciario de que se ha producido tal violación y, constatada la concurrencia de estos indicios corresponde a la empresa justificar de forma objetiva y razonable la medida extintiva. Para que dicho desplazamiento del «*onus probando*» se produzca no basta con alegar el carácter discriminatorio, sino que es preciso presentar un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio, como ha reiterado el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la STC 2/2009, de 12 de enero) y el Tribunal Supremo (por ejemplo, en la STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011). Por otro lado, no le corresponde al empresario la prueba de la no discriminación, sino solamente acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, así como su carácter ajeno al móvil discriminatorio o atentatorio de derechos fundamentales (30) .

En el supuesto de despido enjuiciado por la STSJ de Comunidad Valenciana, a la que ya se ha hecho mención con anterioridad, la Sala considera que concurren diversos elementos indiciarios que no dejan duda sobre la posible decisión discriminatoria de la empresa: el órgano judicial entiende que se ha producido una vulneración del artículo 14 de la CE justificándolo en una serie de elementos esenciales que se analizan a continuación (31) .

En primer lugar, la condición de víctima de violencia de género, de la que no existe duda al respecto, por cuanto se ajusta a lo previsto en el artículo 23 de la LO 1/2004 al haber sufrido una agresión física por quien era su expareja sentimental, que, además, ha sido condenado por sentencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer.

En segundo lugar, existe una evidente conexión temporal entre la sentencia condenatoria del administrador de la empresa —expareja sentimental de la víctima— (4-04-2018) y el despido de la trabajadora (17-05-2019). A través de esta conexión temporal queda acreditada la relación entre la decisión extintiva y la circunstancia de ser la trabajadora víctima de violencia de género: el órgano judicial señala que resulta indicio suficiente y más que razonable la evidente conexión temporal entre el dictado de resolución condenatoria del administrador de la empresa y el cese de la trabajadora.

En tercer lugar, en la comunicación de despido la empresa no solo hace referencia al procedimiento penal por el que fue condenado el administrador de la empresa como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de violencia sobre la mujer, imponiendo entre otras penas la de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima a una distancia de 300 metros durante dos años, sino que además considera que la condena al administrador constituye una imposibilidad de prestación de servicios de la trabajadora que exige la extinción del contrato por «imposibilidad de cumplir con su puesto de trabajo». La causa irreal alegada por la empresa para justificar la imposibilidad de desempeñar el trabajo, que esta estaba motivada por la orden de alejamiento impuesta al agresor, no hace sino *«castigar de nuevo a la víctima de violencia de género, condición que sólo puede recaer sobre la mujer, y respecto a la que no se ha acordado medida restrictiva alguna en el ámbito penal»*. Amparar el cese en su condición de víctima de violencia de género, no existiendo causa real en el despido, no hace sino evidenciar su carácter discriminatorio. Al contrario, en opinión del Tribunal, debieron haberse adoptado las medidas que necesarias para asegurar la protección de la víctima, o bien, dejar optar a esta última por cualquiera de las medidas que el tanto la LO 1/2004 en su artículo 21, como el propio Estatuto de los Trabajadores, reconocen a las trabajadoras víctimas de la violencia de género para su protección en el ámbito laboral.

Por último, pese a esta alegación de la empresa, la misma reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición de la trabajadora la indemnización de 33 días por año de servicio a la que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores para los despidos improcedentes; actuaciones que ponen de manifiesto la inexistencia de causa alguna que ampare la extinción del contrato.

Así las cosas, y habida cuenta de que el cese operado es claramente discriminatorio, no puede sino ser calificado como nulo, por cuanto resulta claramente perjudicial para la trabajadora víctima de violencia de género en detrimento de la posición del agresor-administrador único, expareja sentimental de la víctima, que mantiene intacta su posición en la jerarquía empresarial, y frente al cual no se adopta ninguna medida en el ámbito laboral.

Este relato indiciario permite al TSJ considerar que se produce una sanción y castigo a la víctima de violencia de género, a la que el procedimiento penal no había impuesto ninguna medida restrictiva, por lo que, concluye, se trata de un cese claramente discriminatorio: la imposibilidad de desempeño del trabajo alegada por la empresa deviene una causa irreal, dado que la medida de alejamiento se impuso al administrador. La empresa debió adoptar las medidas necesarias para proteger a la víctima, pero no decidir la medida extintiva, constituyendo la condición de víctima de violencia de género la base de su cese, por lo que declara la nulidad del despido por discriminatorio, y condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora en las condiciones que regían antes de producirse el cese y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión, así como una indemnización por la declaración de existencia de vulneración de derechos fundamentales, en relación tanto al daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como a los daños y perjuicios adicionales derivados (en cumplimiento del mandato previsto en el art. 183.1 LRJS).

De esta forma, la decisión de extinción de la relación laboral por parte del empresario, de trabajadora víctima de

violencia de género que no se ampara en una justificación razonable podrá ser calificada de ilícita, en tanto que la trabajadora haya acreditado su condición de víctima de violencia de género aunque la trabajadora no haya ejercitado alguno de los derechos laborales reconocidos: el despido puede ser tachado de discriminatorio y, por tanto, calificado como nulo, siempre y cuando la trabajadora aporte indicios suficientes y la empresa no acredite de forma objetiva la razonabilidad de su decisión extintiva.

-
- (1) Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

[Ver Texto](#)

- (2) GARCÍA TESTAL, E. (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 60.

[Ver Texto](#)

- (3) GARCÍA TESTAL, E. (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, citado, p. 58 .

[Ver Texto](#)

- (4) BARRIOS BAUDOR, GL (2006), «Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión», *Aranzadi Social*, 81, p. 7.

[Ver Texto](#)

- (5) STS (Sala Social) de fecha 26 de abril de 1991 (Recurso de Casación (n.º 671/90)). GARCÍA TESTAL, ELENA (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, citado, p. 58.

[Ver Texto](#)

- (6) BARRIOS BAUDOR, GL (2006), «Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión», citado, p. 8.

[Ver Texto](#)

- (7) GARCÍA TESTAL, E. (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, citado, p. 59.

[Ver Texto](#)

- (8) Así se recoge en el artículo 208.1.1) e) de la Ley General de Seguridad Social

[Ver Texto](#)

- (9) Esto mismo sucede respecto de las extinciones voluntarias derivadas de los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo o incumplimientos empresariales.

[Ver Texto](#)

- (10) Se realizará un mayor ahondamiento en esta cuestión y sus particularidades más adelante.

[Ver Texto](#)

- (11) SEMPERE NAVARRO/IÑIGO CORROZA/MUERZA ESPARZA (2005), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi Thomson Reuters, p. 112; GARCÍA TESTAL, E. (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, citado, p. 63.

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

- (13) Para un mayor ahondamiento véase GARCÍA TESTAL, E. (2008), «Los efectos de la orden de alejamiento en la relación laboral y en el concepto de «colocación adecuada»: ¿qué ocurre si agresor y víctima trabajan en el mismo centro de trabajo?», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos* (304).

[Ver Texto](#)

- (14) Esta medida se justifica en el sentido que, al mediar sentencia condenatoria con orden de alejamiento físico entre víctima y agresor, de no resultar posible cumplir la mencionada orden de alejamiento, el agresor e n cumplimiento de esta no podrá acudir a su lugar de trabajo, lo que explica esta medida extintiva por la vía del 54.2.a) del ET. GARCIA VALVERDE, MD. (2007), «Sobre el contrato de trabajo», en AAVV, *Violencia de género perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi Thomson Reuters, p. 799. GARCÍA TESTAL, E. (2014), *Derechos de las trabajadoras víctimas de Violencia de Género*, citado, p. 69.

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

- (16) Así lo recoge la sentencia del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1294/2009 de 28 septiembre. En la que el empresario —agresor— adquiere por subrogación la empresa —téngase en cuenta que estamos hablando de una empresa pequeña—, para la que trabaja su exmujer, destinando a esta al centro de trabajo —en este caso restaurante— en el que el desarrollaba prácticamente la totalidad de sus actividades. En este caso concreto, la cuestión que se plantea es si al pasar la empresa —para la que trabaja la trabajadora víctima de violencia de género— a depender laboralmente del actor, puede aquella invocar vulneración del derecho a la salud, e incumplimiento de las obligaciones laborales la situación personal existente entre ellos por razón de la crisis de la pareja. Lo que, a juicio de la Sala en este caso concreto la respuesta fue afirmativa, pues consideró que, existiendo una situación de conflicto grave, con denuncias por malos tratos, orden de

alejamiento etc., que ponen de manifiesto una tensión entre esposo —empresario— y esposa —trabajadora—; que trasciende del ámbito personal al laboral y que se concreta en una baja médica de casi un año por crisis de ansiedad. Además, siendo así que la relación o el contacto personal pasaba a ser diario y constante, junto con el hecho de la proximidad temporal entre la subrogación de la empresa y el inicio de la crisis matrimonial. A juicio de la Sala, resultaba más que evidente que el empresario había incumplido su obligación de garantizar la salud de la trabajadora, al trasladar al ámbito del trabajo toda la problemática de la crisis de pareja, lo que entendiéndose que se había producido el incumplimiento a que hace referencia el artículo 50.c) del Estatuto de los Trabajadores.

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

- (23) Tal es así, que en el caso de la sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm.3130/2015 de 14 mayo, la trabajadora es despedida disciplinariamente, siendo el despido calificado como procedente, por las faltas y ausencias de la trabajadora, que pese a encontrarse vinculadas a la

violencia de género, no se consideraron justificadas por no tener conocimiento el empresario de que la trabajadora fuese víctima de violencia de género, ya que la trabajadora no acreditó su situación en ningún momento, así como siquiera mencionó el verdadero motivo por el que estas faltas y ausencias se producían.

[Ver Texto](#)

- (24) Las opciones eran dos: o bien una protección genérica ante despidos motivados por la condición de trabajadora víctima de violencia de género, o bien inclusión entre las causas de discriminación prohibidas. En este sentido, PERÁN QUESADA, S. (2008), «La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de octubre de 2008», en *Aranzadi Social* 58/2008 (westlaw.es, BIB 2008/2789).

[Ver Texto](#)

- (25) SEMPERE NAVARRO, AV (2008), «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos», en *Aranzadi Social* n.º 14/2008, p. 2 de 3.

[Ver Texto](#)

- (26) STSJ Cataluña de 28 de enero de 2010, Sentencia núm. 641/2010. También PERÁN QUESADA, S (2008), «La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de octubre de 2008», citado, p. 3 de 5.

[Ver Texto](#)

- (27) STSJ Castilla La Mancha de 2 de noviembre de 2007, Sentencia núm. 1609/2007.

[Ver Texto](#)

- (28) STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2008, Sentencia núm. 7262/2008. En este supuesto la extinción se produce cuando la trabajadora se encuentra de baja por depresión motivada por el acoso de su antigua pareja, alegando la empresa que la trabajadora «realizaba vida totalmente normal durante la baja». Previamente a la baja laboral la trabajadora había solicitado y obtenido del Juzgado de Violencia Doméstica sobre la mujer número 1 de Barcelona auto de medidas cautelares en cuya parte dispositiva impone a su pareja la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de ella. Además, obtuvo del empresario resolución favorable a la solicitud de cambio de turno (de nocturno a jornada completa en diurno). El Tribunal entiende que se dan los presupuestos normativos de los que se deriva su cualificada situación frente a la posterior decisión disciplinaria del empresario; y así, aunque la trabajadora se encontrara en ese momento en situación de incapacidad temporal hay que considerarla como ejerciente de los derechos de adaptación de tiempo de trabajo, por lo que le resulta aplicable la garantía de nulidad del artículo 55.5. b ET. Y ello porque la causa alegada por la empresa imputándole a la trabajadora el haber «realizado vida totalmente normal» carece de entidad disciplinaria dado que la baja médica se debe a «patología de trastorno de ansiedad generalizado secundario a violencia de género». Sobre esta sentencia SEMPERE NAVARRO, AV (2008), «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos», citado, p. 2 de 3.

[Ver Texto](#)

- (29) STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2008, Sentencia núm. 7262/2008. En este supuesto la extinción se produce cuando la trabajadora se encuentra de baja por depresión motivada por el acoso de su antigua

pareja, alegando la empresa que la trabajadora «realizaba vida totalmente normal durante la baja». Previamente a la baja laboral la trabajadora había solicitado y obtenido del Juzgado de Violencia Doméstica sobre la mujer número 1 de Barcelona auto de medidas cautelares en cuya parte dispositiva impone a su pareja la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de ella. Además, obtuvo del empresario resolución favorable a la solicitud de cambio de turno (de nocturno a jornada completa en diurno). El Tribunal entiende que se dan los presupuestos normativos de los que se deriva su cualificada situación frente a la posterior decisión disciplinaria del empresario; y así, aunque la trabajadora se encontrara en ese momento en situación de incapacidad temporal hay que considerarla como ejerciente de los derechos de adaptación de tiempo de trabajo, por lo que le resulta aplicable la garantía de nulidad del artículo 55.5. b ET. Y ello porque la causa alegada por la empresa imputándole a la trabajadora el haber «realizado vida totalmente normal» carece de entidad disciplinaria dado que la baja médica se debe a «patología de trastorno de ansiedad generalizado secundario a violencia de género». Sobre esta sentencia SEMPERE NAVARRO, AV (2008), «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos», citado, p. 2 de 3.

[Ver Texto](#)

(30) Así se señala en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2021, Sentencia núm. 1246/2021.

[Ver Texto](#)

(31) Sobre el particular también encontramos la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 1609/2007, de 2 noviembre en la que se establece que la enfermedad del trabajador, sin otra consideración, no constituye factor discriminatorio en caso de despido de aquél, salvo que vaya asociada a otro elemento de segregación (así, trabajador portador de VIH); y en el presente caso, no es estrictamente la enfermedad de la trabajadora lo que en la sentencia se considera como elemento discriminatorio, sino el hecho de que aquélla se encuentra de baja con el diagnóstico de síndrome ansioso-depresivo reactivo a padecimiento de situación de violencia de género, que le obliga a recibir apoyo terapéutico y social por las entidades competentes para ello; y que supone una incierta y más problemática recuperación, con eventuales recaídas; abriendo a favor de la trabajadora un abanico de posibilidades (movilidad geográfica del art. 40.3.bis y suspensión del contrato de trabajo de los arts. 45.1.n y 48.8 del ET, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género) que hace más gravosa para la empresa el mantenimiento del vínculo laboral; todo lo cual entronca con la circunstancia de ser mujer la actora; elemento ciertamente calificado de discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución y art. 17 del ET.

[Ver Texto](#)