

**LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE
LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO MEDIDA
DE PROTECCIÓN INTEGRAL. MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES**

**Núm.
55/2005**

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Profesora Titular de Universidad Habilitada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

TERESA VELASCO PORTERO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLO, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don SALVADOR DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de las autoras.

Extracto:

SIENDO la violencia contra las mujeres una de las peores lacras de nuestra sociedad, el legislador se ha decidido a afrontar de manera integral la protección de sus víctimas. Con esta finalidad ha visto la luz la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que por primera vez toma en consideración la posible condición de trabajadora de la víctima, diseñando al efecto una serie de derechos laborales específicos, a los que podrán acceder las mujeres trabajadoras que hayan padecido este tipo de violencia. De entre todos esos derechos probablemente el que mayor interés presente para la trabajadora sea la suspensión del contrato de trabajo, a cuyo análisis se consagra este trabajo. En concreto, este comentario se ocupa del régimen jurídico de este nuevo derecho, tanto desde la perspectiva estrictamente laboral cuanto desde las implicaciones en materia de Seguridad Social que conlleva su ejercicio. Tal análisis viene, no obstante, precedido de las pertinentes consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la nueva ley, a efectos de concretar los potenciales beneficiarios del derecho, y sobre los instrumentos de acreditación de la condición de víctima de violencia de género con la que se abren las puertas al ejercicio de este derecho.

Sumario:

1. Introducción.
2. Una cuestión previa: el limitado concepto de «violencia de género» (exclusión de varones, menores, ancianos y determinadas formas de violencia sobre la mujer).
 - 2.1. Violencia de género y conceptos afines.
 - 2.2. Exclusión de algunos sujetos objeto de violencia doméstica: varones y mujeres agredidas por otros familiares (hijos, padres, hermanos...).

- 2.3. Los términos utilizados en la normativa anterior.
 - 2.3.1. Normativa estatal.
 - 2.3.2. Normativa autonómica.
- 2.4. Conclusiones respecto al ámbito de aplicación de la ley.
3. Condiciones para el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato.
 - 3.1. Acreditación de la condición de víctima de violencia de género.
 - 3.1.1. Razón de ser y alcance de la orden de protección.
 - 3.1.2. Actos delictivos cuya presunta comisión puede derivar en la concesión de una orden de protección.
 - 3.1.3. Tramitación de la orden de protección: órgano competente, solicitud y duración.
 - 3.1.4. El juego excepcional del informe del Ministerio Fiscal.
 - 3.2. Decisión suspensiva forzada por las circunstancias.
 - 3.2.1. La «decisión» suspensiva: ¿voluntad de la trabajadora o determinación judicial?
 - 3.2.2. El carácter «forzado» de la suspensión.
4. Régimen jurídico-laboral de la suspensión.
 - 4.1. Duración de la suspensión (inicial y prorrogada).
 - 4.2. Sustitución de la trabajadora: contrato de interinidad.
 - 4.3. La reincorporación de la trabajadora: reserva de su puesto de trabajo.
 - 4.4. Protección de la trabajadora que suspende su contrato por esta causa frente al despido.
5. Implicaciones en materia de Seguridad Social.
 - 5.1. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo en materia de Seguridad Social, antes de las reformas efectuadas por la LOIVG.
 - 5.2. Aspectos de Seguridad Social vinculados a la suspensión regulada en el nuevo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores.
 - 5.2.1. Consideración del período de suspensión como período de cotización efectiva.
 - 5.2.2. La suspensión del contrato como situación asimilada al alta.

- 5.2.3. Consideración de la suspensión como situación legal de desempleo.
 - 5.2.4. Prestación y subsidio por desempleo.
 - 5.2.5. Cómputo de cotizaciones.
 - 5.2.6. Atemperación del compromiso de actividad.
- 5.3. La omisión de los supuestos de incapacidad temporal derivada de la situación de violencia de género a efectos de otorgarle beneficios en materia de Seguridad Social.
6. La protección de la trabajadora por cuenta propia y de las funcionarias.
- 6.1. Las trabajadoras por cuenta propia.
 - 6.2. La protección de las funcionarias.
 - 6.2.1. La protección en lo relativo a la relación funcional.
 - 6.2.2. La protección en materia de Seguridad Social.
 - 6.3. Sobre la no inclusión de las relaciones laborales especiales y de otros regímenes especiales de Seguridad Social.

NOTA: Este trabajo responde a la siguiente distribución de autoría: 1. Introducción, 3. Condiciones para el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato, y 4. Régimen jurídico-laboral de la suspensión, por Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN; y 2. Una cuestión previa: el limitado concepto de «violencia de género» (exclusión de varones, menores, ancianos y determinadas formas de violencia sobre la mujer), 5. Implicaciones en materia de Seguridad Social, y 6. La protección de la trabajadora por cuenta propia y de las funcionarias por Teresa VELASCO PORTERO.

1. INTRODUCCIÓN

Las cifras con las que los medios de comunicación nos conmocionan prácticamente cada semana dejan poco margen para la duda, la violencia contra las mujeres se ha convertido en una de las lacras más preocupantes de la sociedad actual ¹. Y es que pese a ser la manifestación más intolerable del poder del hombre sobre la mujer, propio de un sistema de roles sociales arcaico y desfasado, este tipo de violencia no sólo se resiste a desaparecer de una sociedad moderna como la nuestra en la que por definición no debería tener ninguna cabida, sino que además parece incrementarse día a día. Hasta tal punto ha llegado la envergadura del problema que se ha hecho acreedor de un tratamiento omnicompreensivo, «integral» en la terminología de moda. La realidad demuestra que las medidas penales de alejamiento del agresor (especialmente las cautelares que impidan la comisión de nuevos actos violentos) son imprescindibles para la efectiva protección de la víctima, pero no son suficientes, es preciso trenzar un manto protector completo, que ofrezca una tutela global –penal, civil y social– tanto a las víctimas directas (mujeres agredidas física o psíquicamente) como a las indirectas (generalmente los hijos) ².

Se hace necesario, en suma, diseñar un entramado de medidas que evite a todos los niveles el desamparo en el que este tipo de actos sumerge a las víctimas y que dé respuesta ágil y eficaz a las carencias que su especial vulnerabilidad conlleva ³. Tejido normativo que materializa la obligación de los poderes públicos, formulada en el artículo 9.2.º de nuestra Carta Magna, de adoptar las medidas de acción positiva necesarias para hacer reales y efectivos los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la no discriminación, mediante el ofrecimiento a las víctimas de soluciones inte-

¹ Nótese que según los datos del Instituto de la Mujer hasta mayo de 2005 ha habido un total de 23.221 denuncias de agresiones a mujeres por sus cónyuges, parejas, exparejas y personas con las que mantenían análoga relación afectividad (www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras). Sobre estas y otras cifras escalofriantes, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 6, 2005, pág. 88; R. CASTILLEJO MANZANARES, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6290, jueves 7 de julio de 2005.

² Sobre las víctimas indirectas, F. CHANA GARRIDO, B. LÓPEZ PESO, y R. VILAS PÉREZ, «La victimización secundaria en los menores testigos de violencia doméstica», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 76, 2002, págs. 143-185.

³ En este sentido, J.F. ESCUDERO MORATALLA, «Diversos aspectos de la violencia doméstica (Consideraciones generales. Ámbito jurídico internacional. Premisas básicas. Factores de vulnerabilidad: elementos socioculturales y económicos)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 76, 2002, págs. 5-75.

grales que atiendan a las necesidades económicas, de vivienda, laborales, etc., generadas por las circunstancias propias de su condición. La recién estrenada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como su propia rúbrica adelanta, se presenta como *ese instrumento* de protección integral e interdisciplinar de las víctimas.

Esta norma, que contiene reglas penales, civiles, educativas, sociales, laborales y de Seguridad Social de tuición especializada de las víctimas de violencia de género ⁴, pretende ser el aldabonazo definitivo en la consolidación de un marco efectivo de protección que, por lo demás, se ha venido conformando con la letanía de normas estatales y autonómicas ⁵, que han visto la luz sobre todo desde el año 2003. Debe hacerse mención, en este sentido, especialmente a la **Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre**, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, a la **Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre**, por la que se modifica la **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**, del Código Penal, a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, y al Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, tal como ha quedado redactado tras la reforma acometida por el Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo ⁶.

⁴ Ya han visto la luz algunas normas de desarrollo parcial de esta ley, tales como el Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004; el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005. Téngase en cuenta, también, el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, al que se da publicidad mediante Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo (en ese Acuerdo se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer; se crea la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y se regulan su rango y funciones; se aprueba la puesta en marcha de un plan específico para la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, previa concertación con las Comunidades Autónomas; se acuerda suscribir convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española para la implantación efectiva del servicio de teleasistencia; se acuerda la organización de cursos de formación dirigidos a profesionales sanitarios para mejorar sus recursos profesionales en las consultas de atención primaria; se acuerda que el Plan de Vivienda, que se aprobará próximamente, incluya criterios de adjudicación que prevean la atribución de viviendas protegidas a mujeres que hayan sufrido violencia de género, así como a las familias monoparentales); y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueba el Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado, al que se da publicidad mediante Orden APU/526/2005, de 7 de marzo (que recoge el compromiso del Gobierno de adoptar las medidas oportunas para la reforma del Reglamento de Situaciones Administrativas para introducir una modalidad de excedencia con reserva de plaza por violencia de género, para tipificar en el Reglamento de Régimen Disciplinario el acoso sexual en las relaciones profesionales de los funcionarios públicos, y para hacer efectivo el derecho preferente en la provisión de puestos de trabajo de las empleadas públicas que hayan sido víctimas de violencia de género).

⁵ En este sentido, Ley 16/2003, de 8 de abril, de Canarias, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, Ley 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas, Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Castilla-La Mancha, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas, Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, Ley 7/2004, de 16 de julio, de Galicia, para la igualdad de mujeres y hombres, Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de Navarra, de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista; Ley 9/2003, de 2 de abril, de Valencia, para la igualdad entre mujeres y hombres, y Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la igualdad de mujeres y hombres.

⁶ En este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...», loc. cit., pág. 88.

Cierto es, no obstante, que esta pretendida «totalización» –en el sentido de protección global o integral– queda considerablemente oscurecida por la técnica legislativa finalmente elegida, en el bien entendido de que en lugar de diseñarse un cuerpo normativo que acoja y refunda todas las previsiones atinentes a la protección de las víctimas de violencia de género⁷, la citada ley combina preceptos de contenido propio con otros de reforma de normas precedentes –Estatuto de los Trabajadores, Ley General de Seguridad Social, Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Derecho a la Educación, Ley General de Publicidad, etc.–, lo que termina por provocar una extraordinaria dispersión normativa y una no menor inseguridad jurídica⁸.

En todo caso, y este mérito no admite réplica, esta norma atiende por primera vez, más allá del fomento del empleo⁹, a la condición de trabajadora de la víctima, a la que ofrece una serie de derechos que le facilitan la conciliación de ese doble *status* –trabajadora y víctima de violencia de género–. Estos derechos van desde la posibilidad de reducir o reordenar su tiempo de trabajo, de cambiar de lugar de trabajo, y de suspender la relación laboral con reserva de puesto, hasta la especial consideración de la extinción del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora como circunstancia ajena a su voluntad, lo que lógicamente resulta especialmente atractivo a efectos de prestación por desempleo. No se puede negar que la regulación de los derechos expuestos, que se combina con un catálogo, nada escueto por cierto, de reglas en materia de Seguridad Social, admite ciertas críticas, que su configuración resulta en ocasiones un tanto compleja e incluso incoherente, pero su mero tratamiento normativo, la consideración, en suma, de la situación laboral de la víctima como un factor a tener en cuenta a la hora de ofrecerle una protección eficaz y completa, tiene una trascendencia innegable.

El estudio que con estas líneas se inicia tiene por objeto, precisamente, el análisis del régimen jurídico de uno de estos derechos: la suspensión del contrato de trabajo, herramienta que se acompaña de una pléyade de reglas de Seguridad Social con las que se pretende evitar que esta decisión suspensiva genere perjuicios a la víctima. Si bien dicho examen habrá de venir precedido, en primer lugar, de una precisión terminológica, habida cuenta de que la fórmula que emplea el legislador –violencia de género– frente a la otra posible –violencia doméstica– presenta el inconveniente, para nada baladí, de dejar fuera del radio de protección normativa tanto a los varones como a otros sujetos que, como las mujeres, con frecuencia son el objeto de la violencia a la que aquí se está aludiendo: los menores –fundamentalmente los hijos del agresor o los de su pareja– y los ancianos o personas dependientes. Procede en este sentido valorar el alcance de esta restricción, así como preguntarse si resulta discriminatoria –respecto del varón, víctima de violencia doméstica– o si por el contrario la realidad social avala suficientemente este tratamiento diferenciado.

En segundo lugar, antes de adentrarse en el análisis del régimen jurídico –laboral y de Seguridad Social– de esta suspensión es preciso referirse a los requisitos que le abren las puertas, esto es: acre-

⁷ En este sentido, Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica, págs. 11 y 12.

⁸ Una crítica en este sentido, A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de protección integral contra la violencia de género"», *Tribuna Social*, núm. 174, 2005, pág. 56; J.J. MUERZA ESPARZA, «Nueva Ley, nuevos problemas de interpretación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005, pág. 1.

⁹ En esta materia, A. MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, «Incentivos de la contratación de mujeres víctimas de violencia doméstica o mayores de cuarenta y cinco años de edad», *Tribuna Social*, núm. 171, 2005, págs. 31 a 37.

ditación de la condición de víctima de violencia de género, y certificación de la oportunidad de esta medida. A tal efecto, se examinará en este ensayo, de una parte, el régimen jurídico de la orden de protección –razón de ser, órgano que la concede, legitimación para solicitarla, contenido, duración, etc.– y su excepcional sustitución atendiendo a las circunstancias del caso por el informe del Ministerio Fiscal, y, de otra, las causas que pueden justificar la suspensión del contrato.

Hechas estas consideraciones previas se procederá ya al estudio de este concreto derecho laboral, tratando cuestiones tales como su duración, la reserva del puesto de trabajo que conlleva, los medios de cobertura de la vacante y los beneficios sociales previstos al efecto, el tratamiento del retorno al puesto de trabajo, o la protección de la trabajadora que ejercita este derecho frente a una represalia empresarial. El examen de este régimen jurídico se combinará con la explicación de los efectos que desde el punto de vista de la Seguridad Social ha querido dar el legislador a esta suspensión, escudriñando en el mosaico de ficciones jurídicas diseñadas a tal efecto. No en vano, como se verá, el período de suspensión computa como de cotización efectiva a efectos de generar pensiones de jubilación, de incapacidad permanente, de muerte y supervivencia, de maternidad y de desempleo (regla esta que, sin embargo, no se ha querido que alcance a la incapacidad temporal y a la prestación por riesgo durante el embarazo), y ese intervalo se considera situación asimilada al alta a los efectos pertinentes.

Además, este cese temporal de la actividad se considera situación legal de desempleo, generándose con ello derecho a la prestación correspondiente, lógicamente si la trabajadora ha cubierto el período mínimo de carencia exigido, en caso contrario, si no ha cotizado lo suficiente o si agota la prestación (y en su caso el subsidio), no podrá acceder, como veremos, sin embargo, a la cantidad a tanto alcanzado que la nueva ley reconoce a las víctimas de violencia de género que carecen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional (excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias). Protección que se culmina con la atemperación del compromiso de actividad y con el hecho de que la percepción de esta prestación durante la suspensión no afecte en modo negativo alguno al posterior disfrute de la prestación por desempleo en régimen ordinario, por pérdida del puesto de trabajo. El legislador prevé a este respecto una doble ficción jurídica ciertamente sugestiva: la consideración del tiempo de suspensión (con percepción de desempleo) como cotizado a efectos de generar en su caso una nueva prestación por desempleo, y el paréntesis hecho en el sentido de no descontar ese tiempo de los días de prestación a que se tiene derecho (a efectos de ulteriores situaciones de desempleo).

Este estudio se remata con el examen del régimen jurídico –laboral y de Seguridad Social– de protección diseñado por el legislador para las trabajadoras autónomas que son objeto de violencia de género, esto es: tratamiento de la sustitución, suspensión de la obligación de cotizar (seis meses), consideración como cotización efectiva del período de inactividad y mantenimiento en situación asimilada al alta durante ese período a los efectos de generar las prestaciones correspondientes; y con una breve alusión a las reglas especiales de tutela de las funcionarias víctimas de violencia de género ¹⁰.

¹⁰ I. GARCÍA NINET, «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (III)», *Tribuna Social*, núm. 171, 2005, pág. 5.

2. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL LIMITADO CONCEPTO DE «VIOLENCIA DE GÉNERO» (EXCLUSIÓN DE VARONES, MENORES, ANCIANOS Y DETERMINADAS FORMAS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER)

Las medidas que en este ensayo estudiaremos se contienen en una ley que, según su propia exposición de motivos, pretende *enfocar la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar*. En este sentido, esta norma regula una serie de «derechos de las mujeres víctimas de violencia de género», consagrando todo un capítulo a derechos laborales y a prestaciones de Seguridad Social. La titular de esos derechos es, por tanto, la «trabajadora víctima de violencia de género». La terminología legal es contundente: siempre utiliza esta misma expresión, como si se refiriera a un concepto unívoco y para el cual no existieran sinónimos. Pero la seguridad de la ley no se corresponde con la realidad, pues, ni existía antes de su promulgación un concepto jurídico de «violencia de género», ni existe al día de hoy unanimidad en relación con el alcance de este concepto en otras disciplinas, ya sea la Psicología o la Lengua.

Que la expresión era discutible quedó de manifiesto durante el proceso de elaboración de la norma, a raíz del informe que elaboró la Real Academia de la Lengua Española, a petición del Gobierno, sobre el aspecto lingüístico de la expresión. En este informe, la RAE mantenía que la expresión *violencia de género* era la traducción del inglés *gender-based violence* o *gender violence*¹¹, y que con ella se identificaba la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal. En este mismo documento, la RAE se refería a «otras expresiones usadas en español para expresar el concepto», tales como «violencia doméstica», «violencia intrafamiliar», «violencia contra las mujeres», «violencia familiar», «violencia de pareja» y «discriminación por razón de sexo»; aconsejando, finalmente, al Gobierno que rubricase la norma bajo la fórmula «Ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo».

A pesar del resultado del informe que de *motu proprio* había solicitado, el Gobierno mantuvo la comentada expresión (violencia de género) tanto en el título como en el articulado de la ley, lo que quiere decir que tuvo en cuenta otros criterios amén de los lingüísticos. De hecho, no todas las expresiones mencionadas son técnicamente equivalentes, por lo que no resulta muy apropiado mantener que todas «expresan el mismo concepto». Profundizando en cada uno de los conceptos y delimitándolo del resto tendremos una visión más clara de cuál es la víctima que protege el legislador, a la que configura como titular de los derechos, y podremos analizar si el tratamiento diferenciado con respecto a otro tipo de víctimas puede resultar discriminatorio.

2.1. Violencia de género y conceptos afines.

El concepto de género se viene utilizando en las Ciencias Sociales desde los años 70, como construcción simbólica que alude al conjunto de atributos socioculturales asignados a las personas

¹¹ Una crítica al uso del anglicismo «violencia de género» en A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de protección integral contra la violencia de género"», *Tribuna Social*, núm. 174, 2005, pág. 55.

a partir del sexo, y que convierte la diferencia sexual en desigualdad social. Según este concepto, lo importante es darse cuenta de que género y sexo no son sinónimos; se trata de distinguir las diferencias entre hombres y mujeres que responden a la naturaleza de aquellas que son establecidas por la sociedad y que no son, por tanto, ni irremediables ni inamovibles. La distinción es necesaria porque esta teoría considera que confundirlas se ha pretendido presentar como natural lo que tiene de hecho un origen social¹². La teoría nace entre las feministas anglosajonas, y la expresión *gender* que se utiliza en este contexto se traduce en nuestro país como «género».

El concepto «violencia de género» que utiliza la ley y que, según su exposición de motivos, es un símbolo brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, habrá de ponerse en relación con esta teoría. No es una expresión usual en las declaraciones a nivel internacional, que suelen referirse a la «violencia ejercida contra las mujeres y las niñas»¹³, a pesar de que la propia ONU promueve expresamente la fórmula «integración activa y visible de la perspectiva de género en todas las políticas y programas relativos a la violencia contra las mujeres»¹⁴. Considera asimismo la ONU que «la violencia contra las mujeres y las niñas es un gran obstáculo para el logro de los objetivos de igualdad de género, desarrollo y paz», y menciona la violencia doméstica como un caso de violencia con base en el género¹⁵.

Como vemos, un amplio elenco de expresiones, al que habría que unir la de «violencia familiar», ya que es precisamente en el seno de la familia (sea de hecho o de derecho), donde mujeres y menores deberían sentirse más seguros, el lugar donde se produce el abuso y el terror de la violencia¹⁶. En suma, cada expresión tiene un matiz diferente, a pesar de que en ocasiones la norma tiende a utilizarlas como sinónimas¹⁷.

¹² La expresión ha hecho fortuna y algunas feministas critican el abuso de la palabra para referirse a todo aquello que tenga que ver con la mujer, ya que consideran que se traduce en una vuelta a la confusión entre sexo y género que se pretendía evitar (T. MALDONADO, «El género y la academia», *hika.net*, núm. 157, 2004).

¹³ Es la expresión utilizada tanto por la ONU como por el Consejo de Europa (v. gr. Recomendación del Consejo de Europa de 15 de enero de 1990) como por el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986).

¹⁴ Así se hace en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Beijing en 1995, en la que analiza lo avanzado hasta ese momento y se fija como uno de sus objetivos estratégicos el de adoptar medidas integradas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres, asumiendo gran parte de las establecidas por la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de 1993, y estableciendo nuevas medidas tales como promover la integración activa y visible de la perspectiva de género en todas las políticas y programas relativos a la violencia contra las mujeres.

¹⁵ «La violencia contra las mujeres y las niñas es un gran obstáculo para el logro de los objetivos de la igualdad de género, desarrollo y paz (...). La violencia con base de género, tal como la violencia doméstica, el abuso sexual, la esclavitud sexual y la explotación, el tráfico internacional de mujeres y niños, la prostitución forzada y el acoso sexual, así como la violencia contra las mujeres que es resultado de prejuicios culturales, racismo y discriminación racial, xenofobia, pornografía, limpieza étnica, conflicto armado, ocupación extranjera, extremismo religioso o anti-religioso, y el terrorismo, son incompatibles con la dignidad de persona humana y deben ser combatidos y eliminados» («Iniciativas y Acciones para Profundizar la Implementación de la Declaración de Beijing y de la Plataforma de Acción de Beijing», documento final aprobado por los Estados Miembros que participaron de la vigésimo tercera sesión especial de la Asamblea General «Mujer 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI» que se llevó a cabo del 5 al 9 de junio de 2000 en la sede de la ONU en Nueva York).

¹⁶ «La casa es el terreno de cultivo donde se desarrollan las relaciones más generosas, seguras y duraderas y, al mismo tiempo, el escenario donde más vivamente se manifiestan las hostilidades, las rivalidades y los más amargos conflictos entre hombres y mujeres, entre adultos y pequeños». L. ROJAS MARCOS, *Las semillas de la violencia*, Espasa Calpe, 1998, pág. 29.

¹⁷ *Vid.* el III Plan Canario para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2002-2006, a pesar de su título, prefiere en su desarrollo hablar de violencia de género.

La violencia de género se refiere a la ejercida contra la mujer con la peculiaridad de utilizar la diferencia sexual para transformarla en dominación social. Este tipo de violencia se podrá producir en el ámbito doméstico (sea o no familiar en el sentido jurídico) o fuera de este ámbito (por medio de discriminaciones laborales, acoso en el trabajo, agresiones sexuales, trata de mujeres, etc.); por lo que respecta a la violencia doméstica se podrá producir contra las mujeres por el varón (en este caso será violencia de género), contra las personas dependientes, o incluso habrá situaciones de violencia del menor contra los padres o entre hermanos.

La ley define su objeto en su primer artículo, aclarando con ello el concepto de violencia de género al que se refiere. A tenor de lo dispuesto en este precepto «la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Como vemos, un concepto híbrido, a la par que limitado e incompleto. No es toda la violencia de género la que ampara esta norma, la fórmula legal deja fuera, en primer término, la violencia ejercida sobre las mujeres como manifestación de relaciones de poder por varones con los que no tienen lazos familiares o domésticos (caso de la violencia en el trabajo)¹⁸, y, en segundo lugar, la practicada por quienes teniendo con la mujer un vínculo familiar éste no es el propio de la relación de pareja, como ocurre con el padre o los hermanos. Por otra parte, el concepto expuesto tampoco se corresponde exactamente con el radio de acción de la violencia familiar o doméstica, sino tan sólo con una parte de ésta, por existir una limitación con respecto a los sujetos y por concurrir un elemento que podríamos llamar «expresivo»: que la violencia sea manifestación «de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»¹⁹.

La introducción de este último elemento puede plantear problemas prácticos, aunque entendemos que la literalidad del precepto parece presumir que toda agresión del hombre a la mujer expresa la histórica situación de dominio²⁰; en todo caso, al tratarse de una manifestación de la discriminación, la mera violencia ya se podría considerar indicio razonable de su existencia, a efectos de inversión de la carga de la prueba.

¹⁸ M. SERRANO ARGÜESO defiende este sentido amplio de la violencia de género, en «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004.

¹⁹ El texto definitivo de la ley corrige la exigencia del elemento intencional que parecía desprenderse de versiones precedentes del proyecto de ley, que hablaban de que la protección se produciría frente a esta forma de violencia cuando se utilizara «como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

²⁰ C. MOLINA NAVARRETE entiende que dicha presunción es *iuris et de iure* («Las dimensiones sociolaborales de la lucha contra la violencia de género. A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –BOE de 29 de diciembre–», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm 264, marzo 2005, pág. 27).

2.2. Exclusión de algunos sujetos objeto de violencia doméstica: varones y mujeres agredidas por otros familiares (hijos, padres, hermanos...).

La exposición de motivos de la Ley de protección integral declara que la ley pretende proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, ya que los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye «uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución». La respuesta global al problema consiste en el establecimiento de una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección (Título I de la ley), en la consagración de unos derechos de las mujeres víctimas de violencia de género (Título II), y en la regulación de una específica tutela institucional (Título III), penal (Título IV) y judicial (Título V).

Pues bien, que la ley maneje un concepto de violencia de género tan limitado como el que hemos visto, determinado por el sexo y por el tipo de relación existente entre agresor y víctima, obliga a prestar especial atención a la naturaleza de las medidas que se establecen. En tanto en cuanto sean simples ventajas legales que traten de corregir una situación desigual de partida, con objeto de conseguir la igualdad sustancial, serán legítimas jurídicamente²¹. Pero si entrasen dentro del terreno de la discriminación positiva, suponiendo el reconocimiento de un derecho a favor de un colectivo, mujeres, que ineludiblemente lleve aparejado el perjuicio inmediato y directo hacia los hombres, habría que considerarlas medidas excepcionales, aplicables con criterio restrictivo y conforme a un juicio especialmente estricto de proporcionalidad²².

No parece que sea éste el caso de las medidas laborales objeto de nuestro estudio, pues todas ellas son medidas de acción positiva, derechos reconocidos a las mujeres víctimas de violencia como sujetos que se encuentran en una situación de desigualdad de hecho por razón de su sexo²³. La crítica que en este ámbito podemos hacer a la limitación subjetiva de la ley no viene dada por no incluir la violencia ejercida sobre el varón, sino por excluir la ejercida sobre mujeres por varones con quienes no les une una relación de pareja. Desde nuestro punto de vista, si la violencia ejercida sobre la mujer es manifestación de la desigualdad, que la ley intenta combatir con medidas de acción positiva que por definición no suponen perjuicio para el otro sexo, no se entiende por qué deja fuera de la

²¹ «Cualquier ventaja legal otorgada a la mujer no es siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma» (STC 109/2003), «la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares a favor de la mujer que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positiva» (STC 28/1992).

²² «La discriminación positiva es el instrumento por el que se otorga un tratamiento más beneficioso a un colectivo específico que se halla en condiciones comparativamente inferiores al que se le supone homólogo, con objeto de lograr su igualdad. La discriminación positiva o inversa se caracteriza por dos elementos: a) La medida adoptada como diferenciadora no es simplemente desigualitaria, sino discriminatoria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares; b) La discriminación positiva o inversa se produce en una situación de especial escasez (v. gr. puestos de trabajo, viviendas, etc.), lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene forzosamente un claro y visible perjuicio para otras. La misma adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes». (M.A. PURCALLA BONILLA, «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2004).

²³ En el mismo sentido de que en cuanto a las medidas laborales de LOIVG no hay duda de inconstitucionalidad por el hecho de que se proteja sólo a las mujeres, J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2005, pág. 762.

protección a aquellas mujeres que sufran el mismo tipo de agresión en el seno de su familia, pero proveniente de un padre, hijo o hermano ²⁴. Estas mujeres también son objeto de una manifestación de la desigualdad, mediante el mismo tipo de comportamiento violento que puede utilizar el cónyuge o la pareja, y no se entiende que la norma no se ocupe de tutelarlas.

La exclusión del varón del concepto en lo relativo a la tutela penal contra los malos tratos es más discutible, puesto que se produce un agravamiento de las penas que no afecta a aquellos casos en que es la mujer la que ejerce el mismo tipo de violencia sobre el hombre. El informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al anteproyecto de ley se manifestó en este sentido, señalando «lo inapropiado de la discriminación positiva en lo penal y judicial» ²⁵ aunque, por no afectar al ámbito de nuestro estudio, que son las medidas laborales, no nos detendremos en la polémica.

2.3. Los términos utilizados en la normativa anterior.

La limitación del objeto de protección a los casos en que convergen el elemento discriminatorio por razón de género (no de sexo) y el elemento conyugal en sentido amplio, es novedosa, ya que ni el concepto ni el nombre «violencia de género» coinciden exactamente con los utilizados en la normativa anterior. Un somero repaso de los contenidos legales previos servirá para ratificar esta afirmación.

2.3.1. Normativa estatal.

A nivel estatal, es muy escasa la normativa existente. La primera referencia importante la encontramos en el Código Penal, reformado en esta materia por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuyo artículo 153 contempla expresamente la «violencia física en el ámbito familiar», referida a los casos en que el ofendido fuese tanto el cónyuge o pareja como otros familiares con los que se conviviese, mientras que el artículo 173 tipifica como «trato degradante» la violencia ejercida contra esos mismos sujetos ²⁶. Por tanto, vemos que el concepto nace en

²⁴ No son infrecuentes los casos de muerte de la mujer por malos tratos del hijo, como desgraciadamente comprobamos a través de los medios de comunicación.

²⁵ Informe del CGPJ, apartado IV.3.c. Si bien, con la oposición de la minoría, que en voto particular considera que las medidas de la ley «gozan de legitimidad constitucional en el marco de una situación social en la que con demasiada frecuencia la dignidad de las mujeres se ve seriamente cuestionada, medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres que cuentan con el respaldo de numerosas resoluciones internacionales, que han recibido ya en ocasiones el respaldo del Tribunal Constitucional y que son adecuadas y proporcionadas a la finalidad que las justifica» (Voto particular, I: Consideraciones generales de la ley de medidas contra la violencia sobre las mujeres).

²⁶ El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

nuestro ordenamiento vinculado al ámbito doméstico, referido tanto a hombres como a mujeres e incluyendo un amplio elenco de relaciones, algunas incluso no familiares. En la misma línea, el II Plan Nacional para la Inclusión Social del Reino de España 2003-2005 ²⁷ contiene una referencia al problema, señalando entre su decálogo de prioridades, como objetivo sexto, «intensificar las actuaciones contra la violencia doméstica». También han existido distintos Planes de Acción contra la Violencia Doméstica, que han tenido una visión de género de este tipo de violencia ²⁸.

Consciente el legislador de la gravedad social de un problema cada vez más extendido, y de la necesidad de darle un tratamiento integral, el 31 de julio de 2003 se aprueba la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica ²⁹. En su exposición de motivos señalaba que pretendía aunar las medidas cautelares penales sobre el agresor con otras medidas protectoras de orden civil y social que evitasen el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y diesen respuesta a su especial vulnerabilidad. La ley se refería a la protección de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal, por lo que el concepto de violencia doméstica que manejaba no adolecía de las limitaciones que criticamos ³⁰.

Meses más tarde, se aprueba la Ley 30/2003, de 13 de octubre, reguladora de las medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Esta norma, que se hace eco de las recomendaciones de la Conferencia de Pekín, establece la obligación de que tanto los proyectos de ley como los reglamentos vayan acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan. Es la primera vez que una normativa estatal se hace eco de esta terminología, incorporando a nuestro ordenamiento una medida que estaba en el horizonte de la Comisión de la Unión Europea.

El nuevo Gobierno surgido de las elecciones de marzo de 2004 se plantea como objetivo inmediato la lucha contra la violencia de género. En este sentido, una de las primeras medidas que adopta es la elaboración de un Plan de medidas urgentes para la prevención de la violencia de género, aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de mayo de 2004, que se configura como previo a la tramitación por vía parlamentaria del proyecto de Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género (LOIVG). Entre sus medidas se hacía referencia a la violencia de género contra alguna de las personas comprendidas en el 173.2 del Código Penal, sin que aparecieran las limitaciones subjetivas que más tarde incluiría la ley integral.

²⁷ Aprobado en Consejo de Ministros de 25 de julio de 2003.

²⁸ «La violencia contra las mujeres es un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones. Es la expresión de un orden social basado en la desigualdad, como consecuencia de la asignación de roles diferentes a los hombres y a las mujeres en función de su sexo, y con un reconocimiento distinto y superior para lo masculino. La violencia, manifestación de la desigualdad entre géneros, es la fórmula a la que recurren muchos hombres para dominar a las mujeres y mantener sus privilegios en el ámbito familiar, produciendo terribles efectos para las víctimas» (II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004).

²⁹ Con una tramitación paralela en el tiempo a la de la mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ya hablaba en su exposición de motivos del hecho de que el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance pluridisciplinar.

³⁰ Téngase en cuenta, no obstante, que esta ley había dado redacción inicial del 544 ter LECr., disponiendo en su artículo 2 que las personas acreedoras de esta orden de protección eran, como se ha dicho, las víctimas del tipo descrito en el artículo 153.2.º del Código Penal, pero que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, cambió esta remisión por una llamada al artículo 173.2.º del mismo cuerpo legal, al que aludiremos en su momento.

Por último, el Plan de Acción para el Empleo del Reino de España –2004–³¹ también contiene una referencia al tema, dentro de la Directriz 7: promover la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo y combatir la discriminación de que son objeto. En este sentido, se contempla el Programa de Inserción Laboral de Mujeres Víctimas de Violencia, concepto también más amplio que el analizado.

2.3.2. Normativa autonómica.

Al contrario de lo que ocurre a nivel estatal, la normativa autonómica es muy prolija en esta materia. Aunque tanto la cuestión penal como la laboral exceden de las competencias autonómicas, las Comunidades sí que han intentado dar solución al problema que plantea este tipo de violencia desde el punto de vista de la igualdad, utilizando los instrumentos a su alcance.

Varias Comunidades Autónomas han elaborado sus propias leyes de igualdad de oportunidades, en las que la violencia con connotaciones discriminatorias suele tener un tratamiento específico. Además, también existen leyes autonómicas de prevención de este tipo de violencia, e incluso se dictan disposiciones al respecto en los Planes Autonómicos de Igualdad de Oportunidades. La Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ejemplo, cuenta con la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León. Entre sus objetivos generales, recogidos en el artículo 2, se recoge el de «prevenir las situaciones de violencia contra la mujer», mientras que su artículo 23 regula una serie de medidas de acción positiva para la asistencia a la mujer maltratada o con necesidades especiales por razón de género.

La Ley 7/2004, de 16 de julio, del Parlamento de Galicia, llamada Ley para la igualdad de mujeres y hombres, regula en su Capítulo IV «la violencia contra las mujeres», estableciendo que la Xunta de Galicia se compromete a su erradicación. Por su parte, la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, del Parlamento de Navarra es la Ley de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, una norma excesivamente breve y que curiosamente no contiene ninguna referencia específica a la violencia o el maltrato. No ocurre lo mismo con la Ley valenciana, Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que sí se refiere a la violencia, aunque hablando indistintamente de violencia contra las mujeres y de violencia de género.

La más reciente es la Ley Vasca, Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Su Capítulo VII se dedica a la violencia contra las mujeres, definida como «acto violento por razón del sexo que resulte, o pueda resultar, en daño físico, sexual o psicológico o en el sufrimiento de la mujer», aunque más adelante establezca protección específica para las víctimas de maltrato doméstico, sin definirlo, aunque del texto de la ley parece configurarse como un subtipo dentro de la violencia contra las mujeres³².

³¹ Aprobado en octubre de 2004.

³² Además de incluirse en el Capítulo así denominado, habla de que se facilitará su conversión en «trabajadoras autónomas», por ejemplo.

Además, varias Comunidades Autónomas han elaborado disposiciones específicas contra este tipo de violencia, denominada generalmente «contra las mujeres»³³ o «sexista»³⁴. La Ley 16/2003, de 8 de abril, del Parlamento de Canarias, en cambio, se denomina Ley de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, con un ámbito de aplicación bastante amplio, por lo que su denominación es muy acertada. Clasifica las situaciones de violencia de género en situaciones de violencia doméstica, situaciones de violencia laboral y docente y situaciones de violencia social.

2.4. Conclusiones respecto al ámbito de aplicación de la ley.

Por todo lo expuesto, nos parece desacertado el término que utiliza la LOIVG, ya que no se corresponde con la limitada situación que protege, creando con ello unas expectativas que quedan después incumplidas. La ley habla de «*protección integral contra la violencia de género*», para luego configurar una serie de medidas protectoras frente a determinadas situaciones de violencia familiar contra la mujer, de manera mucho más restrictiva que los conceptos manejados tanto en la normativa internacional como en la propia normativa nacional y autonómica. Esta limitación quizás pueda tener algún sentido en orden a las medidas penales que se configuran, pero es difícilmente justificable en cuanto a las medidas laborales.

En todo caso, sería interesante que el legislador, tanto nacional como autonómico, fuese más riguroso con la terminología que utiliza, ya que tiende a confundir y considerar como sinónimas expresiones que tienen matices muy distintos, lo que trae como consecuencia la desaparición en la práctica de dichos matices.

3. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Como se sabe, la Ley Orgánica 1/2004 –de rango ordinario en lo que se refiere a los «derechos de las mujeres víctimas de violencia de género»– añade una nueva letra, la n), al artículo 45.1.º

³³ Decreto 29/2002, de 21 de febrero, Plan Regional contra la violencia hacia la mujer en Castilla y León, que a pesar de su nombre, habla en su texto indistintamente de violencia de género, doméstica y contra la mujer; Ley 1/2004, de 1 de abril, del Parlamento de Cantabria, Ley Integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas. Considera que la violencia contra las mujeres es violencia por razón de género y que no necesariamente tiene que estar vinculada a las relaciones familiares, conyugales o de pareja, da un concepto muy amplio de violencia de género, incluyendo cualesquiera actuaciones o conductas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad o integridad de la mujer; Orden de 2 de abril de 2004, del Departamento de Servicios Sociales y de Familia de Aragón, que da publicidad al acuerdo de 24 de febrero de 2004, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Plan integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón, que en su texto utiliza indistintamente el término violencia de género.

³⁴ Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, del Parlamento de Navarra, de Adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (entendiendo como tal a la que se basa en la superioridad de un sexo sobre otro).

del Estatuto de los Trabajadores, en la que se reconoce el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a suspender su contrato de trabajo, conteniéndose el régimen jurídico de esta suspensión en el también nuevo artículo 48.6.º del mismo cuerpo normativo. Se advierte ahora en este precepto que el contrato de trabajo podrá suspenderse por «*decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género*». De su aislado y rápido repaso podría deducirse que la decisión suspensiva depende únicamente de la voluntad de la trabajadora que ha sido víctima del tipo de violencia que la ley ampara, pero una lectura más sosegada, acompañada del análisis integral de la norma, desvela pronto la incorrección de este pensamiento.

Este derecho suspensivo, a tenor de lo dispuesto en este mismo precepto, se reserva a la trabajadora que teniendo la condición de «víctima de violencia de género», se ve «obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia» del acto violento padecido. Queda claro, así, que deben concurrir al menos tres circunstancias para que pueda juzgar esta causa de suspensión contractual, a saber: que se trate de una mujer –en el sentido ya visto en las líneas precedentes–, que sea «víctima de violencia de género», y que se vea obligada a suspender el contrato como consecuencia, precisamente, de esa condición personal. El primer requisito no requiere ahora mayor precisión, basta recordar que la Ley Orgánica 1/2004 protege a las mujeres frente a la violencia ejercida sobre ellas «por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»³⁵, pero no ocurre lo mismo con los otros dos requisitos señalados, que sí precisan de un análisis sosegado.

3.1. Acreditación de la condición de víctima de violencia de género.

Aunque el artículo 45.1 n) del Estatuto de los Trabajadores no lo recuerda expresamente –tampoco lo hace el art. 48.6.º– el acceso a este derecho, como al resto que aparecen en la nueva ley, no es automático, antes al contrario, sólo podrán ejercitarlo quienes *acrediten* su condición de víctimas de violencia de género. Así se advierte en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 cuando se señala que «las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección». Esta acreditación resulta pues, en principio, únicamente de la *orden de protección* –regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio, por la que se da redacción al art. 544 ter de la LECr., y en el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, ordenador del registro central para la protección de las

³⁵ Téngase en cuenta, en todo caso, que la violencia doméstica se produce especialmente contra la mujer: en la violencia sobre la pareja (78,3%), en la violencia contra menores (65% contra niñas y mujeres jóvenes) y en la violencia contra ascendientes (63% contra ancianas) [M. CALVO GARCÍA, «Análisis socio-jurídico de la violencia doméstica», *La Ley*, número especial sobre violencia doméstica, julio 2003, pág. 6].

víctimas de violencia doméstica—³⁶, y en su defecto, excepcionalmente, del informe del Ministerio Fiscal, aunque debe admitirse también el juego de la sentencia que pone fin al proceso en ciertas condiciones³⁷.

3.1.1. Razón de ser y alcance de la orden de protección.

Una de las singularidades más perversas de la violencia doméstica es que acontece en un marco íntimo, entendido éste en el sentido más amplio del término, referido tanto a que las agresiones suelen producirse en la privacidad del hogar, cuanto a la relación que une a la víctima con el agresor, que es la persona con la que convive o ha convivido o con la que aun sin convivir mantiene, o ha mantenido, una relación de afectividad, con la que en su caso comparte hijos, y de la que a menudo depende económica, social y/o afectivamente. Todos estos factores se convierten en una espada de Damocles que dificulta la denuncia de la agresión, con frecuencia silenciada o «invisibilizada»³⁸, con el consiguiente riesgo de reiteración³⁹. Esta situación de la víctima, que termina desarrollando una sorprendente capacidad de resistencia a la violencia, sólo puede combatirse con el diseño de mecanismos que efectivamente faciliten la denuncia, mediante la garantía del expeditivo alejamiento del agresor y la atención ágil, eficaz e integral de las necesidades económicas, sociales, civiles y físicas de la persona agredida⁴⁰.

La orden de protección supuso en su día un paso firme hacia la efectiva consecución de esa inmediata protección integral. Esta orden proporciona a la víctima de violencia doméstica —que a los efectos que a este estudio interesan alcanzará sólo a las mujeres— un estatuto integral de protección que comprende medidas cautelares de orden civil y penal, así como aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico (art. 544 ter. 5 LECr.), estatuto al que se accede mediante una actuación judicial especialmente sencilla y rápida⁴¹. De este modo una misma resolución judicial, evacuada en el marco de un proceso penal, contendrá tanto las medidas restricti-

³⁶ Normas a las que conviene anexionar el Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (Comisión de Seguimiento de la implantación de la orden de protección) y el modelo de solicitud de orden de protección del Ministerio de Justicia.

³⁷ En contra, entendiéndose que «no parece que dada la finalidad de tutela de la propia Orden, que su obtención o no, posea papel constitutivo alguno de una especie de estatuto de víctima protegible. La emisión de la Orden por el Juzgado competente sin duda simplificará las cosas en lo relativo a la prueba de la violencia de género, pero en la medida en que sea posible la prueba al margen de la intervención del Juez de Violencia sobre la Mujer debe admitirse esa prueba alternativa en el ámbito laboral, ante el empresario y ante el juzgado de lo social»: M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 38 y 39.

³⁸ J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *AL*, núm. 7, 2005, pág. 750.

³⁹ J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, pág. 39.

⁴⁰ M.A. BOLDOVA PASAMAR, y M.^a A. ARUEDA MARTÍN, «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», *La Ley*, núm. 6146, 14 de diciembre de 2004, págs. 1 a 5.

⁴¹ V. MAGRO SERVET, «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, 16 de diciembre de 2003, pág. 24; M.^a R. DOMÍNGUEZ AGUDO, «La Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica: "Un estatuto integral de protección"», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, 2004, págs. 20 a 32; V. MAGRO SERVET, «La reforma de la Ley de juicios rápidos 38/2002, de 24 de octubre, en la del Código Penal», *La Ley*, 6 de noviembre de 2003.

vas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

Obviamente, el Derecho penal parte de un principio básico, que no se desplaza siquiera en este caso, que es la actuación *a posteriori*, una vez producido el peligro o la lesión del bien jurídico protegido, con lo que la orden de protección será necesariamente una respuesta a un acto violento ya cometido ⁴². Esta resolución judicial se adopta, así, en el marco del proceso penal en el que se está conociendo de la falta o delito que supone el acto violento denunciado ⁴³, y con ella se pretende proporcionar una respuesta ágil a aquellas situaciones en las que, habiéndose producido un acto violento contra un miembro del grupo familiar, existe un riesgo de repetición. En otras palabras, la orden protege cautelarmente a la mujer durante la tramitación del proceso penal correspondiente, ofreciéndole un auxilio inmediato que elimina o al menos minimiza el riesgo de reiteración tan propio de estos actos delictivos, partiendo de la realidad innegable de que la víctima no puede esperar a que sea la sentencia que pone fin al proceso la que la aleje del agresor. Su espacio vital se corresponde, así, con el lapso temporal del proceso penal, dejando paso una vez culminado éste a la sentencia firme correspondiente, que contendrá, en caso de ser condenatoria, las medidas pertinentes, haciendo innecesaria, desde ese momento, la protección cautelar la presunta víctima.

Cada orden de protección está ligada al concreto proceso penal en cuya tramitación trae su causa, existiendo una única orden por víctima, de manera que si las circunstancias que determinaron su concesión inicial varían, ésta habrá de ser debidamente modificada, sin que pueda dictarse una nueva orden ⁴⁴. Ahora bien, el inicio de un proceso penal de este tipo no conlleva necesariamente la concesión de una orden de protección. Antes al contrario, el juzgador deberá examinar las circunstancias del caso y llegar a la convicción de que concurren indicios de la comisión del delito o falta denunciada y no meras sospechas (aparición de buen derecho) ⁴⁵, y, en caso afirmativo, de que existe un riesgo real de reiteración, un peligro para la víctima de que el acto violento se repita, y de que tal amenaza sólo puede desaparecer o mitigarse con la adopción de las medidas cautelares contenidas en la orden de protección (art. 544 ter. 6 LECr.) ⁴⁶. Si este juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro (situación objetiva de riesgo para la víctima), no es positivo el juez no podrá decretar orden de protección aun cuando existan indicios de que se ha cometido el delito ⁴⁷.

⁴² Sobre la dificultad desde el punto de vista de la protección que plantea la actuación a posteriori, J. DELGADO MARTÍN, «Soluciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Violencia Doméstica», *Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales II*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y el Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, págs. 43 y ss.

⁴³ En este sentido, J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 41; J. DE LAMO RUBIO, «La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio», *Actualidad Penal*, núm. 42, 2003, pág. 1.056.

⁴⁴ Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (Comisión de Seguimiento de la implantación de la orden de protección). Además, J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 45.

⁴⁵ J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., págs. 45 y 46.

⁴⁶ J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 41.

⁴⁷ Sobre el perfil del agresor, a efectos del juicio de peligrosidad, C. GANZENMÜLLER ROIG, J.F. ESCUDERO MORATALLA y J. FRIGOLA VALLINA, «La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica», *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999, págs. 343 y 344; J.J. CARRASCO GÓMEZ, «Psicopatología del maltratador doméstico», *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Ministerio de Justicia y el Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, pág. 116.

Desde el estricto punto de vista del contenido, la orden, como se ha insinuado, puede contener medidas cautelares tanto de tipo penal como civil. Entre las penales, la orden puede incluir medidas tales como la prisión provisional del presunto agresor (señalando el centro de internamiento), la prohibición de aproximación (indicando la distancia máxima a que se puede acercar el agresor, que suele oscilar entre los doscientos y trescientos metros), la restricción de lugares de residencia, la prohibición de comunicación (aclarando qué medios no puede utilizar), o la retirada al presunto agresor de los permisos de armas que pudiera tener (especificando cuáles)⁴⁸. Las civiles, por su parte, pueden referirse a cuestiones como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (especificando domicilio y persona a la que se le atribuye), la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos (especificando cada extremo), o el régimen de prestación de alimentos (concretando beneficiarios, plazos y cuantías)⁴⁹. Por descontado, cada una de las medidas adoptadas en la orden de protección deberá incluir la referencia precisa a la fecha de inicio y cese de la misma, teniendo en cuenta que si se produce una alteración sustancial de las circunstancias, la medida, su duración o su alcance pueden ser modificados por el juez.

Pero el contenido de la orden de protección no parece agotarse en las medidas propuestas. Como se ha insinuado ya, la normativa señala que el juez podrá también en el marco de la orden de protección determinar la aplicación de aquellas medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico cuya adopción facilite la protección integral de la víctima (art. 544 ter.5 LECr.). En este sentido, la orden supondrá que las distintas Administraciones públicas, estatales, autonómicas y locales, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, este instrumento puede abrir las puertas a ayudas económicas asistenciales, tales como la renta activa de inserción, que contribuyen a paliar la debilidad económica que el alejamiento del agresor puede ocasionar a la víctima⁵⁰.

⁴⁸ Sobre este punto, F.J. SOSPEDRA NAVAS, «Las reformas del Proceso Penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión Provisional y Orden de Protección. El Juicio de Faltas», *Estudios de Derecho Procesal*, enero, 2004, págs. 300 y ss.; A. CARRETERO SÁNCHEZ, «La violencia de Género: Análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación», *La Ley*, núm. 6023, 2004, págs. 1 y ss.

⁴⁹ Tales medidas se corresponderán con las llamadas medidas provisionales de los procesos matrimoniales a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil, y serán adoptadas «siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil». En este sentido, J.M. BUSTO LAGO, «Violencia doméstica: algunas respuestas desde el derecho civil (I y II)», *Revista de Derecho de Familia*, núms. 19 y 20, 2003, págs. 57 a 81 y 47 a 85; P. CEREZO GARCÍA VERDUGO, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 7.

⁵⁰ Vid. artículo 13 del Real Decreto 205/2005, de 25 de febrero, por el que se regula para el año 2005 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, en el que se dispone que «el devengo de la cuantía de la renta activa de inserción se iniciará transcurrido un período de un mes, destinado a iniciar la aplicación de las acciones de inserción laboral previstas en el artículo 8, contado desde la fecha de solicitud de admisión al programa, salvo en el caso de las víctimas de violencia de género que hayan obtenido del juez una orden de protección, que iniciarán el devengo de la cuantía de la renta a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa». Además, M. SERRANO ARGÜESO, «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *AS*, núm. 20, 2005; P. CEREZO GARCÍA-VERDUGO, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, núm. 5.871, 13 de octubre de 2003, págs. 69 y 71.

3.1.2. Actos delictivos cuya presunta comisión puede derivar en la concesión de una orden de protección.

Antes de concretar las reglas de tramitación, conviene hacer alguna precisión sobre los actos violentos cuya comisión puede determinar la concesión de una orden, y es que no cualquier agresión de la que sea objeto una mujer justifica la adopción de esta medida. En el artículo 544 ter.1 LECr. se advierte que se dictará orden de protección cuando existan una situación objetiva de riesgo para la víctima e indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2.º del Código Penal (al que dio nueva redacción la LO 11/2003, de 29 de septiembre) ⁵¹. Este precepto exige así la concurrencia de dos elementos diferenciados para que un acto delictivo pueda derivar en una orden de protección, a saber: un elemento subjetivo –acto violento cometido contra alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.º Código Penal– y uno objetivo –delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad–.

Respecto al primer elemento, conviene advertir que el artículo 173.2.º Código Penal describe un tipo delictivo concreto: el trato degradante ⁵², perpetrado contra el cónyuge o persona con la que está o ha estado ligada el agresor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, contra los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, contra los pupilos, o menores acogidos formalmente o de hecho, contra cualquier persona que *de facto* se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar, o contra las personas de especial vulnerabilidad por quienes las custodian o guardan en centros públicos o privados. Interpretado *a sensu contrario*, este catálogo de víctimas arroja un inventario de potenciales agresores, esto es: cónyuges, parejas de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos, tutores, guardadores, etc.

La comisión de un acto violento, que cubra el elemento objetivo al que a continuación haremos referencia, por alguna de estas personas puede dar lugar a la concesión de una orden de protección –si concurren el resto de requisitos: indicio de delito o falta y situación real de peligro– aun-

⁵¹ En la redacción inicial del 544 ter LECr., según disponía el artículo 2 de la Ley 27/2003, Reguladora de la Orden de Protección, las personas acreedoras de esta orden eran las víctimas del tipo descrito en el artículo 153.2.º del Código Penal. Fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, la que cambió esta remisión por una llamada al artículo 173.2.º del mismo cuerpo legal.

⁵² De conformidad con lo dispuesto en este precepto «el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

que el delito en cuestión no sea el del artículo 173.2.º Código Penal, ahora bien, la conjunción de este precepto con el artículo 1 de la LOIVG lleva a la necesaria conclusión de que la orden de protección que aquí interesa –la que habilita para el ejercicio de los derechos laborales de la LOIVG–, es la que se concede a la mujer trabajadora víctima de un acto violento cometido por su cónyuge o por la persona a la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia (llamada del Código Penal que coincide con la del art. 1 de la LOIVG: «violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»).

Desde el punto de vista objetivo, el acto delictivo cometido por esa persona habrá de constituir un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, sin que, como se ha dicho, tenga que ser necesariamente el del comentado artículo 173.2.º del Código Penal, que, entre otras cosas, exige «habitualidad» en la conducta lesiva («el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica...») ⁵³. Antes al contrario, podrá beneficiarse de una orden de protección, a los efectos que aquí interesan, cualquier mujer que sea objeto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, siempre que la agresión proceda de alguna de las personas expuestas, con independencia de cuál sea el tipo penal concreto en el que encaje esa conducta. Esta modalidad de acto violento coincide con muchos y variados tipos penales contenidos en el Código Penal, algunos específicos, como el de violencia física en el ámbito familiar (art. 153) ⁵⁴; el de lesiones contra la mujer cónyuge o pareja de hecho, con o sin convivencia (art. 148.4.º, en vigor el 29 de junio de 2005); el de amenazas contra la mujer cónyuge o pareja de hecho, con o sin convivencia (art. 169.4.º y 5.º, en

⁵³ Sobre esta exigencia, A. DEL MORAL GARCÍA, «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», *Manuales de Formación Continua. Delitos contra las personas*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 335 y ss.; A. DEL MORAL GARCÍA, «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar: Aspectos sustantivos», VV.AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. Violencia habitual en el ámbito familiar*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000; M.J. DEL LAGO, «Violencia doméstica habitual: Mitos y realidades», *La Ley*, 5 de mayo de 2000; L. GRACIA MARTÍN, «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, 1996; J. MORENO VERDEJO, «El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código Penal: Aspectos procesales y sustantivos», VV.AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. Violencia habitual en el ámbito familiar*, op. cit.

⁵⁴ Vid. Auto del Tribunal Constitucional 233/2004, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sobre los delitos de lesiones relacionados con la violencia doméstica y su no vulneración del principio de proporcionalidad penal. Téngase en cuenta que este precepto ha sido modificado por la LOIVG, (art. 37), pero esta modificación no entrará en vigor hasta el 29 de junio de 2005. Sobre la actual redacción, B. del ROSAL BLASCO, «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, Volumen 1.º, Edersa, Madrid, 1992; B. del ROSAL BLASCO, «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 161 y ss.; E.B. MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «El delito de malos tratos en el ámbito familiar: Un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco», VV.AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. El maltrato familiar en el derecho comparado*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001; M. ALCALDE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; E. COTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000; J. CUELLO CONTRERAS, «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», *Poder Judicial*, núm. 32, 1993, págs. 16 y ss.

vigor el 29 de junio de 2005)⁵⁵; el de coacción en los mismos términos (art. 172.2.º, en vigor el 29 de junio de 2005); el de vejaciones leves (art. 620.2.º cuya nueva redacción entró en vigor el 29 de junio de 2005), etc.⁵⁶; y otros generales –además de los específicos citados en su redacción anterior (más general) hasta la entrada en vigor de los retocados por la Ley 1/2004–.

3.1.3. Tramitación de la orden de protección: órgano competente, solicitud y duración.

La tramitación de la orden de protección responde, sin fisuras, a los principios de simplicidad, celeridad y oralidad, precisos para garantizar su eficacia. Así, en primer término, la solicitud se formaliza en un formulario normalizado, aprobado en su día por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, de cumplimentación extraordinariamente sencilla, con preguntas directas y claras. En segundo lugar, la solicitud no tiene que ser presentada necesariamente por la persona agredida, la ley legitima para esta petición además de a la víctima a las personas que tengan con ella alguna de las relaciones del artículo 173.2.º Código Penal (cónyuge, pareja de hecho, medie o no convivencia, descendientes, ascendientes, hermanos, tutores, curadores, guardadores de hecho, y cualesquiera personas integradas en el núcleo de convivencia familiar), y al Ministerio Fiscal, además de la posibilidad de que el juez decida de oficio su concesión.

En tercer lugar, la ley facilita el acceso a esta orden elaborando un dilatado catálogo de organismos competentes para la recepción de la solicitud: autoridad judicial, Ministerio Fiscal, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Oficinas de Atención a la Víctima, servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, y Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados⁵⁷. Presentada la solicitud ante alguno de estos órganos, éste, de no ser el juez competente, la remitirá «de forma inmediata» al juzgado correspondiente para la tramitación del proceso penal que corresponda.

Respecto a la competencia judicial, conviene recordar que el Título V de la LOIVG prevé la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, optando así por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, en lugar de por la creación de un orden

⁵⁵ C. REQUEJO CONDE, «Reflexiones sobre el concepto de omisión en el delito de amenazas (especial consideración al ámbito de la violencia doméstica)», *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003, págs. 449 a 465.

⁵⁶ P.J. HERNÁNDEZ GALLEGO, «Tipos penales de violencia doméstica», VV.AA., *Violencia en el ámbito familiar. Violencia doméstica*, Madrid, 2001; J. DELGADO MARTÍN, *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001.

⁵⁷ Lógicamente esta amplitud de organismos receptores contribuye en enorme medida a que la víctima solicite la orden –inicie el proceso penal–, al no sentir la «coacción implícita» que la interposición directa ante los tribunales puede generarle. Por lo demás, el Protocolo General para la Implantación de la Orden entiende que resulta razonable que «la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial, y ello por las siguientes razones: la Policía Judicial realizará el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos, determinando una anticipación de la práctica de las necesarias investigaciones en las que se basará en su caso la decisión del Juez, quien contará con mayores elementos para fundamentar el auto; y se concilia este instrumento con la tramitación de los "juicios rápidos" contemplados por la Ley 38/2002, que necesariamente deben iniciarse mediante atestado (argumento *ex art. 795 LECr.*)».

jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles⁵⁸. Este título de la ley entró en vigor el 29 de junio de 2005 (disp. final séptima de la ley)⁵⁹, de manera que hasta esa fecha conocieron de los procesos penales de violencia de género⁶⁰, y por tanto de las órdenes de protección para mujeres, los juzgados de instrucción competentes en función del territorio, sin perjuicio de la intervención que correspondiese a los juzgados de guardia⁶¹.

Una vez recibida la solicitud en el juzgado (generalmente el de instrucción en funciones de guardia), éste convocará a una audiencia oral urgente al Ministerio Fiscal, a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor. Todas las actuaciones procesales se concentrarán en este

-
- ⁵⁸ Sobre el régimen de funcionamiento de estos Juzgados, J.A. TORO PEÑA, A. RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, E. NAVARRO MIRANDA, A. VELÁZQUEZ MARTÍN, *Los juzgados de violencia contra la mujer*, Dykinson, Madrid, 2005; P. GONZÁLEZ GRANDA, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Diario La Ley*, núm. 6214, 21 de marzo de 2005, págs. 10 y ss.; J. DELGADO MARTÍN, «Los juzgados de violencia sobre la mujer», *Diario La Ley*, núm. 6279, 22 de junio de 2005. Además, el Acuerdo de 25 de mayo de 2005, del Pleno del CGPJ para que las secciones penales o mixtas de la Audiencias Provinciales asuman con carácter exclusivo el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer, y el Acuerdo de 22 de junio de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, complementario del adoptado el 27 de abril de 2005, de compatibilización del conocimiento con carácter exclusivo de la materia relativa a la violencia sobre la mujer con el resto de las materias correspondientes al orden civil y penal en determinados Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción.
- ⁵⁹ En todo caso, el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005, a los efectos de la constitución y adaptación escalonada de estos juzgados.
- ⁶⁰ Orden/JUS/1037/2005, de 19 de abril, por la que se dispone la fecha de entrada en funcionamiento (29 de junio) de los primeros juzgados de violencia sobre la mujer, que la norma enumera.
- ⁶¹ Téngase en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, en la redacción dada al mismo por el Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, de reforma de esta norma «constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la LECr., la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la LECr. atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», disponiendo el apartado cuarto de este precepto que «También será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al imputado»; y el artículo 47 que «A los efectos de lo establecido en los artículos 796, 799 bis y 962 de la LECr., la asignación de espacios temporales para aquellas citaciones que la Policía Judicial realice ante los Juzgados de guardia y Juzgados de Violencia sobre la Mujer se realizará a través de una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en dichos Juzgados para esta finalidad. Tratándose de Juzgados de Violencia sobre la Mujer las franjas horarias que se reserven comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo». Sobre la competencia judicial, V. MAGRO SERVET, «La Instrucción 3/2003 de 9 de abril del CGPJ sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia domestica», *La Ley*, núm. 5784, 20 de mayo de 2003.

acto procesal de audiencia, que deberá celebrarse, con carácter general, durante el servicio de guardia; y en cualquier caso, cuando esto no fuese posible en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud, en este caso ya ante el juez de instrucción correspondiente (a partir del 29 de junio, ante los juzgados de violencia sobre las mujeres)⁶². Para el desarrollo de esta audiencia el juez adoptará las medidas precisas para la protección de las víctimas y, en concreto, para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, disponiendo en su caso que la audiencia se realice por separado. Celebrada la audiencia, el Juez de guardia, o el de instrucción (en su día el de violencia sobre las mujeres) competente si la audiencia no ha podido realizarse ante aquél, resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore, que serán las que estime de oficio, las que le proponga el Ministerio Fiscal y/o las que solicite la víctima, entre las que, como veremos, podrán estar algunas medidas laborales⁶³.

Adoptada la orden y precisado su contenido, y el alcance y duración de las medidas que contiene, será ésta notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. Toman, así, conocimiento de la orden –y de su contenido– las partes, el Ministerio Fiscal, y la víctima (recuérdese que la orden de protección no tiene que ser necesariamente solicitada por la víctima), siendo conveniente también su comunicación a la Oficina de Atención a la Víctima, y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por su ajustado cumplimiento⁶⁴. Seguidamente el juez deberá ordenar la inscripción de la orden de protección en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica⁶⁵, regulado por Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo (modificado por RD 513/2005, de 9 de mayo), en el que también se anotarán las penas, medidas de seguridad impuestas por sentencia firme, los procedimientos de tramitación, las medidas cautelares, las sustituciones de penas, las suspensiones de la ejecución de la pena, y en general cuanto pueda interesar a la protección de la víctima⁶⁶.

⁶² J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., págs. 46 y 47.

⁶³ Recuérdese en este sentido que el juez puede adoptar cuantas medidas penales resulten necesarias para la adecuada protección de la víctima, y también las civiles que procedan cuando existan hijos menores o incapaces, sin perjuicio de la competencia que corresponda a los juzgados de primera instancia en materia de procesos familiares. Téngase en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 544 ter. 7 LECr., las medidas civiles deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas, cuyo potencial contenido ya hemos relatado, tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

⁶⁴ Vid. en este sentido, el Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil en materia de órdenes de protección.

⁶⁵ La comunicación de los datos al registro la llevará acabo el secretario judicial en las 24 horas siguientes a la adopción de la orden de protección (art. 6.1.º RD 355/2004).

⁶⁶ Sobre este Registro, véase E. LÓPEZ LÓPEZ, «Consideraciones sobre el Registro Nacional para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica», *La Ley*, número especial sobre Violencia Doméstica, julio 2003, pág. 8; V. MAGRO SERVET, «La Instrucción 3/2003 de 9 de abril del CGPJ sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica», *La Ley*, 20 de mayo de 2003; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Violencia de género», *AC (Aranzadi Civil)*, núm. 4, 2004, págs. 9 y ss.

Recuérdese, en todo caso, la vocación transitoria de la orden, cuyo espacio vital queda circunscrito al tiempo que dura la tramitación del procedimiento penal correspondiente, en cuanto éste, concluye la orden de protección, deja paso a la sentencia, en la que se concretarán las medidas a adoptar contra el agresor y a favor de la víctima. Se ha dicho ya que esta medida parte de la protección inmediata frente a futuras agresiones de la mujer que presuntamente ha sido víctima de un acto violento por parte de su cónyuge, pareja de hecho, o persona con la que sin convivir mantiene o ha mantenido análoga relación de afectividad. Es, en suma, un instrumento de urgencia con el que se permite al juez «adelantar» las medidas contra el agresor, sin necesidad de esperar a la sentencia que pone fin al proceso penal, con el fin de evitar que la víctima vuelva a ser objeto de un acto violento, teniendo en cuenta que las circunstancias del caso hacen pensar que existe un riesgo objetivo y real de reiteración en la agresión ⁶⁷.

3.1.4. El juego excepcional del informe del Ministerio Fiscal.

Tal como se ha insinuado al comienzo de este apartado, el artículo 23 de la LOIVG admite como título acreditativo de la condición de víctima de violencia de género, en provisional sustitución de la orden de protección, el informe del Ministerio Fiscal en el que conste la existencia de indicios de que la mujer ha sido víctima de violencia de género. Para entender el alcance de esta previsión es preciso tener en cuenta que la LOIVG prevé, en relación con diversas cuestiones, y durante momentos diferentes del proceso, la intervención del Ministerio Fiscal, tanto en los procedimientos penales por hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia de Género, como en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

Antes de aclarar en cuáles de estas actuaciones el informe del Ministerio Público puede sustituir a la orden de protección con los citados fines acreditativos, es preciso insistir en que su entrada a estos efectos es claramente excepcional, en el bien entendido que tiene como única finalidad cubrir el lapso temporal que pudiera quedar entre el conocimiento por el Fiscal de la existencia de un acto presunto de violencia de género y la concesión de la orden de protección. En otras palabras, la orden de protección hace las veces de documento provisional –funciona durante la tramitación del proceso penal– de certificación de la condición de víctima de violencia de género hasta que se dicte, en su caso, la sentencia de condena del agresor y de definitiva certificación de esa condición de la víctima; el informe del Ministerio Público, por su parte, cumple esa función acreditativa hasta que se apruebe la orden de protección correspondiente, dando entrada a los derechos cuyo ejercicio resulte tan urgente para la efectiva protección de la mujer que no pueda esperarse a la concesión de la

⁶⁷ Lo que por lo demás hace que buena parte de los procesos en este ámbito, de los que serían competentes a su entrada en funcionamiento los jueces de violencia sobre la mujer, sean en realidad tramitados por los cauces de los juicios rápidos por delito o falta por los juzgados de instrucción en funciones de guardia. A este inconveniente se refiere el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica elaborado por el CGPJ.

citada orden ⁶⁸. Por descontado, en el momento en que esta orden se dicte será ésta la que acredite la condición de víctima de la mujer, debiendo entenderse que si la solicitud de orden de protección es rechazada por el juez la mujer no podrá desde ese momento ejercitar los derechos a los que había provisionalmente accedido con el informe del Ministerio Fiscal ⁶⁹.

Por lo demás, en primer lugar, el informe del Ministerio Fiscal puede funcionar como documento acreditativo en los términos expuestos en el marco de un procedimiento civil, en el que el citado Ministerio tenga noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección. En estas circunstancias, el artículo 49.bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción dada al mismo por el artículo 57 LOIVG, señala que el juez deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el juzgado de violencia sobre la mujer que resulte competente (a partir del 29 de junio de 2005, fecha de entrada en vigor de esta previsión). Si adopta alguna de estas medidas, esa decisión servirá como documento acreditativo a efectos del ejercicio de los derechos laborales hasta que el juez competente conceda la orden de protección.

En segundo lugar, en tanto que iniciado el proceso penal correspondiente la concesión de la orden de protección debe venir precedida de la audiencia oral urgente al Ministerio Fiscal, a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, en los términos ya vistos, cabe pensar que si la postura de aquel Ministerio es favorable a la concesión de la orden, en el breve lapso temporal que transcurra hasta la efectiva concesión de ésta, tal informe podrá abrir las puertas al ejercicio por la mujer de los derechos correspondientes, precisos para hacer efectiva su protección. Por lo mismo, si se presenta la solicitud de orden de protección ante la Fiscalía y ésta la remite al juez competente con indicación de que efectivamente hay indicios de delito o falta de violencia de género, esa consideración podrá hacer las veces de documento acreditativo provisional.

En estos trámites no se advierte de que el Ministerio Público tenga que evacuar un «informe» en el sentido más estricto del término, con lo que la alusión que en el artículo 23 se hace a dicho informe –al que también se refiere la norma de Seguridad Social a efectos de la acreditación de la

⁶⁸ En este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...», loc. cit., págs. 92 y 93.

⁶⁹ Huelga decir, también, que este informe del Ministerio Público, en tanto que presupone la existencia de indicios de un acto delictivo del género aquí estudiado, supondrá la automática puesta en marcha del procedimiento penal correspondiente para la solicitud de la orden de protección, que ya vimos puede demandar no sólo la víctima. Nótese que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.2.º LOIVG, «en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción».

situación legal de desempleo— debe entenderse hecha a la mera opinión favorable de la existencia de indicios de la comisión de un acto delictivo y del riesgo de reiteración vertida en el marco del proceso civil o penal correspondiente.

3.2. Decisión suspensiva forzada por las circunstancias.

La acreditación de la condición de víctima de violencia de género no basta *per se* para que la mujer pueda suspender su contrato de trabajo por esta causa. Antes al contrario, como ya se advirtió en su momento, el nuevo artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores exige que la trabajadora se «vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género» para que la decisión suspensiva produzca efectos. La exigüidad de la fórmula legal genera toda una serie de dudas sobre las condiciones que deben concurrir, además de la estudiada *ut supra*, para que pueda acontecer esta suspensión, dudas que se intentan solventar en las líneas que a continuación se exponen.

3.2.1. La «decisión» suspensiva: ¿voluntad de la trabajadora o determinación judicial?

La primera pregunta que irremediamente resulta de la lectura del artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores es si la llamada que hace en su primera línea a la decisión de la trabajadora debe considerarse suficiente para la suspensión o si, por el contrario, ésta debe acompañarse de alguna declaración del juez que ha concedido la orden de protección o del Fiscal que ha emitido, en los términos vistos, el informe. En otras palabras, para que la trabajadora pueda suspender su contrato ¿es preciso que la orden de protección o el informe del Fiscal adviertan de la conveniencia de esta medida laboral? Para dar respuesta a este interrogante conviene comenzar recordando que además de medidas civiles y penales, la normativa señala que el juez podrá en el marco de la orden de protección determinar la aplicación de aquellas medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico cuya adopción facilite la protección integral de la víctima (art. 544 ter.5 LECr.).

Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, esta previsión se había entendido en el sentido de que la ley (reguladora de la orden de protección) no habilitaba al juez para ordenar medidas sociales, sino que éste debía poner la orden en conocimiento de las autoridades competentes para que fuesen éstas las que, en función de cada necesidad, adoptase las medidas pertinentes de seguridad o asistencia social, sanitaria, jurídica, psicológica, etc., de oficio o a solicitud de la víctima, teniendo en cuenta que como se advertía «la orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública»⁷⁰. No obstante, con la llamada que se hace ahora expresamente al juez en

⁷⁰ P. CEREZO GARCÍA-VERDUGO, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 3 (título de actuación de las Administraciones públicas correspondientes); J. DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 45.

el artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la prórroga de la suspensión (más allá de los seis meses iniciales) parece evidente que, al menos respecto de esta prórroga, la decisión corresponde al órgano judicial, que podrá adoptar esta medida a instancia de la víctima.

Ahora bien, esto no significa que la suspensión contractual sólo sea posible si la orden judicial hace mención a ella como una de las medidas de protección integral de la víctima. La fórmula del artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores –«la decisión de la trabajadora...»– combinada con el sentido mismo de la orden de protección –adopción de medidas cautelares de urgencia para la eficaz protección de la víctima–, obligan a concluir que la intervención judicial queda circunscrita a la prórroga. La decisión suspensiva inicial corresponde en exclusiva a la trabajadora, siempre, por descontado, que acredite su condición de víctima de violencia de género, y certifique la necesidad de esta medida para garantizar su efectiva protección ⁷¹, teniendo ésta, como se verá, una duración máxima de seis meses. Si superado ese plazo la trabajadora entiende que su efectiva protección depende del mantenimiento de la suspensión, deberá requerir del juez la inclusión de esta medida en la orden de protección, con la consiguiente reforma de aquélla si no contenía previsión en este sentido (recordemos que sólo podrá existir una orden por víctima, adaptándola en su caso a las circunstancias nuevas o alteradas).

Ante esta solicitud, el juez decidirá, en función de las circunstancias concurrentes en el proceso del que continúa conociendo (estado de la víctima, nivel de riesgo e incidencia de la suspensión en la rebaja o desaparición del peligro real que padece la mujer), si procede la ampliación de la suspensión, pudiendo en caso de mostrarse favorable prorrogarla por períodos de tres meses, sin que el tiempo total de suspensión pueda ser superior a dieciocho meses. El juez competente no será el del orden social sino el de violencia sobre las mujeres desde el 29 de junio de 2005 ⁷². Su decisión, la del juez, vinculará al empresario, que deberá permitir que la suspensión contractual se mantenga en los mismos términos, esto es: con reserva del puesto de trabajo de la trabajadora ⁷³.

⁷¹ Parecen entenderlo así también, aunque no lo afirman expresamente, I. GARCÍA NINET, «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)», *Tribuna Social*, núm. 170, 2005, pág. 8; A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de Protección Integral..."», loc. cit., pág. 58.

⁷² En este sentido, A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de Protección Integral..."», loc. cit., pág. 58; C. MOLINA NAVARRETE, «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 264, 2005, pág. 37. También, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 39, que entiende que la decisión corresponde al «juez competente –que no es el de lo social– a la vista del desarrollo de las actuaciones judiciales y a solicitud de la víctima o de las personas e instituciones que tengan legitimación al respecto en el curso de los procedimientos» (pág. 40), y que añade que «el juez de lo social, que no es el juez del conflicto de familia, obviamente no tiene papel alguno que jugar en estos casos, digamos constitutivos de la prórroga de la suspensión, por eso no está prevista su intervención en modo alguno» (pág. 41).

⁷³ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 42) entiende que el empresario, en tanto que parte afectada por la decisión judicial de prórroga, tiene que ser oído en el proceso. Advertencia que tiene pleno sentido, si bien esta intervención no viene prevista en la norma ni directa ni indirectamente y plantea cierta dificultad la alegación, como hace la autora, del artículo 68 de la Ley Orgánica 1/2004, que se refiere al necesario respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa, para dar entrada al empresario pues este precepto alude al auto judicial motivado para la adopción de «medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo», que son las medidas que pueden adoptarse contra el inculpaado.

Esta intervención judicial no plantea ningún problema cuando en ese tiempo máximo –dieciocho meses– no se ha evacuado sentencia condenatoria, pues mientras ésta no exista será la orden de protección –modificada en su caso según las circunstancias concurrentes– la que proporcione a la víctima las medidas cautelares precisas para su efectiva protección. Pero no ocurre lo mismo cuando en ese lapso temporal se dicta la comentada sentencia. No olvidemos, en este sentido, que la acreditación de la condición de víctima de violencia de género resulta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de la orden de protección y excepcionalmente del informe favorable del Ministerio Fiscal. Este precepto silencia cualquier mención a la sentencia condenatoria como título acreditativo de la condición de víctima, con lo que parece que la protección para la que está pensando la ley es sólo la provisional hasta que medie condena.

Esta tesis aparentemente se confirma con la fórmula del artículo 48.6.º del Estatuto de los Trabajadores, que al referirse a la duración de la suspensión precisa que ésta no excederá de seis meses, «salvo que *de las actuaciones de tutela judicial* resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión», dejando claro que el proceso continúa abierto, tramitándose en el marco del mismo la decisión de prorrogar la suspensión⁷⁴. Lo mismo puede decirse de la indicación hecha en la norma a la «*continuidad* de la suspensión», con la que parece descartarse la posibilidad de solicitar la prórroga de la suspensión fuera del radio de acción de la orden de protección con la que se ha dado entrada a la suspensión inicial. Parece, de este modo, que la conclusión del proceso penal correspondiente cierra las puertas al ejercicio de los derechos contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, impidiendo, por lo que aquí interesa, que la trabajadora continúe con la suspensión contractual.

Sin embargo, esta solución sólo tiene lógica cuando la sentencia que pone fin al proceso penal pendiente contiene las medidas definitivas de sanción del agresor que garantizan la protección de la víctima, que provisionalmente se cubrían con los derechos de la LOIVG, y la suspensión contractual no respondía a necesidades de asistencia social integral mantenidas tras la resolución judicial. En esos casos (protección de la víctima cubierta con el contenido de la resolución judicial), la sentencia condenatoria dará fe de la condición de víctima de la trabajadora, certificándola definitivamente, en lugar de presumirla como hacía la orden de protección, y podrá alegarse a efectos de beneficios sociales, asistenciales, en materia de fomento del empleo, etc., pero no servirá como título habilitante para la suspensión contractual porque las medidas que contiene harán innecesaria ya la tuición que pretendía garantizarse con la suspensión⁷⁵. Es más, la evacuación de una resolución judicial con esos términos podrá incluso poner fin a la suspensión que venía disfrutando la víctima si

⁷⁴ Sobre el carácter cautelar de esta prórroga, y por lo tanto el mantenimiento del proceso judicial, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 41.

⁷⁵ Piénsese por ejemplo en la suspensión contractual como mecanismo de alejamiento provisional de la víctima del agresor, protección provisional o cautelar que deja de estar justificada cuando finaliza el proceso penal, en tanto que si la sentencia es condenatoria contendrá las medidas de alejamiento precisas para la protección de la víctima (privación de libertad del agresor o al menos prohibición de acercamiento a la mujer); y si es absolutoria la trabajadora perderá la condición provisional de víctima de violencia de género que se le había reconocido en la orden de protección, y que le permitía ejercitar este derecho.

con ella desaparece la causa que la justificaba (la trabajadora se había visto obligada a suspender su actividad para alejarse del agresor y la sentencia condenatoria la aparta definitivamente –no de forma provisional– de él).

Pero no puede ocurrir lo mismo cuando la protección integral de la víctima no se garantiza con el contenido de la sentencia condenatoria. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que la razón de la suspensión es la especial situación física o psíquica en la que ha quedado la víctima como consecuencia de la agresión, que requiere tratamiento o asesoramiento (asistencia social), y que se mantiene tras la sentencia condenatoria. En estos casos tiene sentido entender que mientras estas circunstancias persistan podrá la trabajadora disfrutar de este derecho laboral específicamente diseñado para la tutela de las mujeres víctimas de violencia doméstica, condición que desde la sentencia tiene acreditada de forma definitiva. Este disfrute podrá consistir en la continuidad en el ejercicio del derecho ya activado, en la activación *ex novo* del derecho, o en su sustitución por otro de los derechos laborales previstos en la norma, por ejemplo, porque hubiese pedido la suspensión del contrato y con el internamiento en prisión del agresor le baste con reordenar su tiempo de trabajo para recibir el apoyo social que requiere.

3.2.2. El carácter «forzado» de la suspensión.

Tal como se advertía en las líneas precedentes, para el ejercicio de este derecho no basta con que la trabajadora acredite su condición de víctima de violencia de género, es necesario además que justifique su oportunidad, lo que requiere la concurrencia de una doble circunstancia, la subsidiariedad y la necesidad de la medida. Esta segunda exigencia se refiere a las razones que pueden avalar el ejercicio de estos derechos: protección y derecho a la asistencia social integral de la trabajadora. La primera exigencia, por su parte, tiene, a su vez, una doble traducción, a saber: que no sea posible garantizar la tutela integral de la trabajadora sin incidir en el contrato de trabajo (es decir, que las condiciones de víctima y de trabajadora en los términos actuales no sean compatibles), y que la suspensión sea, de entre todas las medidas que podrían facilitar la efectiva protección o el derecho a la asistencia social integral de la víctima, la que mejor se ajusta a sus intereses y necesidades.

La referencia legal al obligado «abandono del puesto de trabajo» hecha para la suspensión (también para la movilidad y para la extinción protegida) evoca, sin duda, una alternativa extrema: sólo si no es posible congeniar la prestación de servicios con la protección y los derechos de la víctima ésta podrá suspender el contrato, porque sólo en ese caso se verá obligada a abandonar su actividad. Lógicamente esto supone descartar, por las circunstancias, que la tuición de la trabajadora quede suficientemente garantizada con un ajuste horario o con una reducción de su jornada. Sucede, así, que las medidas con mayor repercusión en el contrato de trabajo, como la suspensión, entrarán subsidiariamente, cuando la de menor incidencia –reordenación del tiempo de trabajo– no baste para la efectiva protección de la trabajadora o para atender a sus necesidades de asistencia social integral.

Estricta relación de subsidiariedad que es difícil predicar del juego de la suspensión y la movilidad geográfica, en ambos casos la norma alude al obligado abandono del puesto de trabajo –para

la suspensión se refiere al abandono de «su puesto de trabajo», para la movilidad al abandono de «el puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando servicios»–, lo que presupone la inexistencia de otro modo de tutelar eficazmente los intereses de la trabajadora, pero en tanto que la segunda medida impone un cambio de lugar de prestación de servicios, que puede requerir mutación en el lugar de residencia, y que además está condicionada a la existencia de una vacante en ese otro lugar de un puesto de igual o equivalente categoría, no parece desacertado dejar en manos de la propia trabajadora la elección entre una y otra medida, sin condicionar el derecho a la suspensión a la imposibilidad de conseguir un puesto equivalente en otra localidad ⁷⁶.

En todo caso, la valoración, la inicial al menos, de la necesidad de abandonar el puesto de trabajo corresponde a la mujer, que informará al empresario de la decisión adoptada sin que la norma le imponga ninguna formalidad especial a tal efecto, salvo la acreditación de la condición de víctima de violencia de género y la certificación de la oportunidad de la medida ⁷⁷. Si decide suspender el contrato y concurren las circunstancias expuestas el empresario quedará vinculado por la decisión de la trabajadora, sin que tenga que «autorizar» la medida ⁷⁸, correspondiendo a los tribunales solventar posibles discrepancias sobre la conveniencia de la suspensión o la duración decidida por la mujer ⁷⁹. Siempre teniendo en cuenta que la suspensión tendrá una duración inicial máxima de seis meses, transcurridos los cuales el mantenimiento de la medida sólo podrá acordarse judicialmente.

El segundo factor comentado –«como consecuencia de ser víctima de violencia de género»– remite, como decíamos, a la causa que justifica la decisión suspensiva. La variedad de causas justificativas es sin duda amplísima, no obstante, bien pueden clasificarse en tres grupos. En primer lugar, puede tratarse de causas relacionadas con la necesidad de la víctima de alejarse o evitar al agresor, por ejemplo, porque éste trabaja en la misma empresa, o trabaja o reside en un lugar próximo al centro de trabajo en el que presta servicios la víctima, etc. Lógicamente para que concurren estas causas será preciso que esta necesidad no haya quedado suficientemente cubierta con las medidas previstas

⁷⁶ En este sentido, criticando una interpretación diferente, J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género...», loc. cit., pág. 752. Indirectamente, A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de Protección Integral..."» loc. cit., pág. 58 («puede decidir, en lugar de la facilidad anterior [movilidad geográfica], la suspensión del contrato de trabajo»). Lo mismo puede decirse respecto a la decisión extintiva, aunque la ley parece configurar esta medida como la última *ratio* presuponiendo la suspensión previa, parece más razonable proporcionar a la mujer cierto margen de maniobra en cuanto a la estrategia de autodefensa que prefiere desplegar. En este sentido, C. MOLINA NAVARRETE, «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"...», loc. cit., pág. 37.

⁷⁷ Recuérdese que la prueba de la condición de víctima de violencia de género resulta de la orden de protección, del informe del Ministerio Fiscal, o en los casos señalados de la sentencia de condena del agresor. En contra, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 39, que entiende que se puede acreditar esta condición mediante la «orden de protección o de cualquier otro medio de prueba admisible».

⁷⁸ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 39.

⁷⁹ Algún autor entiende que debe atribuirse esta competencia al orden social en tanto que en esta fase la suspensión resulta únicamente de la decisión de la trabajadora que ejercita un derecho laboral, es decir: el litigio se refiere a la suspensión del contrato laboral, materia que sin duda comprende el catálogo de los artículos 9 LOPJ y 1 LPL. Aunque esta postura no parece desacertada, el juez social a la hora de tomar la decisión correspondiente debe tener siempre presente que el litigio trae su causa en el ejercicio de un derecho de la trabajadora víctima de violencia de género, factor este que deberá valorar en su justo término (de modo similar a como lo haría el juzgado de violencia sobre la mujer). En este sentido, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 40.

en la orden de protección, o que ésta aún no se haya adoptado (ejercitando el derecho con base en el informe del Ministerio Fiscal). Si bien conviene apostar por una interpretación flexible de esta regla, permitiendo a la trabajadora suspender el contrato si ello coadyuva a la mejor protección de su vida e integridad física⁸⁰, por mucho que ésta ya quede mínimamente garantizada con las medidas de alejamiento contenidas en la orden de protección. Mitigar el temor de la víctima a un nuevo ataque cuando el agresor incumple reiteradamente las órdenes de alejamiento o cuando las previsiones de la orden no le ofrecen suficientes garantías, permitiéndola alejarse físicamente de él, por ejemplo, suspendiendo el contrato, parece una justificación razonable de la activación de este derecho. Por lo demás, ya advertimos también que la evacuación de una sentencia condenatoria, que ponga fin al proceso penal, si prevé las medidas precisas de alejamiento del agresor (privación de libertad), impedirá la activación o la continuación de la suspensión si su ejercicio respondía a esta causa.

En segundo lugar, puede tratarse de causas relacionadas con la atención recibida por la víctima de los servicios sociales correspondientes, siendo ésta incompatible con la prestación de servicios en los términos habituales, porque coincide con la jornada laboral (siendo imposible compatibilizarla mediante reducciones o reordenaciones horarias), porque la asistencia se ofrece en un lugar muy alejado del de prestación de servicios no pudiendo la mujer desplazarse diariamente al lugar de trabajo, etc. Téngase en cuenta, en este punto, que la asistencia social sólo justificará la adopción de la medida laboral si es la trabajadora la que directamente la recibe, no si son, por ejemplo, sus hijos, que también pueden beneficiarse de estas medidas sociales, sean o no víctimas de violencia doméstica⁸¹.

Por último, pueden alegarse causas relacionadas con el estado físico o psíquico de la víctima que la incapaciten, por ejemplo, temporalmente para la prestación de servicios, porque se encuentra hospitalizada como consecuencia de la agresión, porque sufre una depresión que le impide prestar servicios, porque el entorno laboral es hostil o de algún modo dificulta su recuperación psicológica, etc. Téngase en cuenta que el legislador no ha incorporado ninguna regla especial para la incapacidad temporal derivada de la agresión sufrida por la víctima. De acontecer ésta podría decretarse la suspensión del contrato por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, de todas formas hay que tener en cuenta que la mujer puede optar por el cese temporal de la actividad por este otro cauce (suspensión específica) que resulta más atractivo, al poder percibir la mujer durante ese tiempo prestación por desempleo, si cumple los requisitos precisos, sin que tal disfrute incida negativamente en futuras situaciones de desempleo, considerándose ese período tiempo de cotización efectiva, y situación asimilada al alta. La literalidad de la norma no resulta incompatible con esta solución y lo lógico es pensar que el juez reconocerá la prórroga de la suspensión contractual si la incapacidad de la víctima persiste agotados los primeros seis meses⁸².

⁸⁰ M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, *op. cit.*, pág. 46.

⁸¹ Sobre el interés que tendría la extensión de los derechos laborales de la trabajadora a los supuestos en los que ésta tiene a su cargo a menores que reciben asistencia social, a los efectos de compatibilizar horarios, C. GALA DURÁN, «Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas...», *loc. cit.*, pág. 38.

⁸² Superado el máximo legal –dieciocho meses– la incapacidad de la víctima quedará sometida a las reglas generales. No es posible, además, ofrecer una tutela especial a la víctima si la agresión le ocasiona una incapacidad permanente, en estos casos, la ausencia de previsiones legales específicas conlleva la aplicación de las reglas generales sobre reconocimiento de prestaciones.

En estos dos últimos casos (asistencia social, y atención del estado físico o psíquico de la víctima), que se dicte sentencia condenatoria no supondrá necesariamente ni la extinción del derecho que venía ejercitando la víctima ni la imposibilidad de iniciar su disfrute. Únicamente imposibilitará la solicitud de prórroga de la suspensión contractual, para la que como se ha dicho es necesaria intervención judicial, inviable en este caso en tanto que el proceso judicial ha concluido. En los demás casos, la trabajadora podrá continuar ejercitando el derecho o incluso iniciar su disfrute (los preceptos no fijan plazo máximo de activación) tras la sentencia condenatoria mientras se mantenga la causa justificativa y no se agoten los tiempos máximos de duración. Para certificar la persistencia de la causa bastará con que la trabajadora, cuya condición de víctima acredita ahora la sentencia condenatoria del agresor, presente los testimonios emitidos por la autoridad o el organismo que le presta la asistencia en los que conste la incompatibilidad temporal de esa asistencia con el régimen normal de prestación de servicios de la víctima ⁸³.

4. RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA SUSPENSIÓN

La suspensión del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género se encuentra legalmente condicionada, como acabamos de ver, a la observancia de dos requisitos: la acreditación de su condición de víctima y el testimonio del carácter forzado de la medida [art. 45.1.º n) ET]. Certificada la concurrencia de ambas circunstancias corresponderá en exclusiva a la mujer la adopción de la decisión suspensiva. Esta suspensión inicial tendrá una duración, como también se ha visto, limitada, en concreto, de no más de seis meses, debiendo ser el juez quien decida que las condiciones de la víctima aconsejan que la suspensión se mantenga más allá de ese tiempo. Procede ahora profundizar en el régimen jurídico-laboral de esta suspensión, tanto en su fase inicial como una vez prorrogada, insistiendo en el papel que en cada momento corresponde a la trabajadora y al órgano judicial, que como se ha advertido es a partir del 29 de junio de 2005 el juzgado de violencia sobre la mujer ⁸⁴, y hasta esa fecha el juzgado de instrucción que territorialmente tenga atribuida la competencia.

4.1. Duración de la suspensión (inicial y prorrogada).

Hemos tenido ocasión de advertir en el apartado anterior que la suspensión inicial del contrato es una decisión que corresponde a la trabajadora y que depende únicamente de la concurrencia de los requisitos expuestos (acreditación de la condición de víctima y necesidad de la medida). El artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores no impone ninguna otra condición, del tipo de antigüe-

⁸³ Téngase en cuenta, en todo caso, que será necesaria la presentación de la correspondiente certificación de los servicios sociales o de salud para que las ausencias regularizadas o no al trabajo o las faltas de puntualidad se consideren justificadas. Apostando por esta mayor facilidad a la hora de acreditar la necesidad de la medida, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 46.

⁸⁴ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., págs. 40 y 41.

dad mínima en la empresa, carácter indefinido del contrato, prestación a tiempo completo, etc. Condiciones estas que por lo pronto tampoco podría haber incorporado el legislador, no en vano el objetivo de la medida es la protección de la mujer frente a la discriminación que acarrea la violencia doméstica de género, discriminación que lógicamente no depende de las condiciones laborales de la víctima, del tipo de contrato con el que presta servicios o del tiempo que lleve haciéndolo. Esta suspensión, por tanto, es un derecho que puede ejercitar cualquier mujer que cumpla los dos requisitos citados, con independencia de sus condiciones laborales ⁸⁵.

En el caso de la contratación temporal conviene advertir, no obstante, que la finalización del contrato por vencimiento del plazo de duración previsto conlleva la finalización de la suspensión, y la desvinculación total del empresario con la trabajadora, en el bien entendido que esta suspensión no merece un tratamiento similar al propio de la incapacidad temporal o la maternidad que se mantiene más allá del contrato. La explicación es sencilla, mientras que estas dos situaciones (incapacidad temporal y maternidad) generan derecho a una prestación de Seguridad Social específica –si se cumplen los requisitos legalmente impuestos– la suspensión a la que aquí se alude da derecho a la percepción de una prestación «genérica» (en el sentido de no particular para esa suspensión), la de desempleo, a la que por lo demás accederá la trabajadora con la finalización del contrato.

Nótese, por cierto, que la extinción del contrato en estas condiciones supondrá el paso de la trabajadora a una «situación ordinaria de desempleo», sin que desde ese momento disfrute de las ventajas de Seguridad Social que el legislador prevé para las víctimas de violencia doméstica que se ven obligadas a suspender su contrato como consecuencia de su condición personal. No olvidemos, en este sentido, que la suspensión contractual que aquí se estudia responde a la imposibilidad de compaginar la condición de víctima de violencia de género con la actividad laboral, actividad esta última que cesa, como es lógico, con la finalización del contrato, haciendo desde ese momento innecesario que el legislador busque instrumentos para impedir que el forzado abandono de la actividad profesional perjudique a la víctima, en tanto que la inactividad no resulta a partir de ese momento de la condición de víctima de la trabajadora sino del vencimiento del contrato. Obviamente lo mismo podría decirse de la extinción contractual por despido en cualquiera de sus manifestaciones.

Por lo demás, la duración de la suspensión, como se ha advertido ya en varias ocasiones, depende de que ésta sea la inicial o la prorrogada. La primera, que resulta de la exclusiva decisión de la trabajadora, tendrá la duración que ésta considere conveniente ⁸⁶, sin que la misma pueda «exceder de seis meses» (art. 48.6.º ET). Queda en manos de la mujer tanto la decisión suspensiva como la concreción de su duración –con el límite máximo expuesto–, sin que esta medida pueda adoptarse de oficio por el juez en el marco del procedimiento correspondiente, o a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las personas legitimadas para la solicitud de la orden de protección. El artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores es contundente en este sentido: la decisión suspensiva corresponde en exclusiva, en esta primera fase, a la mujer trabajadora ⁸⁷.

⁸⁵ Obviamente, tampoco los demás derechos previstos en la Ley Orgánica 1/2004 se hacen depende de factores de este tipo.

⁸⁶ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 39.

⁸⁷ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 40.

Respecto a la duración concreta en esta fase, como se ha dicho, ésta se sujeta a una extensión máxima –seis meses–, que como es obvio no tienen que agotarse, antes al contrario, la trabajadora podrá requerir de una suspensión de menor duración, la condición en todo caso es que mientras el contrato esté en suspenso persista la causa que desencadenó esta medida (la que obligó en su día a la trabajadora a abandonar su puesto de trabajo), en el momento en el que esa causa cese cesará también la suspensión⁸⁸. Por lo mismo, finalizará la suspensión, debiendo la trabajadora reincorporarse a su puesto de trabajo, si la causa de suspensión era el alejamiento del agresor y antes de que venzan los seis meses recae una sentencia condenatoria que contiene las medidas definitivas de alejamiento del agresor (privación de libertad, alejamiento, etc.), siempre atendiendo a la interpretación flexible expuesta. No ocurrirá así, como también se ha dicho ya, si la causa que justificó la suspensión persiste tras la sentencia, teniendo, eso sí, en este caso la suspensión una duración máxima de seis meses –sin posibilidad de prórroga–, salvo que la propia sentencia prevea otra cosa⁸⁹.

Cuestión diferente es la relativa a la posibilidad de que la suspensión contractual decidida por la trabajadora no se produzca en una sola vez. La ley no parece poner obstáculo alguno a que la trabajadora se incorpore a la actividad laboral antes de los seis meses, por considerar que ha desaparecido el peligro que la obligaba a abandonar temporalmente su puesto de trabajo, viéndose compelida en un momento posterior –porque reaparezca el riesgo– a reactivar este mecanismo suspensivo. En tal caso, como es lógico, cada uno de los intervalos de suspensión computará a efectos del máximo legal de seis meses.

Superados los seis meses iniciales, la suspensión puede prorrogarse por tiempos de tres meses, no pudiendo superar el lapso total de disfrute los dieciocho meses, esto es: pudiendo prorrogarse la suspensión hasta doce meses más. La redacción del artículo 48.6.º del Estatuto de los Trabajadores es clara en este sentido, sólo caben prórrogas de tres meses cada una, hasta un total de cuatro, debiendo, transcurrido este tiempo (tres meses), pronunciarse de nuevo el juez sobre la conveniencia de una nueva prórroga a solicitud de la trabajadora interesada. La fórmula legal tampoco parece dar opción a una prórroga de duración inferior a tres meses, probablemente para garantizar una cierta estabilidad y seguridad jurídica. En todo caso, si antes de que venzan esos tres meses de prórroga la causa suspensiva desaparece, la trabajadora tendrá que reincorporarse a la actividad laboral sin necesidad de esperar a que el juez se pronuncie sobre este punto. Como es lógico, pesa sobre la víctima la obligación de informar inmediatamente al empresario sobre el cambio de las circunstancias que inciden en este derecho, de modo tal que si la mujer no lo hace así y continúa disfrutando fraudulentamente de la suspensión el empresario podría sancionar esta conducta.

Una vez agotado el tiempo máximo (dieciocho meses), si la trabajadora continúa, por las secuelas ocasionadas con el acto violento denunciado, sin estar en condiciones de reanudar su actividad profesional, son dos las opciones que le quedan, a saber: disfrutar de la suspensión por inca-

⁸⁸ Recuérdense, en este sentido, los tres tipos de causas que podían justificar la suspensión contractual, enunciadas en el apartado anterior.

⁸⁹ Por descontado, en ambos casos, si la sentencia es absolutoria la suspensión cesará inmediatamente porque la trabajadora perderá en ese momento la condición de víctima precisa para el ejercicio del derecho.

pacidad temporal si se cumplen los requisitos exigidos al efecto, y extinguir el contrato alegando la necesidad de abandonar definitivamente el puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, teniendo en cuenta que el período de suspensión no habrá mermado el número de días de desempleo a que ésta tuviera derecho, y que la decisión extintiva se considerará ajena a su voluntad a efectos de situarse en situación legal de desempleo. La crítica que pudiera hacerse a la imposibilidad de continuar disfrutando la suspensión más allá de los dieciocho meses si persiste la causa habilitante queda neutralizada por el régimen de protección social que esta situación conlleva, en el bien entendido que es el sistema público de Seguridad Social el que asume por entero el coste de esta medida, desde el momento en que la falta de salario durante el tiempo de inactividad se sufre, como se ha dicho, con la percepción de una prestación por desempleo, y los días de desempleo no computan a efectos de un posible descuento en caso de situaciones posteriores de pérdida de empleo ⁹⁰.

Por lo mismo, estas duraciones máximas, la inicial y la prorrogada, no pueden ser mejoradas vía contrato o convenio colectivo ⁹¹. La intervención judicial que la ley impone más allá de los seis primeros meses avala esta negativa para la prórroga de la suspensión, en tanto que la decisión suspensiva pasa en esos momentos a quedar en manos del juez, que será el único habilitado para pronunciarse sobre la conveniencia de mantener la suspensión ⁹². Para la suspensión inicial la solución ha de ser la misma, y es que aunque en esa primera fase la decisión corresponde en exclusiva a la trabajadora –sin intervención judicial–, son las arcas públicas las que, como se ha dicho, sumen el coste de la suspensión ⁹³. Diferente sería si el empresario por acuerdo con la trabajadora o mediante convenio colectivo asumiese el coste de una suspensión adicional.

En todo caso, huelga decir que estos plazos máximos comienzan a correr desde el momento en que la trabajadora decide suspender el contrato y, respecto de la prórroga, desde que se adopta la decisión judicial en este sentido, aunque ésta no coincida con el inicio de la tramitación judicial de la denuncia ni con la concesión de la orden de protección. Téngase en cuenta, en este sentido, que iniciado el proceso y tramitada la orden puede producirse un incremento del riesgo para la víctima, de manera que la suspensión contractual que no se había considerado necesaria en un primer momen-

⁹⁰ En este sentido, A. DE LA PUBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...», loc. cit., pág. 99.

⁹¹ C. MOLINA NAVARRETE, «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género" ...», loc. cit., pág. 37, que insiste en el componente de orden público de esta regulación para negar la posibilidad de que las partes, individual o colectivamente, amplíen los márgenes legales máximos.

⁹² M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 42), entiende que el juez puede acordar esta prórroga a instancias de la víctima o de oficio a la vista de la evolución de las circunstancias del caso, pero en tanto que se trata de una medida de efectos personales, en el sentido de suponer la inactividad laboral temporal de la trabajadora, quizá lo más razonable sea que el juez acuerde esta prórroga sólo en la medida en que la afectada (trabajadora víctima de violencia de género) así lo solicite.

⁹³ Por lo mismo, los negociadores tampoco podrán imponer una duración inferior –ni en la fase inicial, ni lógicamente en la prorrogada, que sólo correspondiente a la autoridad judicial– al tratarse de un derecho individual, que persigue la protección de un bien jurídico de extraordinario valor, del que por tanto no pueden disponer los interlocutores sociales a cambio de otras contraprestaciones.

to puede volverse imprescindible con posterioridad. Si esa necesidad acontece en el marco del proceso judicial, la suspensión podrá prorrogarse hasta el tiempo máximo expuesto, pero si surge una vez concluido aquél, tendrá una duración máxima improrrogable de seis meses ⁹⁴.

4.2. Sustitución de la trabajadora: contrato de interinidad.

Esta suspensión contractual sitúa a la mujer en una situación privilegiada de reserva de su puesto de trabajo –el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores se rubrica: «suspensión con reserva de puesto de trabajo» ⁹⁵, el art. 21.1 de la LO 1/2004 dispone que «la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a [...] la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo», y el art. 124.5.º Ley General de la Seguridad Social (LGSS) se inicia diciendo que «el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores...»-. Este derecho alcanza a la totalidad de la suspensión, tanto en su fase inicial como en la prorrogada por decisión judicial ⁹⁶.

Por descontado, agotados los dieciocho meses, desaparecida la causa justificativa, rechazada por el juez la solicitud de prórroga, la trabajadora pierde esta reserva debiendo reintegrarse a su puesto de trabajo de inmediato. La norma no aclara expresamente qué ocurre en el lapso temporal que transcurre entre la solicitud de la víctima que ha agotado los seis meses iniciales de suspensión, o los últimos tres prorrogados, y la decisión judicial de rechazo, pero parece éste un problema menor. Téngase en cuenta, en este sentido, que la prórroga sólo es posible en la medida en que el proceso penal continúe pendiente, incorporándose esta decisión a la orden de protección correspondiente (netamente cautelar) ⁹⁷, con lo que el auto correspondiente no se hará esperar más de unas horas o a

⁹⁴ Nótese que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, regulador del registro central para la protección de víctimas de violencia doméstica, en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se anotarán los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal. Pues bien, entre la información que debe constar en ese registro está tanto la sustitución de penas que hubiera podido acordarse en sentencia o auto firmes (con expresión de la pena o medida sustitutiva impuesta), como la suspensión de la ejecución de la pena que hubiera podido acordarse en idénticos términos. Obviamente la adopción de cualquiera de estas dos medidas puede alterar el grado de riesgo padecido por la víctima y por tanto convertir en imprescindible la suspensión que inicialmente no lo había sido. Téngase en cuenta, además que según dispone el artículo 544 ter.8 LECr., la víctima debe ser informada en todo momento de la situación procesal del imputado, del alcance y la vigencia de las medidas cautelares adoptadas, y de la situación penitenciaria del agresor.

⁹⁵ En general sobre las suspensiones con derecho a reserva del puesto de trabajo, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 1.009 y ss.

⁹⁶ I. GARCÍA NINET, «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral... (II)», loc. cit., pág. 8.

⁹⁷ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., págs. 40 y 41.

lo sumo unos días. Si la actuación de la mujer responde al ejercicio de buena fe de este derecho, tiene sentido no hacer recaer sobre ella ningún perjuicio laboral por mantener la inactividad durante ese breve intervalo.

En todo caso, durante el tiempo que dura la suspensión el empresario puede cubrir ese hueco mediante la celebración de un contrato de interinidad. No en vano, esta modalidad contractual tiene por objeto la cobertura de puestos con derecho a reserva y, como se acaba de advertir, esta situación genera ese derecho. Este contrato de interinidad durará lo que dure la suspensión, tanto la inicial como la prorrogada. Además, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.3.º de la ley, las empresas que formalicen contratos de interinidad «para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo [...] tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida [...]». Esa contratación se beneficiará, así, de un descuento en la cotización por contingencias comunes de un 100 por 100.

Este contrato de interinidad presenta, por ello, un importante atractivo: la prestación de servicios del trabajador o trabajadora que sustituye a la mujer víctima de violencia de género tiene un coste social sustancialmente inferior al de un contrato ordinario. El empresario sólo tendrá que cotizar por contingencias profesionales e ingresar las cuotas de recaudación conjunta, liberándose de la porción más costosa de la cotización (la propia de las contingencias profesionales)⁹⁸. Nótese, además que el acceso a estas sugestivas condiciones de contratación no se sujeta a ninguna condición adicional, del tipo de que el trabajador o trabajadora tenga que ser un desempleado.

Se trata, obviamente, de proteger los intereses de las víctimas de violencia de género ofreciendo al empresario ventajas económicas en caso de que alguna de sus trabajadoras se vea obligada a abandonar temporalmente la actividad profesional por esta circunstancia. De este modo, se intenta evitar también el efecto *boomerang* que estas medidas de acción positiva pueden tener en la contratación de las mujeres, al que ya hemos aludido, en el sentido de sortear el desincentivo que puede tener para el empresario la contratación de mujeres que en un momento dado pueden acceder a la suspensión por esta causa, suspensión de la que no puede disfrutar el trabajador varón.

Por lo demás, este beneficio de cotización mantiene su cuantía durante todo el tiempo que dura la suspensión, teniendo en cuenta que la duración exacta de la suspensión depende de las circunstancias en las que se encuentre la mujer trabajadora, que habrá de volver a su puesto cuando desaparezca alguna de las condiciones exigidas para el disfrute del derecho. El contrato de interinidad tendrá, así, una duración inicial previsible de seis meses, salvo que la trabajadora solicite una suspensión de inferior duración. Más allá de ese intervalo inicial la suspensión, y por tanto el contrato de interinidad, se podrán ir prorrogando por decisión judicial en intervalos de tres meses, hasta que desaparezca la justificación o se agote el tiempo máximo (dieciocho meses), momento en el que vence el derecho a la suspensión con reserva de puesto de trabajo y finaliza el contrato de interinidad, incluso si la trabajadora sustituida no se reincorpora efectivamente, de forma similar a lo que acontece, por ejemplo,

⁹⁸ M. SERRANO ARGÜESO, «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia...», loc. cit., pág. 77.

con la sustitución de trabajadores en situación de incapacidad temporal ⁹⁹. Por último, cuando la suspensión se combine con períodos de actividad, en los términos ya vistos, el inicio de cada nueva suspensión dará derecho a la formalización de un nuevo contrato de interinidad, igualmente bonificado.

4.3. La reincorporación de la trabajadora: reserva de su puesto de trabajo.

Como bien se señala en el artículo 48.1.º del Estatuto de los Trabajadores aplicable sin mayor indicación a la suspensión por la causa aquí estudiada, el trabajador tiene derecho a reincorporarse al puesto de trabajo reservado al cesar la causa legal de suspensión. Esta reincorporación se realizará «en las mismas condiciones existentes en el momento anterior a la suspensión del contrato de trabajo» (art. 21.3.º) ¹⁰⁰, es decir, en el mismo puesto y con los mismos derechos, mejorados, obviamente, si así lo dispone un convenio o una decisión unilateral de efectos colectivos del empresario que afecte a la trabajadora. Por lo mismo, debe admitirse como excepción al derecho a la conservación expuesto el supuesto en el que en el lapso temporal de la suspensión ha nacido a la luz un convenio cuyas previsiones, por ejemplo en relación con alguna cuestión concreta, suponen un empeoramiento de las condiciones laborales de las que disponía la trabajadora antes de la suspensión. Se trata, en suma, de «reavivar el régimen ordinario de la suspensión, que será la pauta a seguir, una vez soslayado su peculiarísimo comienzo» ¹⁰¹.

Por descontado, el puesto al que retorna la trabajadora una vez finalizada la suspensión es el mismo que ocupaba antes de que se iniciase ésta. La reserva legal debe entenderse hecha al puesto concreto y no a uno del mismo grupo o categoría profesional, alcanzando este derecho a todo el tiempo que dure la suspensión (hasta seis meses iniciales, hasta dieciocho en total tras las prórrogas). No en vano cuando el legislador ha querido que el puesto reservado sea uno de este último tipo lo ha dicho expresamente ¹⁰².

Lógicamente este derecho de reincorporación es automático en cuanto la trabajadora lo solicita, debiendo entenderse que corresponde a ésta la diligente información a la empresa del agotamiento del plazo máximo, de la negativa judicial a la prórroga o de la desaparición de algunas de las condiciones de obligado cumplimiento. Aunque la norma no impone plazo a este respecto –al contrario de lo que acontece, por ejemplo, con el retorno de quien suspendió su contrato por la prestación del servicio militar o la prestación social sustitutoria (inoperativa para los nacionales), o por ejercicio de cargo público o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, a los que la ley ofre-

⁹⁹ I. ALZAGA RUIZ, «La extinción del contrato de interinidad propio cuando el trabajador sustituido de baja por incapacidad temporal es declarado afecto de incapacidad permanente total o absoluta. Comentario a la STSJ de Canarias-Santa Cruz de Tenerife, de 29 de junio de 2001 (AS 2001, 2566)», AS, núm. 13, 2001.

¹⁰⁰ Considerando que la ubicación de esta indicación es incorrecta, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 42.

¹⁰¹ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 43.

¹⁰² Así por ejemplo la reserva del puesto cuando se ejercita el derecho al traslado o cambio de centro de trabajo sólo se mantiene durante los seis primeros meses (art. 40.3.º bis ET).

ce un total de treinta días naturales para la reincorporación (art. 48.3.º ET)—, entendemos que el retorno de la trabajadora víctima de violencia doméstica debe ser inmediato, en cuanto tiene conocimiento de la concurrencia de alguna de las circunstancias que ponen fin a la suspensión con reserva ¹⁰³.

4.4. Protección de la trabajadora que suspende su contrato por esta causa frente al despido.

Con el fin de evitar que el ejercicio de estos derechos específicos acarree a la trabajadora algún tipo de perjuicio, en el sentido de represalia empresarial, la Ley Orgánica 1/2004 califica expresamente de nulo el despido disciplinario «de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta ley», imponiéndose en estos casos la readmisión de la trabajadora. Esta regla aparece en el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores como cláusula de cierre de un apartado del precepto que alude a la nulidad de los despidos de las trabajadoras debidos a su condición de embarazadas, a que disfrutaron o han disfrutado de una situación de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento, o de las reducciones de jornada o ausencias por lactancia, guarda legal, cuidado de hijos prematuros o por otro motivo hospitalizados tras el parto, de excedencias por cuidado de hijos, etc. Se trata, en suma, de evitar la discriminación por razón de género que puede sufrir la trabajadora por el ejercicio de estos derechos, especialmente en este caso porque sólo la mujer puede ejercitarlos ¹⁰⁴.

Lógicamente esta previsión no significa que una mujer que ha sido objeto de malos tratos no puede ser despedida, únicamente supone que ese despido no puede traer su causa en el ejercicio de estos derechos específicos, pesando sobre el empresario la carga de probar que la medida extintiva adoptada es ajustada a derecho. Téngase en cuenta, en este sentido, que cuando la propia ley califica como nulo el despido en ciertas circunstancias, en este caso como resultado del ejercicio de los derechos específicos de las trabajadoras víctimas de violencia de género, esta decisión empresarial sólo admite dos calificaciones: nula o procedente ¹⁰⁵, siendo la primera la reacción legal automática al despido, de manera que para que el juez pueda declarar la procedencia de la decisión el empresario tiene que probar la oportunidad de la extinción.

¹⁰³ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, op. cit., pág. 43, sostiene que la trabajadora debe incorporarse al día siguiente a aquel en el que finalice el plazo otorgado por el juzgado de violencia sobre la mujer.

¹⁰⁴ En este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...», loc. cit., pág. 100.

¹⁰⁵ A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...», loc. cit., pág. 100; C. MOLINA NAVARRETE, «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género" ...», loc. cit., pág. 38. En general sobre esta disyuntiva a propósito de los despidos de los trabajadores que han ejercitado derechos de conciliación, J. CRUZ VILLALÓN, «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, núm. extraordinario, 1999, pág. 94; A.V. SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *AS*, núm. 20, 2000, págs. 24 y 25; J. GARCÍA MURCIA, «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 34; y A. BLASCO PELLICER, *El régimen procesal del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 154 y 155; VV.AA. (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir. R. MARTÍN JIMÉNEZ, Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1.393 y 1.394; M.B. CARDONA RUBERT, *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 93 y ss.

Se echa en falta, por cierto, la inclusión de una regla similar para el despido por causas objetivas, que complete en igual sentido el artículo 53.4 b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que quede clara cuál es la causa que justifica la inclusión para el despido disciplinario y no para el objetivo ¹⁰⁶. Una fórmula de este tipo, que el precepto ya contiene para el despido objetivo de las trabajadoras embarazadas y los trabajadores que disfrutan de alguno de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral [art. 53.4.ª) y b) ET], garantizaría una protección más completa de la trabajadora frente a una represalia parapetada tras la forma de despido objetivo ¹⁰⁷.

Por lo demás, tampoco estaría de más la inclusión de alguna indicación expresa sobre la nulidad de cualquier sanción –diferente al despido– que traiga su causa en el ejercicio del derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a la suspensión contractual, aunque dicha calificación no admite duda, no sólo porque se estaría sancionando a la trabajadora por la activación de un derecho legalmente reconocido, sino también por la discriminación por razón de género que la misma escondería en tanto que sólo las mujeres son titulares de estos derechos específicos. En realidad esta consideración –la nulidad– debería predicarse de cualquier medida perjudicial que traiga su causa en el ejercicio por la mujer de estos derechos ¹⁰⁸.

5. IMPLICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las medidas de Seguridad Social que acompañan a los derechos laborales de la Ley Orgánica 1/2004 son francamente atractivas para la trabajadora, más aún con la mejora que de las mismas se ha hecho en la versión definitiva de la norma, respecto de las contenidas en el originario proyecto de ley; nótese, en este sentido, que se han incorporado varias de las sugerencias realizadas por el CES en su preceptivo dictamen ¹⁰⁹. Ahora bien, este atractivo no soslaya las deficiencias tuitivas que el conjunto normativo presenta, por varios motivos. El primero tiene que ver con el alcance de las medidas, ya que algunas de las ventajas ¹¹⁰ que la ley concede a la trabajadora víctima de violencia

¹⁰⁶ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia...*, *op. cit.*, págs. 63 a 65, apuesta por entender que ha sido un error del legislador y que por tanto debe predicarse igualmente la nulidad para los despidos objetivos.

¹⁰⁷ No olvidemos que a esta protección no basta la aclaración que se hace ahora expresamente en la norma en el sentido de que «no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias [...] motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda» [art. 52 d) ET]. Esta regla se refiere más bien a faltas puntuales al trabajo y a retrasos ocasionales en el marco de situaciones no regularizadas de violencia doméstica («ausencias no regularizadas»), bien porque no ha mediado denuncia bien porque mediando (e incluso existiendo orden de protección) la trabajadora no ha ejercitado ningún derecho laboral o ejercitándolo éste no cubre la ausencia o falta de puntualidad, y a las ausencias resultantes del ejercicio del derecho de suspensión (ausencias regularizadas), pero no basta para tutelar a las trabajadoras que ejercitan este derecho frente a otras modalidades de despido objetivo.

¹⁰⁸ C. MOLINA NAVARRETE, «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"...», *loc. cit.*, pág. 38.

¹⁰⁹ CES, Dictamen 2/2004 sobre el anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, Sesión del Pleno de 17 de junio.

¹¹⁰ El profesor Martín Valverde la llama «ventajas sociales» (A. MARTÍN VALVERDE, «Disposiciones laborales y sociales...», *loc. cit.*, pág. 58).

doméstica que ejercita su derecho a suspender el contrato no se extienden a otros supuestos, como el de incapacidad temporal de la trabajadora derivada del maltrato; el segundo, generado por la no consideración de las limitaciones en las contingencias protegidas propias de algunos regímenes especiales de Seguridad Social y, por último, que vincula excesivamente los beneficios a la orden de protección.

Por otra parte, la ley presenta dificultades de interpretación, derivadas de que estableciéndose para estas suspensiones un tratamiento en materia de seguridad social absolutamente novedoso, que no se equipara al de ningún tipo de suspensión preexistente, no se acaban de cuadrar todos los elementos del sistema que están implicados.

En todo caso, es la primera vez que el legislador se ocupa de cubrir la situación de necesidad en la que se sitúan las víctimas de este tipo de violencia, asumiendo el coste social de esa cobertura, y ese mérito debe valorarse adecuadamente ¹¹¹.

5.1. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo en materia de Seguridad Social, antes de las reformas efectuadas por la LOIVG.

Para la mejor comprensión del nuevo régimen que se establece con respecto a la suspensión del 45.1.º n), conviene partir de la exposición de los efectos en materia de Seguridad Social de las suspensiones que hasta ahora contenía el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. En este artículo se contienen una serie de supuestos muy variados, con naturaleza y consecuencias muy distintas y que, atendiendo a los efectos en Seguridad Social, podemos clasificar de la siguiente manera:

- a) Hay suspensiones que responden a una voluntad del trabajador que, pudiendo trabajar, decide solicitar la suspensión. Nos referimos tanto a los casos de acuerdo de suspensión entre las partes como a las excedencias voluntarias; también a aquellos en que el trabajador tiene derecho a una excedencia forzosa y *decide* ejercerla, e incluso a los casos de ejercicio del derecho de huelga. En estos supuestos, el trabajador causa baja en la Seguridad Social y cesa la obligación de cotizar. Excepcionalmente, la ley le considera en situación asimilada al alta para algunas prestaciones, como por ejemplo el trabajador que está en excedencia forzosa por el ejercicio de cargo público, que se le considera en situación asimilada al alta a efectos de poder acceder al desempleo si al terminar su período de excedencia no lo readmiten en la empresa.

Estos trabajadores no reciben prestaciones de Seguridad Social, ni se efectúa por ellos ningún tipo de cotización.

¹¹¹ J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género...», loc. cit., pág. 755.

- b) Hay otros supuestos de suspensión en los cuales el trabajador *no puede* trabajar, porque han concurrido una serie de circunstancias ajenas a su voluntad que, impidiéndole de forma provisional prestar sus servicios con regularidad, dan lugar a una situación ante la que el sistema de seguridad social reacciona con una prestación diferente al desempleo, siendo incompatible con éste. Se trata de la maternidad, incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo. Según el artículo 29.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (RGI), no tienen la consideración de cese, a efectos de causar la baja correspondiente, la situación de incapacidad temporal ni aquellas otras asimiladas al alta en que se mantenga la obligación de cotizar por parte del empresario. De manera que el trabajador cobra una prestación de seguridad social, y sigue cotizando.
- c) Por último, y de manera absolutamente excepcional, hay suspensiones que le vienen impuestas al trabajador. Se trata de casos en que el trabajador tiene la capacidad y la voluntad de que la relación laboral se continúe desarrollando con normalidad, pero no es así por motivos que le son ajenos. Es el caso de la suspensión en virtud de expediente de regulación de empleo y el de la suspensión decretada en resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. Atendiendo a la involuntariedad de la situación, se considera que el trabajador está en situación legal de desempleo de manera que, reuniendo el resto de requisitos generales que exige la legislación, podrá acceder a la prestación.

En cuanto a la cotización por este trabajador, se produce, pero con una peculiaridad importante. En general, cuando un sujeto cobra la prestación por desempleo, sigue cotizando, pero sólo por contingencias comunes (no por desempleo, ni por AT y EP, ni por FOGASA ni por FP), siendo la entidad gestora de la prestación la que asume la cotización del empresario. Sin embargo, dice el 214 LGSS que en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato, se cotiza por todas las contingencias, a diferencia de los casos de extinción de la relación laboral, y es la empresa la que pagará la cuota patronal que le corresponda, ingresando la entidad gestora sólo la aportación del trabajador.

La regulación del nuevo supuesto del artículo 45.1.º n) distorsiona el panorama expuesto, ya que no se asimila plenamente a la regulación de ninguno de los supuestos anteriores, sino que comparte elementos de varios de ellos: fundamentalmente se permite acceder a la prestación de desempleo a pesar de ser discutible el hecho de que *pueda y quiera* trabajar, y además las cotizaciones relacionadas con este período van a tener un tratamiento especial, distinto de lo que ocurre en todos los demás supuestos.

También de manera previa al análisis de los beneficios establecidos en la LOIVG conviene recordar que, para acceder a la prestación de desempleo son necesarios, algunos requisitos. Los requisitos para causar derecho a la prestación por desempleo en el nivel contributivo son, en primer lugar, estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen que contemple la contingencia por desempleo ¹¹² y el de estar en situación legal de

¹¹² A los efectos de la prestación por desempleo se consideran situaciones asimiladas al alta tanto la excedencia forzosa para la elección de un cargo público o sindical (art. 2 del RPD) como la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo (art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de Regulación del Permiso Parental y de Maternidad).

desempleo ¹¹³, y que las reglas generales en relación con el tratamiento de las cotizaciones a estos efectos son que para el cálculo de la duración de una determinada prestación por desempleo no pueden ser tenidos en cuenta los períodos de ocupación cotizada que ya hayan sido computados para una prestación por desempleo que se hubiese cobrado con anterioridad dentro de los seis años de referencia, así como que tampoco son computables las cotizaciones ingresadas durante los períodos de cobro de prestaciones por desempleo que existieran en los mencionados años ¹¹⁴.

Siendo éste el tratamiento general de la cuestión, veamos los beneficios que otorga la LOIVG para el nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo del 45.1.º n).

5.2. Aspectos de Seguridad Social vinculados a la suspensión regulada en el nuevo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores.

Los beneficios en materia de Seguridad Social que la LOIVG expresamente vincula al ejercicio del derecho a la suspensión con reserva de puesto de trabajo de la trabajadora por cuenta ajena víctima de violencia de género son los siguientes:

- 1.º Consideración del período de suspensión del contrato como período cotizado, a efectos de la mayoría de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.
- 2.º Consideración de la suspensión adoptada en los términos expuestos como situación legal de desempleo, con la consiguiente posibilidad de acceder a la prestación correspondiente.
- 3.º Las cotizaciones acreditadas para tener derecho a la prestación por desempleo fundada en la suspensión no agotan su efecto, de esta manera, las que se utilizaron para reconocer una prestación durante la suspensión del contrato podrán ser tenidas en cuenta para causar una nueva prestación de desempleo por una posterior suspensión o extinción del contrato por cualquier causa (doble cómputo de las cotizaciones).
- 4.º A los efectos de calcular la duración de la prestación por desempleo correspondiente a la suspensión, se computarán las cotizaciones efectuadas durante anteriores períodos de cobro de prestaciones por desempleo.

¹¹³ Hasta ahora, sólo estaban en esta situación los que tuviesen suspensión de contrato «por expediente de regulación de empleo».

¹¹⁴ Esto tiene sentido en los casos en que la prestación ha sido debida a extinción del contrato, ya que durante la percepción de esta prestación no se cotiza más que por contingencias comunes. En cambio, es injusto en aquellos casos en que ha habido cobro de prestaciones por desempleo a partir de la situación legal de desempleo generada por una suspensión del contrato de trabajo autorizada en expediente de regulación de empleo (en el mismo sentido, J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, «Suspensión del contrato de trabajo y prestación por desempleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 106, 2001, pág. 579).

5.º El «compromiso de actividad» impuesto para el disfrute de la prestación por desempleo se diluye para la trabajadora víctima de violencia de género durante el período de suspensión.

Veamos más detenidamente los detalles de esta regulación y los problemas que plantea.

5.2.1. Consideración del período de suspensión como período de cotización efectiva.

La disposición adicional octava de la LOIVG añade un apartado 5 al artículo 124 de la LGSS, con el siguiente contenido: «el período de suspensión con reserva de puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo».

Bajo esta aparente sencillez, el precepto plantea serios interrogantes. El primero es el de determinar si el empresario debe cursar la baja correspondiente, por el cese de actividad, o si por el contrario tiene obligación de seguir cotizando por el trabajador. Lo más razonable parece ser interpretar que el trabajador causa baja en la empresa ¹¹⁵ y que, a pesar de que no hay cotización, el período se considera como efectivamente cotizado a efectos de determinadas prestaciones (no a todas). Siendo ésta la interpretación que vienen haciendo los autores que se han ocupado del asunto hasta ahora, no deja de plantear dificultades, puesto que no se dice ni cuál será la base de cotización que se tome como referencia ni tampoco se señala que durante este supuesto el trabajador se encuentre en situación asimilada al alta a efectos de acceder a las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Son dos lagunas de la regulación que habrá que soslayar aplicando analógicamente lo que el artículo 21.5 de la LOIVG establece para la trabajadora autónoma: que se considera en situación asimilada al alta y que se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar ¹¹⁶. Esta regla, como se sabe, es la que se aplica al primer año de excedencia por cuidado de hijo que se considera igualmente de cotización efectiva (art. 18 del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen prestaciones no contributivas). Precisamente por ello parece razonable aplicar también la regla contenida en este precepto para los supuestos en los que la mujer no tuviera acreditado el citado período de seis meses de cotización, conforme a la cual se computará la base media de cotización correspondiente al período inmediatamente anterior al inicio de la situación, que resultará acreditado.

No acaban aquí los problemas que suscita la nueva redacción del 124.5 de la LGSS, ya que la trabajadora puede acceder a la prestación por desempleo, en cuyo caso, al tratarse de una

¹¹⁵ De manera análoga a lo que ocurre en el caso de excedencia forzosa para el cuidado de hijo, que el otro supuesto de suspensión cuya duración también se considera de cotización efectiva, al menos durante el primer año, ampliable a quince meses si se trata de familia numerosa, o a dieciocho si tiene la categoría de especial (art. 180 LGSS).

¹¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género...», loc. cit., pág. 756.

suspensión, el artículo 214 de la LGSS, que como se sabe regula la cotización durante la situación de desempleo, establece que se cotiza por todas las contingencias, y que la parte de cotización correspondiente al empresario la ingresará éste. Parece incongruente que haya que cotizar por todas las contingencias, y que al mismo tiempo se considere tiempo de cotización efectiva sólo a efectos de determinadas prestaciones. Adelantamos nuestra opinión de que habrá que modificar el artículo 214 de la LGSS, en el sentido de eximir de cotización al empresario en estos supuestos.

A pesar de todos estos problemas interpretativos, es indudable que el beneficio que se le ofrece a la trabajadora es interesante, aunque está sometido a algunas limitaciones, unas con mayor justificación que otras. La primera limitación que presenta esta regulación, al menos en su tenor literal, es la relativa a la restricción de la consideración como período de cotización efectiva al que se corresponda con la suspensión regulada en el 48.6, es decir, la solicitada por la víctima (o prorrogada por el juez) y acreditada con la orden de protección o, subsidiariamente, con el informe del Ministerio Fiscal. Nótese que la norma sólo se refiere respecto a la acreditación de la condición de víctima a los citados instrumentos, sin reparar en la situación en la que puede quedar la mujer tras la evacuación de la sentencia de condena del agresor ¹¹⁷. La exclusión de tal consideración, y de la protección que la misma conlleva, de otras situaciones tales como potenciales suspensiones libremente acordadas con el empresario por encima del período legal o solicitadas por la víctima sin que sus razones estén inexcusablemente conectadas con la situación en la que se encuentra como consecuencia de la violencia padecida, plantea menos dudas por «coste público» de esta protección social (percepción de la prestación por desempleo durante la suspensión sufragada por entero por las arcas públicas) ¹¹⁸, pero no ocurre lo mismo con la situación de la mujer una vez finalizado el proceso judicial y dictada sentencia condenatoria.

La vinculación del derecho a la orden de protección o, excepcionalmente, al informe del Ministerio Fiscal mientras se tramita la Orden, es coherente con la marcada judicialización de la tutela que ofrece la LOIVG, pero no está exenta de problemas, ya que supone un injerto procesal penal en una materia ajena, como es la laboral y de Seguridad Social ¹¹⁹. Pese al riesgo que provoca de que se instrumentalice la vía penal con miras a obtener ventajas en el ámbito laboral, la medida tiene su justificación en la necesidad de controlar de alguna manera el acceso al beneficio, aunque no cabe duda de que también puede estar latente la finalidad de incentivar que las víctimas utilicen los mecanismos legales para la lucha contra la violencia de género ¹²⁰. Independientemente

¹¹⁷ A efectos de Seguridad Social esta restricción resulta del contenido de la disposición adicional cuadragésima segunda de la LGSS: «acreditación de situaciones legales de desempleo».

¹¹⁸ *Vid. supra*, apartados 3.2.1 y 3.2.2.

¹¹⁹ Consciente de este riesgo, C. MOLINA NAVARRETE entiende que hubiese sido más correcto, técnica y políticamente, abrir vía a otras formas de acreditación, en particular los Informes o Certificados correspondientes de los Servicios Sociales («Las dimensiones socio-laborales...», loc. cit., pág. 38).

¹²⁰ Aunque este tipo de datos son oscuros por naturaleza, según algunas fuentes las denuncias que se presentan en España sólo representan entre el 5 por 100 y el 10 por 100 de las agresiones que sufre la mujer [A. GENOVÉS GARCÍA (Coord.), *El derecho al revés. Estudio sobre la victimización secundaria en mujeres maltratadas*, pág. 24].

de los problemas que plantea y de las soluciones que ofrece, la vinculación con la orden de protección excluye del ámbito de aplicación del beneficio de Seguridad Social algunas situaciones incluso más graves que las que protege, y limita la duración de otras, especialmente en los casos de sentencia condenatoria ¹²¹.

Es por ello que, como se ha insinuado en las líneas precedentes, debe admitirse que la suspensión del contrato y por tanto la protección de Seguridad Social con la que se completa, persista en su duración inicial (seis meses) aun cuando el proceso judicial haya concluido, siempre que al mismo se haya puesto fin mediante sentencia condenatoria y la causa que justificó la suspensión persista tras la condena. También se advirtió en su momento que la situación suspensiva no puede «continuar» en estos casos al haber concluido las «actuaciones de tutela judicial» en el marco de las cuales puede decidirse la prórroga.

La segunda limitación, a la que ya hemos aludido, es relativa al tipo de prestaciones de Seguridad Social para cuya generación se ha reconocido el tiempo de suspensión como cotización efectiva, esto es: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y desempleo. Con esta literalidad, quedan fuera de tal consideración las prestaciones por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo. Realmente, la exclusión no se comprende en ninguno de los dos casos ¹²², pero menos aún en el de la prestación por riesgo durante el embarazo ¹²³, que, desde su creación, ha tenido estrecha vinculación con la de maternidad, a la que por lo demás sí alcanza esta regla ¹²⁴. Pudiera pensarse que se trata de prestaciones de carencia breve, frente a las de jubilación o incapacidad permanente, y que quizá por ello requieran de una atención menor desde esta perspectiva, en el bien entendido que la mujer podría tener menos dificultades para alcanzar el período mínimo de cotización exigido para su percibo. Pero esta creencia se queda sin argumentos desde el momento en que la maternidad sí se incluye en el catálogo de situaciones protegidas pese a que para el acceso a la prestación correspondiente está condicionada a idéntica cotización que el disfrute de la prestación por incapacidad temporal, por enfermedad común y por riesgo durante el embarazo. Recuérdese además que, como ya hemos criticado, la cuestión se agrava con el hecho de que, según se desprende del 214 de la LGSS, si la trabajadora percibe la prestación de desempleo para cubrir la ausencia de rentas derivada del ejercicio de la suspensión, cotizará por todas las contingencias.

¹²¹ La doctrina discrepa en la valoración. M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ se pregunta si éste era el mejor mecanismo posible (*La dimensión laboral...*, *op. cit.*, pág. 71) y C. MOLINA NAVARRETE hace hincapié en las dificultades de hacer irrumpir en el ámbito laboral toda la complejidad existente en una regulación extralaboral («Las dimensiones socio-laborales...», *loc. cit.*, pág. 38). En cambio, a M. SERRANO ARGÜESO le parece acertada la exigencia de acreditación, para evitar «caer en la picaresca y en el fraude» («Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *AS*, núm. 20, 2004, págs. 3 a 16).

¹²² En el mismo sentido, M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral...*, *op. cit.*, pág. 71.

¹²³ J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género...», *loc. cit.*, pág. 756.

¹²⁴ A título de ejemplo, el Real Decreto 1251/2001, que regula las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, les da una regulación conjunta.

5.2.2. *La suspensión del contrato como situación asimilada al alta.*

Ya se ha advertido que la Ley Orgánica 1/2004 no hace referencia expresa en el caso de la trabajadora por cuenta ajena a que durante el período de suspensión la mujer se encuentre en una situación asimilada al alta a los efectos pertinentes, referencia que sí contiene para las trabajadoras autónomas. No obstante, hay que interpretar el silencio legal en coherencia con sus principios rectores y con su propia sistemática protectora y generalista, exégesis que nos lleva necesariamente a defender la aplicación analógica a las trabajadoras por cuenta ajena de lo establecido para las autónomas en el artículo 21.5 de la LOIVG ¹²⁵.

En todo caso, sería conveniente que se reformase el artículo 125 de la LGSS, como se ha hecho con los restantes preceptos afectados por lo dispuesto para las trabajadoras por cuenta ajena, para que recogiera expresamente este supuesto de suspensión como situación asimilada al alta dentro del régimen general de las prestaciones ¹²⁶.

5.2.3. *Consideración de la suspensión como situación legal de desempleo.*

Sin restar importancia a los beneficios anteriores, no cabe duda de que la protección dispensada a la trabajadora respecto de la prestación de desempleo es la más interesante de cuantas contiene la ley y probablemente también la que en mayor medida garantice la efectiva tuición de la mujer víctima de violencia de género. Los beneficios en esta materia afectan a varios aspectos, siendo el de más calado la consideración de que las trabajadoras que ejerzan el derecho a la suspensión creado por la LOIVG se encontrarán en situación legal de desempleo, a los efectos de cumplir el requisito que la ley exige para el nacimiento del derecho a la prestación ¹²⁷.

Con éste, ya son tres los supuestos de suspensión del contrato que dan lugar esta situación, los otros dos: el de suspensión acordada en expediente de regulación de empleo, y el recientemente añadido de la suspensión decretada en resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal ¹²⁸. Nótese que a diferencia de lo que sucede con estos dos últimos supuestos citados, en los que la suspensión viene impuesta desde fuera (por un tercero), bien en el marco de un expediente de regulación de empleo, bien por una resolución judicial en un proceso concursal, la que ahora nos ocupa resulta de una decisión personal de la trabajadora víctima de violencia de género, que ni siquiera tiene que estar expresamente prevista en la orden de protección, en los términos que ya se vieron ¹²⁹.

¹²⁵ En el mismo sentido, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral...*, op. cit., pág. 72.

¹²⁶ En general, sobre los posibles efectos de la consideración como situación asimilada al alta, G.L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997; G. LEANDRO, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

¹²⁷ Es decir, que la LOIVG considera que la trabajadora que se acoge a esta posibilidad está en la situación descrita en el artículo 203 de la LGSS, «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo (...)».

¹²⁸ Introducido por la Ley 22/2003, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

¹²⁹ *Vid. supra*, apartado 3.2.1.

Es una medida interesante, por la que hay que felicitar al legislador, a pesar de que introduce una cierta distorsión en el concepto de situación protegida por el desempleo, que según el 203 de la LGSS es la de quien «pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo». Indudablemente, se produce una pérdida del empleo aunque temporal, y también podemos afirmar que concurre el elemento de «querer» trabajar. Sin embargo, es más cuestionable que la trabajadora «pueda» efectivamente prestar servicios. La decisión de suspender el contrato la toma la trabajadora, acreditando su condición de víctima de la violencia de género, y certificando la necesidad de la medida para garantizar su efectiva protección¹³⁰. Se concluye, así, que en estos casos la trabajadora «quiere» pero «no puede» trabajar por la situación de violencia de género que padece, al menos, en el concreto puesto de trabajo que está ocupando, siendo precisamente esta circunstancia la que justifica la decisión suspensiva¹³¹.

En todo caso, se trata de una medida que protege eficazmente a la víctima, necesaria si se quiere que la opción de ejercer el derecho a la suspensión sea una realidad práctica. Únicamente es criticable, como en los beneficios que hemos comentado antes, que la consideración se circunscriba a los estrictos términos de la suspensión creada y regulada por la propia LOIVG, y deje al margen otras suspensiones acordadas en el mismo contexto de violencia¹³².

En cuanto a la acreditación de la situación legal de desempleo, en congruencia con la vinculación tan estricta que se hace con la causa de suspensión creada, la disposición adicional cuadragésima segunda de la LGSS establece que se hará por comunicación escrita del empresario sobre la suspensión, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género. Recuérdese, en este punto, lo que en estas líneas se sostiene sobre la suspensión una vez recaída sentencia condenatoria.

5.2.4. Prestación y subsidio por desempleo.

Considerándose la suspensión como situación legal de desempleo, si la trabajadora reúne el resto de requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social, podrá acceder a la prestación o, en su caso, al subsidio por desempleo.

Los requisitos para causar derecho a la prestación por desempleo en el nivel contributivo son, en primer lugar, estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen que contemple la contingencia por desempleo¹³³. No cubren esta situación de necesidad ni

¹³⁰ *Vid. supra*, apartado 3.2.1.

¹³¹ La LGSS contempla como situación legal de desempleo algunos supuestos en que el contrato se extingue por voluntad del trabajador (de los arts. 40, 41 y 50 del ET), pero son casos en que las condiciones del trabajo han cambiado sustancialmente, por lo que podemos decir que el trabajador ha perdido «su» empleo.

¹³² En el mismo sentido, M.^ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral...*, *op. cit.*, págs. 73 y 74.

¹³³ Artículo 207 LGSS.

el régimen de trabajadores autónomos, ni el de empleados del hogar, ni el resto de regímenes especiales en los que el trabajador pueda integrarse como trabajador por cuenta propia para ese caso ¹³⁴. Esta primera matización tiene su importancia, pues mientras la LOIVG se hace eco de la especial situación de las autónomas, estableciendo derechos específicos para el caso de que sean víctimas de violencia de género, no tiene la misma cautela con respecto a las empleadas de hogar, que sufren por tanto un agravio comparativo.

En segundo lugar, es preciso encontrarse en situación legal de desempleo: según la modificación introducida por la LOIVG en la LGSS, la trabajadora que accede al nuevo tipo de suspensión en ella regulado se considera en esta situación. En tercer lugar, debe acreditarse disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada y suscribir un compromiso de actividad. Este compromiso es atemperado por la LOIVG, en los términos que analizaremos más adelante. Además, es necesario tener cubierto un período mínimo de cotización de doce meses dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera derecho a ella por falta de acreditación del período de cotización requerido y no estar incluido en alguna de las causas de incompatibilidad.

Como ya hemos adelantado *supra*, hay que hacer una precisión con respecto a la cotización durante el período de prestación por desempleo. Si bien en los casos de extinción de la relación laboral es la entidad gestora (el SPEE) quien asume la aportación empresarial, que además se limita a las contingencias comunes (art. 214.3 LGSS), el artículo 214.2 de la LGSS establece que «en los supuestos de reducción de jornada o *suspensión del contrato*, la empresa ingresará la aportación que le corresponda», por lo que el empresario tiene que asumir no sólo el coste de sustitución de la trabajadora, sino también el de la cotización a Seguridad Social, por todas las contingencias ¹³⁵. Esta regla es absolutamente incoherente con la establecida en el nuevo 124.5 de la LGSS, en el sentido de que el tiempo de esta suspensión se considera de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y

¹³⁴ Estarán comprendidos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia, es decir, los regímenes especiales de la minería del carbón, agrario y del mar. Los mineros del carbón tienen la misma protección por desempleo que los trabajadores del Régimen General. En el supuesto de los trabajadores agrarios, no están protegidos los trabajadores por cuenta propia (ahora ya sí todos los eventuales). Por su parte, los trabajadores del mar tienen también derecho a la prestación por desempleo, incluidos los remunerados a la parte y los trabajadores que presten servicios en puertos de interés general en los que no se haya constituido la correspondiente sociedad estatal de estiba y desestiba, o en los restantes puertos en los que siga funcionando la Organización de Trabajos Portuarios (DA 16.ª y DA 17.ª LGSS). Quedan excluidos, por lo demás, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles asimilados a los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 97.2 k) LGSS, puesto que dicho precepto los excluye explícitamente de la protección por desempleo. Por el contrario, sí gozan de esta protección los trabajadores que sean socios de la empresa siempre que no tengan el control efectivo y también los socios de sociedades laborales, aunque sean miembros del consejo de administración (aunque el art. 21 de la Ley 4/1997 los excluye de la prestación por desempleo cuando realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por ello, o bien cuando esas funciones de dirección y gerencia concurren con el desempeño de una relación laboral especial de alta dirección).

¹³⁵ Como se deduce del hecho de que el 214.3 sólo exime de las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, FOGASA y FP «cuando se haya extinguido la relación laboral», lo que no ocurre en los casos de suspensión.

desempleo. Si se aplicaran las reglas generales del 214.2 y 3, realmente se cotizaría por todas las contingencias y, a pesar de ello, no se considerarían de cotización efectiva para las prestaciones de incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo. Esto parece ir contra el espíritu de la ley, que lo que está buscando es, por medio de ficciones legales, considerar cotizados períodos que realmente no lo son. Ítem más, si lo que buscarse con la reforma del 124.5 fuese simplemente considerar el período cotizado durante la prestación de desempleo como computable a efectos de obtener en el futuro otra prestación del mismo tipo, sobraría la reforma del 210.2 de la LGSS, que hace precisamente eso mismo.

Hay que integrar todas estas previsiones, las que establecía la LGSS y no se han tocado, y las reformas efectuadas. La interpretación que parece adaptarse más a las previsiones de la LOIVG es considerar que, si la trabajadora no accede a la prestación por desempleo (por no reunir los requisitos de la ley), en todo caso el tiempo de suspensión se considera de cotización efectiva a efectos de las limitadas prestaciones mencionadas. Si accede a la prestación, se cotiza por todas las contingencias, y la empresa tiene que ingresar la cotización que le corresponda, pues se trata de una suspensión¹³⁶. Existiendo la obligación de cotizar, cobra sentido la previsión del artículo 21.3 de la LOIVG, según el cual, «las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo (...) tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida (...)».

Esto es lo que pensamos que se desprende de la regulación legal. Sin embargo, nos parece desacertado, ya que no es lo mismo esta suspensión que las otras dos que dan lugar al derecho a la prestación por desempleo. En los otros dos casos, es la situación de la empresa la que está dando lugar a la suspensión, por lo que puede tener algún sentido obligar al empresario a ingresar la cotización. En cambio, aquí el hecho causante es un acontecimiento absolutamente al margen de la relación laboral, que provoca que la trabajadora solicite la suspensión. Mantener la cotización, y además sólo en el caso de que haya prestación por desempleo, es una aberración que además puede tener como efecto colateral el rechazo empresarial a la contratación de mujeres, únicas titulares del derecho reconocido en la LOIVG. Por ello, consideramos conveniente proceder a modificar el 214 de la LGSS, en el sentido de darle a esta suspensión el mismo tratamiento que a las extinciones.

En otro orden de cosas, y ya que la protección por desempleo en nuestra legislación tiene un nivel contributivo y uno asistencial, hay que preguntarse si las trabajadoras víctimas de violencia de género que ejercen su derecho a la suspensión tienen derecho a este último. Considerando que sus beneficiarios son los parados que reúnen una serie de requisitos legales, y ya que la LOIVG no establece ninguna limitación al respecto, entendemos que la protección asistencial también se extiende a las trabajadoras que al ejercer el derecho a la suspensión no reúnen las cotizaciones exigidas para

¹³⁶ En contra, A. DE LA PUEBLA PINILLA, que afirma que «las cotizaciones que efectúe la entidad gestora se computarán para el acceso efectivo a una nueva prestación por desempleo», lo que parece dar a entender que quien cotiza es la entidad gestora («Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, pág. 103).

acceder a la prestación ¹³⁷ y a aquellas que agotan su prestación de nivel contributivo ¹³⁸. El subsidio consiste en una prestación económica y en el abono a la Seguridad Social de la cotización correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación. Su duración en el caso del trabajador que no reúne las cotizaciones necesarias para acceder al nivel contributivo dependerá del número de meses cotizados y de si tiene o no responsabilidades familiares ¹³⁹. En el caso del trabajador que ha agotado la prestación del nivel contributivo, el subsidio tendrá una duración de seis meses prorrogables por otros dos períodos de igual duración, coincidiendo así con la duración máxima de la suspensión (inicial más prorrogada), esto es: dieciocho meses.

Hay que tener en cuenta que el artículo 27 de la LOIVG crea una ayuda social específica para las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos ¹⁴⁰, que consiste en el pago único de una cantidad, que depende de las circunstancias de la víctima. Para que se conceda, tiene que existir un informe del Servicio Público de Empleo acreditando que «debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo».

Esta última exigencia –dificultades para obtener un empleo– parece, al menos a simple vista, incompatible con la situación de suspensión aquí estudiada, en tanto que la mujer en este caso tiene ya un empleo. Sucede, así, que las trabajadoras que tienen suspendido su contrato con arreglo al

¹³⁷ Reuniendo los requisitos exigidos por la legislación para tener acceso al subsidio, que son: estar desempleado y en situación legal de desempleo, inscribirse como demandante de empleo en el plazo de 15 días, desde la situación legal de desempleo, tener cotizados, en un régimen de la Seguridad Social que contemple la contingencia de desempleo, al menos 3 meses, si tiene responsabilidades familiares o 6 meses si no las tiene y no tener cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a prestación contributiva, y carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluidas las pagas extraordinarias.

¹³⁸ Y reúnen los requisitos exigidos para tener acceso al subsidio: estar desempleado, estar inscrito como demandante de empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, en el plazo de un mes desde el agotamiento de la prestación contributiva, carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, haber agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y tener responsabilidades familiares.

¹³⁹ En el caso de que el trabajador tenga responsabilidades familiares, tres, cuatro o cinco meses, si se ha cotizado 3,4 ó 5 meses, respectivamente, y 21 meses si se ha cotizado 6 o más meses. En este supuesto, el derecho se reconocerá por seis meses, prorrogables por iguales períodos, hasta su duración final. En el caso de que el trabajador no tenga responsabilidades familiares, la duración será de 6 meses si se ha cotizado 6 o más meses.

¹⁴⁰ Artículo 21: «1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional. 2. El importe de la ayuda será el equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía de grado igual o superior al 33 por 100, el importe será el equivalente a doce meses de subsidio por desempleo. 3. Estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales (...) 4. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de 18 meses de subsidio, o de 24 meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente ley. 5. Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.»

nuevo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores no pueden solicitar la ayuda, aun cuando no tuviesen los períodos de cotización necesarios para acceder a la prestación o subsidio por desempleo. En cambio, sí podría solicitarlo la trabajadora que, por no poder certificar la necesidad de la suspensión para garantizar su protección, no tiene derecho a reserva de puesto de trabajo ¹⁴¹, o bien sufre una incapacidad permanente y no reúne los requisitos para acceder a la prestación en sus modalidades contributiva o asistencial.

5.2.5. Cómputo de cotizaciones.

Éste es otro de los grandes beneficios que introduce la ley en materia de Seguridad Social. Su disposición adicional octava modifica el artículo 210.2 de la LGSS (relativo a la duración de la prestación por desempleo, que dependerá del período de ocupación cotizada), en el siguiente sentido:

«A efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial. No obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores. No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores, tal como establece el artículo 124.5 de esta ley.»

Se trata de un doble beneficio. El primero de ellos es que, invirtiendo la regla general del artículo 210.2 LGSS, las cotizaciones que fueron computadas para tener derecho a la prestación o subsidio de desempleo por ejercicio de la suspensión del 45.1.º n) del Estatuto de los Trabajadores se volverán a tener en cuenta para la calcular la duración de una posterior prestación por desempleo. Es lo que hemos llamado «doble cómputo de la cotización».

El segundo beneficio, introducido por el último inciso del 210.2, admite dos interpretaciones:

- a) Que cuando se está calculando una prestación por desempleo derivado del 45.1. n) se computan las cotizaciones efectuadas por la entidad gestora o por la empresa durante anteriores situaciones de desempleo.
- b) Que cuando se calcula cualquier prestación por desempleo se tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas en anteriores situaciones de desempleo derivadas de suspensión del 45.1.º n).

¹⁴¹ Por ejemplo, pidiendo una excedencia voluntaria.

Nos inclinamos por la primera interpretación, pues la segunda sería reiterativa, ya nos dice el nuevo 124.5 que el período de suspensión se considera de cotización efectiva a efectos de prestaciones por desempleo. Además, el 210.2 habla de cotizaciones «efectuadas por la entidad gestora o por la empresa», por lo que parece referirse a cualquier prestación de desempleo, ya se haya derivado de extinción del contrato (en cuyo caso habrá cotizado la entidad gestora) o de suspensión (en cuyo caso habrá cotizado la empresa) ¹⁴².

5.2.6. *Atemperación del compromiso de actividad.*

Un último beneficio, que completa el cuadro de protección en materia de desempleo y se extiende a toda trabajadora víctima de violencia de género que solicite la prestación por desempleo, es el relativo al compromiso de actividad que adquiere. La disposición adicional octava de la LOIVG añade un segundo párrafo a la regulación del compromiso de actividad que han de suscribir los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo que efectúa el 231.2 de la LGSS: «2. A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo. Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito».

Este beneficio no estaba previsto en el Capítulo II de la ley, para cuyos derechos el artículo 23 prevé que habrá que acreditar la situación de violencia de género con la orden de protección o, excepcionalmente y hasta que se dicte ésta, mediante informe del Ministerio Fiscal. Por tanto, considerando que está regulado dentro de las obligaciones generales de todo perceptor de prestación por desempleo, y no sólo de aquel cuyo derecho proviene de una suspensión o extinción de las reguladas por la LOIVG, y teniendo en cuenta asimismo que la ley no lo vincula expresamente con la orden de protección, pensamos que la condición de víctima a estos efectos podrá acreditarse por otras vías, como pueden ser Informes o Certificados de los Servicios Sociales correspondientes.

5.3. La omisión de los supuestos de incapacidad temporal derivada de la situación de violencia de género a efectos de otorgarle beneficios en materia de Seguridad Social.

Desde nuestro punto de vista, el pretendido carácter integral de la LOIVG no llega a concretarse de una manera efectiva puesto que a pesar del amplio esfuerzo protector que realiza, deja al margen determinados supuestos, sin demasiada justificación. Una prueba más de ello la encontra-

¹⁴² En el mismo sentido, GARCÍA NINET, «Medidas laborales... (III)», loc. cit. pág. 6. En contra, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales...», loc. cit., pág. 103.

mos en los beneficios de Seguridad Social que reconoce a las trabajadoras víctimas de violencia doméstica. Por una parte, existe una vinculación excesiva con la orden de protección, y por tanto con el proceso penal. Por otra, si bien es cierto que la ley reconoce un completo elenco de beneficios en materia de Seguridad Social para la trabajadora que se ve obligada a suspender su contrato como medida cautelar, y también para los supuestos en que se ve obligada a extinguirlo, no hace ningún tipo de referencia a aquellos casos en que la situación de violencia de género provoca en la víctima otra causa de suspensión del contrato de trabajo, como serían la incapacidad temporal o incluso la incapacidad permanente ¹⁴³. Aunque excede del objeto de nuestro estudio, centrado en la suspensión, no podemos resistirnos a cuestionar la justificación de este silencio, que deja a la víctima menos protegida precisamente cuando los daños físicos o psíquicos producidos por el maltrato son mayores, pues provocan que médicamente se la declare imposibilitada para trabajar.

6. LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA POR CUENTA PROPIA Y DE LAS FUNCIONARIAS

Aun excediendo del objeto principal de nuestro estudio, que es la suspensión del contrato de trabajo regulada en la LOIVG, consideramos conveniente para una mejor valoración global del contenido de la norma hacer una breve referencia a las medidas que establece para la protección de las trabajadoras por cuenta propia y de las funcionarias víctimas de violencia de género. Medidas, éstas, que responden a la vocación de protección integral que tiene la ley, y que atienden en el primer caso a las peculiaridades del trabajo por cuenta propia y su régimen de Seguridad Social, y en el segundo al especial régimen jurídico de la relación funcionarial. También en este aspecto nos vuelven a sorprender los silencios de la ley habida cuenta de que, además de presentar lagunas en las situaciones a las que atiende ¹⁴⁴, no contiene referencias a las trabajadoras que han suscrito una relación laboral de carácter especial no regulada por el Estatuto ¹⁴⁵, ni tampoco a otros regímenes de Seguridad Social que, al igual que acontece con el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), no contemplan la protección por desempleo ¹⁴⁶.

¹⁴³ Sobre la incapacidad permanente como motivo o causa de suspensión a añadir al listado del artículo 45, M.L. RODRÍGUEZ COPÉ, *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Colección Estudios, Madrid, 2004, pág. 125.

¹⁴⁴ Por ejemplo, no regula las consecuencias del derecho a la excedencia de la funcionaria en el ámbito de Seguridad Social, pese a la gran complejidad de sus regímenes. Como es sabido, no existe regulación unitaria de esta materia para los funcionarios públicos pues, mientras unos se encuadran en el Régimen General de la Seguridad Social, otros lo hacen en el Régimen de los Funcionarios públicos, civiles y militares, que además no es único para todos ellos, sino que en la actualidad se fragmenta en tres Regímenes Especiales: el de los Funcionarios Civiles del Estado, el de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y el de las Fuerzas Armadas. Todos ellos tienen un denominador común: la cobertura de las prestaciones se lleva a cabo mediante dos mecanismos, bien el Régimen de Mutualismo o bien el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cada uno de ellos con regulación, financiación, gestión y prestaciones específicas (J. LÓPEZ GANDÍA y M.ª A. MOMPALER CARRASCO, «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones», *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pág. 2 de 25 (TOL 439293).

¹⁴⁵ Como el personal de alta dirección, aunque en concreto en materia de suspensión del contrato de la directiva el Real Decreto 1382/1985 se remite al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. No así en lo correspondiente a las faltas de asistencia o traslados.

¹⁴⁶ *Vid. supra*, nota 124.

6.1. Las trabajadoras por cuenta propia.

La atención a la situación de estas trabajadoras cuando son víctimas de violencia de género es una novedad del texto definitivo de la ley supone sin duda un gran acierto. A pesar de que en el texto del anteproyecto no se hacía ninguna referencia a las peculiaridades de las trabajadoras por cuenta propia, la Ley Orgánica finalmente incorporó algunos beneficios en su régimen específico de Seguridad Social que, si bien presentan carencias, significan al menos un acercamiento a su protección. Hay que tener en cuenta que la situación de las trabajadoras autónomas que sufren violencia de género es ciertamente precaria, sobre todo si están encuadradas en el régimen especial por trabajar en un negocio familiar cuyo titular es el agresor.

Con el afán de tutelar al menos parte de ese desamparo, el artículo 21.5 de la ley dispone que «a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará un período de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar».

La primera cuestión sobre la que debe hacerse una llamada de atención es la deficiente técnica legislativa empleada, ya que las modificaciones sustantivas que contiene el artículo no se completan con la correspondiente novación de la legislación reguladora de la protección social de los trabajadores por cuenta propia, lo que obliga a esfuerzos interpretativos, que deberían ser corregidos en un futuro desarrollo reglamentario.

En cuanto al contenido de la protección, la LOIVG se refiere a los efectos en materia de Seguridad Social de una posible «suspensión de actividad» por parte de la trabajadora autónoma víctima de violencia de género. Debemos entender que se trata de un supuesto paralelo a la suspensión del contrato de la trabajadora por cuenta ajena. Pues bien, en este caso, la ley establece que durante ese período se suspende la obligación de cotizar y que, a pesar de ello, ese lapso temporal se considerará de cotización efectiva ¹⁴⁷. Por lo demás, la llamada que en la norma se hace a los seis meses de duración de este período debe interpretarse en el sentido de tiempo máximo, obviamente, no de duración necesaria de la situación ¹⁴⁸. Nótese en todo caso que, sin que quede claro cuál es la razón, no cabe en este caso la prórroga de la situación hasta dieciocho meses que se diseña para las trabajadoras por cuenta ajena, supeditada, como se ha señalado, a la decisión judicial sobre su necesidad de la medida.

¹⁴⁷ Se trata de un supuesto absolutamente novedoso, ya que hasta la aprobación de la LOIVG no existían en el RETA supuestos de suspensión de la obligación de cotizar considerados como de cotización efectiva.

¹⁴⁸ En el mismo sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 6, 2005, pág. 104.

En todo caso, durante dicho período la trabajadora se encuentra en una situación que se considera «asimilada al alta» y, a diferencia de lo que ocurre con las trabajadoras del régimen general, no se excluye a estos efectos ninguna prestación¹⁴⁹. Esta precisión se completa con una ficción legal, conforme a la cual la LOIVG establece que se tomará como base de cotización la equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar. Esto nos lleva al problema de qué ocurrirá en aquellos casos en que la trabajadora aún no lleve seis meses cotizando. El carácter generalista y protector de la LOIVG nos aparta de la idea de que la trabajadora no pueda acceder al beneficio, de manera que nos inclinamos por interpretar que el promedio se deberá calcular sobre el período inmediatamente anterior a la suspensión, de modo similar a como lo hemos interpretado para las trabajadoras por cuenta ajena¹⁵⁰.

En cuanto a la acreditación de la situación de víctima de violencia de género, la ubicación del derecho en el artículo 21 nos lleva a mantener que es de aplicación lo dispuesto en el 23, en el sentido estar vinculada a la orden de protección o, excepcionalmente, al informe del Ministerio Fiscal (recuérdese lo dicho sobre el efecto de la sentencia condenatoria).

Hay otra cuestión preocupante, si consideramos que la situación de la trabajadora autónoma víctima de violencia de género es, al menos, tan necesitada de protección como la de la trabajadora por cuenta propia. Nos referimos a la falta de establecimiento de algún tipo de renta de compensación para que la trabajadora afronte este período en que, al no desempeñar su actividad, va a carecer de ingresos. En todo caso entendemos que, si reúne las condiciones económicas fijadas por la ley, podría acceder a las ayudas sociales reguladas en el artículo 27, ya que en éste no se vinculan a que la mujer sea o haya sido sujeto de un contrato de trabajo.

Por último, habría que plantearse la posibilidad de extender los beneficios del artículo 21.3, relativos a las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo, y considerar que, si es la propia empresaria autónoma la que tiene que cubrir su ausencia por medio de un contrato de interinidad, tendría mucho sentido que dicha contratación también estuviese bonificada, pues deriva de idéntica situación de maltrato. Con esta medida se podría compensar la falta de rentas, facilitando que la trabajadora atendiese a la continuación de su negocio aun sin poder desempeñar el trabajo personalmente.

6.2. La protección de las funcionarias.

Tal como se advertía en las líneas precedentes, este estudio debe completarse con una referencia, necesariamente somera, a la protección que la nueva ley dispensa a las funcionarias víctimas

¹⁴⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA considera que esto se debe a que la situación es de alta pura y simple, ya que en ningún momento la trabajadora es dada de baja como autónoma («Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *AL*, núm. 7, 2005, pág. 756).

¹⁵⁰ En el mismo sentido, J.F. LOUSADA AROCHENA, «Aspectos laborales...», *op. cit.*, pág. 756. En cambio, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ entiende que habría que aplicar analógicamente las reglas de determinación de la base aplicadas en otros casos en que se lleva menos meses trabajando que los tomados como punto de referencia para otras prestaciones (*La dimensión laboral...*, *op. cit.*, pág. 77).

de violencia de género. No en vano, la LOIVG dedica todo un capítulo a la regulación de los derechos de las funcionarias públicas en esta materia; en concreto, se trata del Capítulo III, que comprende los artículos 24 a 26, desarrollándolos por medio de la disposición adicional novena, que modifica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP).

6.2.1. La protección en lo relativo a la relación funcional.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la nueva ley, «la funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica». Regla a la que el artículo 25 añade que «las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género sufrida por la mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determinen en su legislación específica», supeditando el artículo 26 el derecho a la acreditación de la condición de víctima de violencia de género mediante los mismos instrumentos que para las trabajadoras por cuenta ajena, es decir, orden de protección o, excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal ¹⁵¹. No existe mucho riesgo de que se utilice la vía penal para conseguir beneficios en la relación funcional porque como veremos la protección de la funcionaria no alcanza aspectos tan atractivos como el acceso a rentas sustitutivas del salario.

En cuanto a los derechos consagrados en el articulado de la LOIVG y desarrollados mediante la reforma que se hace a la LMRFP, se consideran todos ellos «bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictados al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas». Previsión muy acertada, que en este caso sí supone una protección *integral*, en el sentido de universalidad del sujeto protegido.

Sin restar importancia a las reglas sobre movilidad geográfica, modificaciones horarias y de jornada que se establecen, y a la consideración de las faltas de asistencia motivadas por la violencia de género como permiso ¹⁵², nos vamos a detener tan sólo en el derecho a la excedencia forzosa, por su paralelismo con el derecho a la suspensión del contrato que se establece para la trabajadora por cuenta ajena.

A estos efectos se añade un apartado 8 al artículo 29 de la LMRFP con el siguiente contenido: «Excedencia por razón de violencia sobre la mujer funcionaria: Las funcionarias públicas víctimas

¹⁵¹ Con respecto a esta vinculación, consideramos que no peca tanto de ser un elemento de rigidez como en el caso de las trabajadoras por cuenta ajena, ya que el margen para el pacto con el empresario-Administración Pública de por sí es inexistente.

¹⁵² Las faltas de asistencia se consideran como justificadas mediante su inclusión en el artículo 30 de la LMRFP, que regula los supuestos de permiso. Con base en esta consideración, M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ sostiene que la funcionaria mantiene su remuneración (*La dimensión laboral de la violencia...*, *op. cit.*, pág. 88). En todo caso, esta medida sería admisible en tanto en cuanto el empresario es la Administración Pública, ya que si se hubiese dado la misma solución retributiva con respecto a la empresa privada se estaría introduciendo un factor desmotivador de la contratación femenina.

de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos, y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. Esto no obstante, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por períodos de hasta tres meses, con un máximo de dieciocho, el período en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, con idénticos efectos a los señalados en dicho párrafo».

Nótese que se configura como un derecho a la excedencia voluntaria, en el sentido de que es dependiente de la voluntad del funcionario ¹⁵³ y que, a diferencia de lo establecido como regla general para los supuestos de excedencia ¹⁵⁴, el período es computable a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. También se mejora en relación con los supuestos de excedencia voluntaria por interés particular en el sentido de que para ejercerla no se exige tiempo mínimo de servicios, ni tampoco un plazo mínimo de permanencia en esta situación ¹⁵⁵.

En cuanto a la duración de la excedencia, se establece una regulación paralela a la que se efectúa con respecto al derecho a la suspensión del contrato de la trabajadora víctima de malos tratos, es decir, hasta seis meses a iniciativa de la trabajadora, y posible prórroga de tres en tres meses hasta un máximo de dieciocho cuando lo estime conveniente el Juez de violencia sobre la mujer, en los términos ya vistos. Pensamos que son aplicables todas las consideraciones efectuadas *ut supra* respecto a la duración de la suspensión y a la intervención judicial en esta materia, por el paralelismo de la regulación legal.

6.2.2. La protección en materia de Seguridad Social.

Como ya hemos apuntado, la ley no completa la regulación de la protección de las funcionarias públicas con los aspectos de Seguridad Social, lo que obliga a suplir esta laguna legal mediante interpretaciones sistemáticas, teleológicas y analógicas. Siguiendo, en este punto, a la profesora M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, entendemos que puede darse a la excedencia por malos tratos el mismo tratamiento que recibe la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, con la que presenta similitudes por ser computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos.

¹⁵³ Frente a la excedencia forzosa, que es una consecuencia derivada de una decisión administrativa que impide la normal prestación del servicio (A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 343).

¹⁵⁴ Artículo 29.3 d) LMRFP: «Los funcionarios excedentes no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo permanecido en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos».

¹⁵⁵ Cuando se trata del supuesto general de excedencia voluntaria por «interés particular», el artículo 29.3 c) de la LMRFP establece que para solicitarla es preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores y, además, en ella no se podrá permanecer menos de dos años continuados.

En todo caso, la interpretación presenta menos problemas cuando se trata de funcionarias acogidas al Régimen General, pues tenemos como referente la regulación que se hace de las consecuencias en Seguridad Social de los derechos laborales de las trabajadoras víctimas (de regulación bastante paralela a los establecidos para las funcionarias), pero es ciertamente complicada para los Regímenes Especiales, en cuyo caso se convierte en un doble salto mortal.

Además de los problemas interpretativos, el efecto principal de la falta de previsiones en materia de Seguridad Social es una insuficiente protección de la funcionaria, ya que no se le posibilita el acceso a rentas de sustitución cuando hace uso de su derecho a la excedencia. Se trata de una cuestión que se debería haber resuelto por alguna vía ¹⁵⁶, y que supone un agravio comparativo en relación con el acceso a la prestación por desempleo que tiene la trabajadora por cuenta ajena que ejerce su derecho a la suspensión ¹⁵⁷. También hubiese sido conveniente introducir alguna previsión que considerase como tiempo cotizado el tiempo de excedencia voluntaria de las funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social ¹⁵⁸.

6.3. Sobre la no inclusión de las relaciones laborales especiales y de otros regímenes especiales de Seguridad Social.

La LOIVG se centra en exceso en la situación laboral de la trabajadora por cuenta ajena víctima de violencia de género, olvidando que existen muchas mujeres que viven de su trabajo, pero sin ser sujetos de la clásica relación laboral común sometida al Estatuto de los Trabajadores. Hemos visto que la regulación que hace de los derechos de la trabajadora autónoma y de la funcionaria presenta bastantes deficiencias pero, al menos, se ocupa de su situación. En cambio, a otras trabajadoras ni siquiera las menciona, por lo que en principio no pueden acogerse a ningún derecho laboral ni beneficio de Seguridad Social derivado de su concreta situación de víctimas de violencia de género.

Nos referimos, por ejemplo, al supuesto de la trabajadora alta directiva, cuya relación se rige por lo establecido en el Real Decreto 1382/1985 y por lo pactado en el contrato. En concreto, estas trabajadoras podrán disfrutar del derecho a la suspensión del contrato, pues el Real Decreto remite en este tema al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, pero no participan de los derechos en materia de jornada o centro de trabajo, o incluso respecto a las faltas de asistencia al trabajo, cuestiones todas ellas que según el Real Decreto se regulan por su contrato de trabajo. Por otra parte, si están encuadradas en el Régimen General de Asimilados, están excluidas de las protecciones de FOGASA y desempleo, por lo que también tienen vedado el acceso a desempleo aun el caso de que

¹⁵⁶ En el mismo sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Aspectos laborales y de protección social...» loc. cit., pág. 101.

¹⁵⁷ El Informe del CES al anteproyecto ya indicó esta insuficiencia, que no se ha corregido en la redacción definitiva de la ley. El CES sugería que el mecanismo de compensación de rentas fuese análogo al existente en el artículo 29 de la Ley 30/1984 sobre Reconocimiento del derecho a la percepción de retribuciones básicas y complementarias en distintas situaciones administrativas.

¹⁵⁸ Como también sugería el Informe del CES.

lleguen a ejercer el derecho a la suspensión. Nótese que la alta directiva puede serlo de una empresa familiar de tipo societario, supuestos en los que el negocio, y por tanto su trabajo, pueden estar participados por el cónyuge agresor, lo que constituye un tipo de situaciones aún más delicadas.

Todavía más llamativa es la falta de atención a la situación de la trabajadora empleada del hogar familiar. Convendría haber extendido las mismas reformas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores a la regulación del Real Decreto 1424/1985, que tiene sus reglas específicas con respecto a jornada y tiempo de trabajo, aunque quizás la solución más adecuada hubiese sido consagrar los derechos introducidos por la LOIVG como básicos para todas las relaciones laborales, incluso las de carácter especial, de manera similar a lo que se ha hecho con las modificaciones en materia de régimen funcional. Por otra parte, el Régimen Especial de la Seguridad Social de estas trabajadoras también tiene peculiaridades ¹⁵⁹, y la falta de referencia por parte de la ley las excluye de protección adecuada. Es difícil suplir las lagunas por medio de la interpretación, pero verdaderamente es un sinsentido que, por ejemplo, la empleada de hogar que trabaja para varios empresarios y tiene que hacer frente a toda la cotización no puede acogerse al mismo beneficio de suspensión de la obligación de cotizar que se recoge para las autónomas.

Algo parecido ocurre con las trabajadoras incluidas en el régimen especial agrario como trabajadoras por cuenta propia, que también están excluidas de la protección por desempleo, y deben hacer frente a su propia cotización mensual.

En definitiva, una regulación que, pese a denominarse de protección integral, no se detiene en detalles, lo que trae como consecuencia que las trabajadoras cuya situación es más precaria por estar al margen de la tuitiva legislación laboral, queden también al margen de la específica protección contra los efectos de la violencia de género.

¹⁵⁹ Por una parte, en materia de cotización, ya que cuando la prestación de servicios se realiza de forma exclusiva y permanente para un solo empleador el sujeto obligado a cotizar es éste, en tanto que la cuota es a cargo del empleador y del trabajador; cuando los servicios sean prestados por el empleado de hogar de forma parcial, y para uno o más empleadores, el importe íntegro de la cuota es a cargo exclusivo del propio trabajador. Por otra parte, en cuanto a la protección, el trabajador encuadrado en este régimen no tiene derecho a prestación por desempleo.