

LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL ART. 40.3 BIS ET (ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES)

Gemma Fabregat Monfort

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Instituto Universitario de Derechos Humanos - Universitat de València*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. REQUISITOS CONDICIONANTES DEL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: 1. La voluntad de la trabajadora afectada. 2. Las dimensiones de la empresa.- III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EX ART. 40.3 BIS: ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS: 1. El carácter preferente del derecho a la movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género. 2. El traslado o cambio de centro al puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente en una vacante actual o futura. 3. La duración del cambio de puesto.- IV. EL TRATAMIENTO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PLANES DE IGUALDAD: 1. Planes que no se pronuncian a propósito de este derecho a la movilidad geográfica de las víctimas de violencia de género. 2. Planes que ratifican la regulación legal. 3. Planes que de alguna forma mejoran la regulación del art. 40.3 bis ET.

PALABRAS CLAVES

Mercado de trabajo; Movilidad laboral; Derechos de la mujer; Violencia de género.

RESUMEN

El presente artículo aborda los problemas jurídicos que plantea el derecho al traslado que la víctima de violencia de género tiene reconocido en el art. 40.3 bis. ET. Se trata de determinar los requisitos a los que la ley condiciona ese derecho, las peculiaridades de su régimen jurídico y si,

en efecto, los planes de igualdad mejoran o no la regulación contenida en la norma. Todo ello con el fin de clarificar la interpretación jurídica de un derecho, el del cambio de puesto, que puede ser de enorme utilidad para garantizar a las víctimas de violencia de género una protección real, traducible en este caso en su alejamiento del agresor con mantenimiento del empleo.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto reflexionar respecto de una serie de cuestiones controvertidas que plantea la movilidad geográfica como derecho de la trabajadora víctima de la violencia de género.

Con el declarado objetivo de garantizar una tutela multidisciplinar e integral a las víctimas de la violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹ (en adelante LOMVG) introdujo una serie de medidas a favor de las mujeres que sufriesen tal trato vejatorio, y a esos efectos modificó tanto la normativa procesal como la civil, penal, administrativa y social².

A las medidas laborales y de Seguridad Social se refieren el Capítulo II LOMVG, que enuncia los derechos que desde esta perspectiva se le reconocen a la trabajadora víctima de violencia de género, y las Disposiciones Adicionales Séptima y Octava LOMVG que, respectivamente, contienen las modificaciones que el reconocimiento de tales derechos genera en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y en la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS).

De entre todos ellos me centraré en la movilidad geográfica. Derecho genéricamente reconocido para con las trabajadoras víctimas de una violencia de género en esa enumeración de medidas laborales que realiza el art. 21 LOMVG y que se detalla en lo que se refiere a los concretos términos de su ejercicio en el segundo punto de la Disposición Adicional Séptima.

En base a este último precepto legal se introduce un nuevo apartado 3 bis) en el art. 40 ET, artículo éste referido fundamentalmente a los cambios de puesto que el empleador puede imponer en el ejercicio de su poder de dirección (traslados y desplazamientos)³. No obstante, la regulación

¹ BOE de 29 de diciembre de 2004.

² Véase, a esos efectos, la propia Exposición de Motivos de la LOMVG.

³ Con todo, debe mencionarse que el art. 40.3 también contiene el régimen jurídico de la movilidad geográfica por “reagrupación familiar”, aunque de forma muy concisa. Véase al

que la LOMVG contiene a ese respecto no es muy afortunada, más bien al contrario. En realidad, al integrar una medida de protección para la trabajadora víctima de la violencia de género en un precepto básicamente previsto para los cambios de puesto que el empleador unilateralmente puede imponer al trabajador de concurrir causa económica, técnica, organizativa o de producción, son muchas las cuestiones problemáticas que plantea este derecho a la movilidad geográfica “por violencia de género”.

En ese sentido, y con el fin de contribuir a la clarificación de la dicción legal, en el presente estudio pretendo reflexionar al respecto de tres cuestiones:

1ª) Los requisitos condicionantes del derecho a la movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género.

2ª) Los aspectos críticos del régimen jurídico de la movilidad geográfica ex. art. 40.3 bis ET.

3ª) El tratamiento de la movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género en los planes de igualdad.

II. REQUISITOS CONDICIONANTES DEL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Frente a la situación general de traslado, desplazamiento, o cambio de centro previstos en el art. 40 ET, que se perfilan como una facultad empresarial ante la concurrencia de una necesidad organizativa, el supuesto contemplado en el art. 40.3 bis ET se refiere a un cambio de puesto que, implicando cambio de centro de trabajo, no responde a una necesidad empresarial, sino a la necesidad de garantizar mayor protección a la trabajadora que es víctima de la violencia de género. Se trata de un derecho que, tal y como está conformado, depende de dos factores:

1º) La voluntad de la trabajadora afectada, que debe desear el cambio.

2º) Las dimensiones de la empresa, que deben permitir el cambio.

respecto de las peculiaridades de su régimen jurídico, M. Agis Dasilva, *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 112-120.

1. La voluntad de la trabajadora afectada

El art. 40.3 bis ET condiciona el derecho a la movilidad geográfica que contempla, al hecho de que la trabajadora “se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios”, y ello, además de exigir que esta trabajadora cumpla con los requisitos que establece el art. 23 LOMVG⁴, lo que ha generado dudas respecto a la interpretación de esa obligación a abandonar el puesto de trabajo. No obstante, como bien ha concluido la doctrina⁵, no parece que pueda existir más obligación en ese sentido que la necesidad de la trabajadora de obtener mayor amparo y su voluntad de cambiar de centro de trabajo en aras de conseguir ese plus de protección.

De hecho, no parece razonable limitar la posibilidad de movilidad geográfica a los supuestos en que la trabajadora puede solicitar al juez una permuta del uso de la vivienda familiar por otra vivienda. Y no parece razonable porque, entre otras cosas, aunque de obtener dicha autorización, la movilidad geográfica devendría obligatoria con el fin de que pueda prestar servicios en la localidad donde radica la nueva vivienda, el hecho de que la permuta se produzca depende de que la trabajadora lo solicite, por lo que desde esa perspectiva no hay obligatoriedad, sino que es ella la que voluntariamente pide el cambio de vivienda⁶.

En definitiva, que la obligatoriedad considerada como imperativa necesidad en la movilidad geográfica ex. art. 40.3 bis, y con o sin permuta de domicilio, siempre queda condicionada a la voluntad de la trabajadora, que será la que en atención a la situación que está viviendo decidirá si precisa o no de un cambio de puesto de estas características en aras de obtener mayor protección.

Dicho en otras palabras, que la obligatoriedad a abandonar el puesto de trabajo al que se condiciona la movilidad geográfica en este caso, no parece que deba interpretarse como la exigencia para con la trabajadora de una demostración estricta de la necesidad de que el cambio se produzca,

⁴ El art. 23 LOMVG se refiere a la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras, estableciendo a ese respecto 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”.

⁵ 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”, R.L. n° 6, 2005, p. 97.

⁶ Al respecto, para un mayor estudio véase A. de la Puebla Pinilla, “Aspectos laborales y de protección social... cit., p. 97.

sino que bastará con que en términos de razonabilidad la seguridad de la trabajadora se vea incrementada de producirse el referido cambio de puesto de trabajo.

La obligatoriedad de abandonar el puesto, por lo tanto, se convertirá en la necesidad y voluntad de hacerlo, sin que sea exigible más prueba que la de ser víctima de violencia de género y que así conste ex art. 23 LOMVG, esto es, con una orden de protección a favor de la víctima, aunque excepcionalmente también pueda ser 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.

2. Las dimensiones de la empresa

Sucede, no obstante, que el art. 40.3 bis ET habla de traslado y de cambio de centro y, aunque a las posibles diferencias entre una y otra novación locacional me referiré con posterioridad, lo que ahora me interesa precisar es que tanto en uno como en otro supuesto, la posibilidad de que este cambio devenga efectivo depende, además de la voluntad de la víctima en los términos expuestos, de un factor externo a la voluntad de las partes, cual es, que las dimensiones de la empresa permitan ese cambio.

Claramente, en las grandes empresas, o incluso en las medianas empresas con más de un centro de trabajo, concurrirán las características necesarias para que el cambio sea efectivo. No obstante, las empresas de esas dimensiones resultan minoritarias en nuestro tejido industrial, que suele descansar sobre la figura de la pequeña empresa, muchas veces con un único centro de trabajo⁷. Y en esos supuestos, por mucha voluntad que tengan las partes, el cambio de puesto en aras de garantizar mayor protección no podrá ser efectivo, pues solo puede serlo si la empresa dispone de más de un centro al que movilizar geográficamente a la trabajadora.

Cierto es que ello no impedirá que la trabajadora pueda recurrir a cualquier otra de las medidas laborales que contempla la LOMVG en aras de alcanzar esa protección integral, pero todas ellas -excepto la reordenación de jornada- le van a causar un perjuicio económico -piénsese que estamos hablando de suspensión, reducción de jornada o extinción- difícil de asumir en muchas ocasiones por quien precisa de

⁷ Véase, al respecto, el Informe de la CEPYME sobre la Estructura Empresarial Española (2007). www.cepyme.es/docu/dirce2006.pdf, (26 de enero de 2012)

protección.

Pero hay más: porque la reordenación de jornada, que es como digo junto con la movilidad geográfica la única medida que no le supone un perjuicio económico a la víctima, puede que en ocasiones devenga insuficiente como medida de protección. Lo que ocurrirá especialmente en los casos más gravosos o de violencia de mayor intensidad.

Con lo que, al final, si bien la movilidad geográfica en los términos del art. 40.3 bis ET es la mejor medida laboral desde el punto de vista de la protección de la víctima de violencia de género, por el alejamiento que supone del agresor sin pérdida económica, lo cierto es que se trata de una medida que no siempre podrá ser efectiva. Dependerá no solo de la voluntad de la trabajadora afectada, que debe desear el cambio en los términos expuestos, sino también de un hecho tan ajeno a esa voluntad como que las dimensiones de la empresa lo permitan. Lo que no será lo más frecuente en atención a las características organizacionales de la gran parte de las empresas que conforman el tejido empresarial español.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EX ART. 40.3 BIS: ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS

Sin perjuicio de lo expuesto y presumiendo que se dan los requisitos que condicionan la efectividad de este derecho –es decir, que concurra la voluntad de la víctima y que las dimensiones de la empresa permitan el cambio-, lo cierto es que el art. 40.3 bis ET a efectos de que la movilidad geográfica se pueda producir, exige algo más: que el empleador le comunique a la trabajadora las vacantes que existen en ese momento o que puedan existir en un futuro de su misma categoría o grupo profesional para que el traslado o el cambio de centro, que se reconoce como derecho preferente, pueda ser efectivo.

Se nos señala, además, que el cambio tendrá una duración inicial de seis meses, en los que la trabajadora disfrutará de un derecho de reserva de su puesto de trabajo anterior. Transcurrido ese plazo temporal, ésta podrá optar entre volver a su anterior puesto o permanecer en el nuevo, aunque en este último caso decaerá el derecho de reserva.

Al respecto, entiendo importante subrayar tres cuestiones:

1ª) El carácter preferente del derecho a la movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género.

2ª) El traslado o cambio de centro al puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente en una vacante actual o futura.

3ª) La duración del cambio de puesto.

1. El carácter preferente del derecho a la movilidad geográfica de la trabajadora víctima de la violencia de género

El art. 40.3 bis ET, en cuanto garante del derecho de la trabajadora a un cambio locacional de estas características, se encarga de matizar que el derecho a la movilidad geográfica de la víctima de violencia de género es un derecho de los denominados preferentes. En ese sentido, se trata de un derecho que parece predominar sobre el que pudiesen ostentar terceros, sean éstos trabajadores de la misma empresa o personas con expectativas de serlo.

Es decir, cuando el legislador se detiene a precisar que el derecho a esta movilidad es un derecho preferente, parece que lo hace prevalecer tanto frente a cualquier persona ajena a la empresa que pudiese ver frustradas sus expectativas a acceder al puesto de trabajo que, tras la movilidad geográfica, ocupará la trabajadora en cuestión; como frente aquellos trabajadores de la propia empresa que por el mismo motivo no ven satisfechas sus expectativas de ascender u ocupar tal puesto indefinidamente. Ejemplo de esto último bien pudiera ser la situación en la que se encuentran aquellos trabajadores que según el régimen de ascensos aplicable en la empresa tuviesen derecho al puesto de trabajo en cuestión, y que ven relegado el ejercicio de su derecho por la protección que se debe precisar a esas trabajadoras; incluso, en mi opinión, esta preferencia es defendible también frente al trabajador con derecho a la promoción automática *ex art. 39.4 ET*. En efecto, aunque este último precepto solamente condiciona la viabilidad de la promoción automática al hecho de que ésta no resulte contradictoria con el régimen de ascensos aplicable en la empresa, en cuyo caso, únicamente se le permite al trabajador solicitar que se promueva la vacante⁸, entiendo que la preferencia con la que el legislador de la LOMVG reconoce el derecho de estas trabajadoras a la movilidad geográfica permite entender que éste debe predominar sobre el primero.

En definitiva, que en caso de que exista una vacante será la trabajadora víctima de una violencia de género la que tendrá mejor derecho a ocuparla, por delante tanto de aquel tercero que ha superado con éxito un proceso de selección, pero que verá frustrada la posibilidad de ser contratado para acceder al puesto de trabajo que ocupará esa trabajadora tras la movilidad geográfica; como por delante del trabajador con derecho a ascender según el régimen de ascensos aplicable en la empresa y por

⁸ Para un mayor estudio al respecto de la promoción automática, véase, mi análisis en *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*, CES, Valencia, 2003, pp. 109 ss.

delante, también, del trabajador con derecho a la promoción automática ex. art. 39.4 ET.

Incluso, por delante de trabajadores de la empresa que quisiesen acceder a ese puesto ejercitando, ellos mismos, otras modalidades de cambios geográficos en la prestación de servicios como puedan ser las permutas o la movilidad geográfica por reagrupación familiar.

La víctima de la violencia de género, por tanto, tiene un derecho preferente respecto a cualquier otro, lo que además resulta lógico en atención al bien jurídico que se le protege.

2. El traslado o cambio de centro al puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente en una vacante actual o futura

Cuando el art. 40.3 bis ET reconoce este derecho, lo hace sin distinguir entre el cambio de centro y el traslado, estableciendo además que el cambio puede ser a un puesto del mismo grupo o categoría equivalente y en una vacante presente o futura.

En ese sentido, las posibilidades que se derivan de una interpretación integrada de esta triple secuenciación, cual es, 1ª) traslado o cambio de centro; 2ª) puesto del mismo grupo o categoría equivalente; y 3ª) vacante real o futura; pueden sistematizarse como sigue:

1º) Por lo que se refiere a la diferenciación entre traslado o cambio de centro, lo que parece querer decir el legislador es que el derecho a la movilidad geográfica de estas características afecta tanto a los cambios de centro con cambio de residencia (que es a lo que parece querer hacer referencia el concepto de “traslados”)⁹ como a los cambios de centro que no exijan cambio de residencia. Entendiendo por estos últimos, no cambios a un centro de trabajo de la misma localidad, que parecen quedar excluidos según dicción legal¹⁰, sino cambios a un centro de localidad diferente a la

⁹ Con todo, debe decirse que el cambio de puesto que supone a su vez un cambio de domicilio habitual puede manifestarse tanto bajo la figura jurídica del traslado como bajo lo que jurídicamente se considera desplazamiento.

¹⁰ El 40.3 bis ET establece expresamente: “la trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios...”. En realidad, es lógico que sea así desde el interés jurídico que se protege: la seguridad de la víctima.

Con todo, si se demostrase que un cambio de puesto sin cambio de residencia, y en la misma localidad, puede igualmente proteger a la víctima de violencia de género de su agresor podría defenderse el derecho de la trabajadora a tal cambio, lo que ocurre es que es difícil que se pueda demostrar que un mero cambio de puesto sin cambio de residencia contribuye

habitual, aunque lo suficientemente cercana y bien comunicada como para permitir un desplazamiento diario desde el domicilio de la trabajadora al lugar de prestación de servicios.

La opción por uno u otro cambio parece depender de las específicas circunstancias del caso en concreto, es decir, de la necesidad de alejamiento de la víctima y de las posibilidades de ofertar vacantes de las que disponga la empresa. Aún así, lo que me parece importante subrayar es que el objetivo de la norma es el de garantizar la mayor protección posible y, desde esa perspectiva, si la empresa únicamente dispusiera de una vacante, implicase o no ésta un cambio de residencia, cumplirá con su obligación legal de ofrecérsela a la trabajadora, siempre que con ello se le garantice mayor protección frente a su agresor. Pero en caso de existir varias vacantes, no creo que el empresario cumpliera con cuanto le exige el art. 40.3 bis ET de poner a disposición de la trabajadora únicamente el puesto que supone un cambio de centro sin cambio de residencia si la trabajadora solicita un cambio de centro que implique a su vez cambio de residencia, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones ésta necesitará alejarse de su entorno habitual, y cuanto mayor sea la distancia, mejor.

Desde una interpretación teleológica de la norma entiendo que de existir varias vacantes disponibles deberá ser la trabajadora la que decida si dada la situación de agravio en la que se encuentra, le interesa o no un cambio de puesto que suponga a su vez un cambio de residencia. Evidentemente, ello, ya lo he dicho, en caso de que las peculiaridades de la empresa lo permitan. Si no es así, el empresario cumplirá ofreciendo la única vacante que dispone y, en ese caso, con independencia de que se produzca o no el cambio de residencia, sí creo que habrá cumplido con cuanto la ley exige si la vacante en cuestión resulta adecuada en aras de garantizar mayor seguridad a la trabajadora.

Cuando no sea así, es decir, cuando la única vacante disponible en la empresa no resulte adecuada al fin protector que persigue la ley, habrá que concluir que no es posible la movilidad geográfica, al menos, inmediatamente, y sin que ello obste a que la trabajadora mantenga su derecho preferente frente a plazas vacantes que siendo adecuadas puedan generarse en el futuro.

2º) Por lo que se refiere a la posibilidad legal de que el cambio lo sea a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, la cuestión se complica. Para empezar, una movilidad geográfica, técnicamente, lo es al mismo puesto, y no a un puesto del mismo grupo o categoría equivalente. De concurrir esto último, el cambio ya no es exclusivamente locacional, ya no es sólo de puesto, sino también funcional. Ciertamente es desde esta

eficazmente a garantizar protección jurídica a la trabajadora víctima de violencia de género.

última perspectiva lo será en el nivel de menor intensidad, en el previsto en el art. 39.1 ET; pero también es verdad que en atención a la amplitud con la que en la práctica se suelen negociar los grupos profesionales, no está claro que esta movilidad siempre vaya a generar un cambio de escasa trascendencia.

En efecto, los sistemas convencionales de clasificación profesional no siempre contemplan grupos profesionales ajustados a la definición de grupo profesional que establece el art. 22.2 ET. Por el contrario, no son pocas las ocasiones en las que todavía a día de hoy se negocian grupos profesionales con estructura jerarquizada, más propios de la época de las Ordenanzas Laborales que de cuanto establece el art. 22.2 ET. Y en ese sentido, la conclusión que aquí interesa resaltar es que de existir esos grupos profesionales, el empresario podría cumplir con cuanto el art. 40.3 bis le exige de ofrecer a la trabajadora un puesto vacante de su mismo grupo, aunque éste le supusiera realizar funciones de índole claramente inferior o superior.

No es el momento de extenderme al respecto de las problemáticas que ello puede generar sobre la retribución a percibir, en el sentido de la consolidación o no de las distintas partidas salariales, ni tampoco al respecto de incidir excesivamente sobre los sistemas de clasificación profesional que pueden regir, pero sí que me parece importante precisar las siguientes tres situaciones:

a) En el caso de que el sistema clasificatorio aplicable en la empresa únicamente estuviese conformado por categorías profesionales, entiendo que para que el empleador cumpla con cuanto le exige la ley, debe poner a disposición de la trabajadora una vacante de categoría profesional equivalente y no otra. De ser así, por un lado, el empleador cumpliría con su obligación y, por otro, ello no creo que generase graves problemas a la trabajadora, pues la equivalencia en los cometidos que caracterizaría a estas categorías permite presumir que razonablemente también serían equivalentes las retribuciones previstas para una y otra.

b) En el caso de que el sistema convencional estuviese, como permite el art. 22.2 ET *in fine*, conformado por grupos compuestos a su vez por categorías, aplicando el principio de la especialidad frente a la generalidad, entiendo que el empleador únicamente cumpliría si la vacante que le ofrece al trabajador es de una categoría profesional equivalente y no cualquier otra que, no siéndolo, forme parte del mismo grupo. Las ventajas de que el nuevo puesto pertenezca a una categoría equivalente, en lo que atañe a efectos retributivos del trabajador, ya las he apuntado, por lo que me remito a lo dicho. Pero no puede desconocerse que lo anteriormente expuesto también comporta un riesgo: entender *a sensu contrario* que el empleador no cumple con su obligación de ser la vacante del mismo grupo pero de categoría profesional no equivalente. Pues bien, tampoco

creo que esto último sea cierto. Teniendo en cuenta que la *ratio* de la norma es proteger a la trabajadora y ofrecerle un cambio de puesto que en cualquier caso ella puede aceptar o no, creo que en el supuesto de que el sistema convencional aplicable en la empresa estuviese conformado por grupos compuestos a su vez por categorías, son dos las situaciones que se pueden distinguir:

- Si el empresario dispone de dos vacantes adecuadas, una de categoría profesional equivalente a la de la trabajadora y otra que no lo es pese a conformar el mismo grupo profesional, entiendo que el empresario está obligado a ofertar la primera y no la segunda. Y que si únicamente pone a disposición de la trabajadora la vacante que no es de categoría equivalente a la que ella ostenta, no cumple con su obligación legal.

- Ahora bien, en caso de que sólo exista una vacante disponible, si ésta es del mismo grupo aunque no de categoría equivalente, entiendo que el empleador cumple poniéndola a disposición de la trabajadora, que será la que decidirá si le compensa aceptar la oferta o no.

c) En caso de que el sistema clasificatorio únicamente esté conformado por grupos, con independencia de que estos grupos se ajusten a la definición del art. 22.2 ET o no, la conclusión que a estos efectos importa entiendo que es la misma que acaba de exponerse: el empresario ofrecerá la vacante a la trabajadora y ésta decidirá si acepta o no. Cuestión distinta es lo que puede ocurrir con la retribución a percibir y el resto de condiciones laborales, respecto de lo que sí tiene importancia la conformación interna del grupo. Pero en cualquier caso, las problemáticas que se puedan generar, creo que se deberán solventar desde la razonabilidad que prodiga el TS¹¹ a la hora de interpretar la diferencia entre una renuncia de derechos prohibida ex art. 3.5 ET y una disposición condicionada a la obtención de ciertos beneficios por el trabajador¹².

3º) Respecto a la posibilidad de que la vacante sea real o futura, lo que parece querer advertir el legislador al mencionarlo expresamente, es que el derecho de la trabajadora a un cambio de estas características

¹¹ Aunque no se refieren a este supuesto de movilidad geográfica sino a otros supuestos de hecho distintos, al respecto de lo que según el TS debe entenderse como renuncia prohibida o disposición condicionada puede verse, entre otras, SSTs de 17 de enero del 2001, Rec. 578/2000; y de 20 de enero de 1987.

¹² Teniendo en cuenta que la posible alteración de salarios y del resto de condiciones de trabajo que se puede producir es consecuencia más del cambio de funciones que del cambio geográfico y que, además, esta novación contractual por violencia de género puede entenderse como un cambio "objetivo" por cuanto que no deriva de la voluntad de las partes sino de la necesidad de protección de la trabajadora, entiendo que las consecuencias jurídicas de este supuesto de hecho son las mismas que las de cualquier otro cambio de funciones por razones objetivas. En ese sentido, me remito a mi estudio, *La movilidad funcional por razones objetivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

no se agota por el mero hecho de que no exista un puesto vacante con las características apuntadas en el momento en que ésta lo solicite. Al contrario, ésta mantendrá un derecho expectante (y preferente, recuérdese) de tal manera que, en tanto sea víctima de violencia de género, ante la primera vacante que exista en la empresa el empleador debe ponerla a su disposición. Si la ley no ha fijado plazo es seguramente porque no quería hacerlo, y en ese sentido mientras exista una solicitud de movilidad geográfica por parte de una trabajadora víctima de violencia de género, el empleador no podrá cubrir con otro trabajador un puesto de trabajo vacante si de cumplir éste con lo mencionado se reputa adecuado para esta trabajadora, que será la primera que deberá optar al mismo.

Ahora bien, lo anterior tampoco creo que le permita a la trabajadora víctima de violencia de género rechazar una vacante razonablemente adecuada a efectos de su movilidad geográfica y mantener un derecho preferente frente a cualquier otro puesto vacante que pueda existir.

3. La duración del cambio de puesto

Por lo que se refiere al plazo por el cual se mantiene el derecho a ocupar el nuevo puesto, una vez la movilidad ya es efectiva, es el propio legislador el que tasa su duración al establecer expresamente que tendrá una duración inicial de seis meses durante el que la empresa mantendrá el derecho a la reserva del puesto, transcurrido el cual la trabajadora podrá optar entre el regreso al puesto de trabajo anterior o su continuidad en el nuevo.

Pues bien, aunque la fijación de los seis meses puede ser razonable desde la perspectiva del derecho de reserva del puesto¹³, lo cierto es que resulta llamativo que la ley hable de traslado y lo condicione a una duración inicial de seis meses. Y llama la atención porque precisamente el parámetro que adopta el legislador también en el art. 40 ET para diferenciar la figura del traslado frente al desplazamiento que puede imponer el empleador, es la duración temporal de uno frente a otro. Así, el art. 40.4 ET *in fine* condiciona la distinción entre traslado y desplazamiento a que el primero suponga una duración en el plazo de tres años superior a doce meses.

De superarse ese lapso temporal el cambio de centro con cambio de residencia será traslado; de no hacerlo, será entendido como desplazamiento.

¹³ En ese sentido, A.V. Sempere Navarro, "La ley orgánica de protección contra la violencia de género: aspectos laborales", *A.S.*, n° 5, 2005.

No es el momento de entrar al detalle respecto a las distintas obligaciones que para el empleador genera un traslado frente a un desplazamiento, entre otras cosas, porque el concreto régimen jurídico de uno y otro está previsto desde la perspectiva de que es una necesidad empresarial y no del trabajador la causante del cambio de centro¹⁴. Pero aún así, me interesa matizar que aunque *a priori* pudiera parecer que el legislador utiliza el concepto de traslado para hacer referencia a la necesidad de que en este caso sea asumible por el empleador la obligación contenida en el art. 40.1 ET, en el sentido de poner a disposición del trabajador afectado por una orden de traslado la compensación por los gastos ocasionados tanto para él mismo como para los familiares que se encuentren a su cargo, no creo que sea así. Y ello, fundamentalmente, porque la compensación de gastos es razonable cuando esa movilidad es consecuencia de una decisión empresarial fundada en motivos organizativos. En ese caso y dado que el cambio deriva de una orden empresarial, es lógico que sea el propio empleador el que asuma los gastos económicos del traslado; es más, en ocasiones, la compensación económica que a esos efectos percibe el trabajador, y que suele concretarse convencionalmente, no sólo tiene por finalidad sufragar los costes del traslado sino también gratificar al trabajador por el hecho mismo de sufrirlo¹⁵.

Es evidente que esas circunstancias no concurren en la movilidad geográfica por razón de violencia de género, en el que la trabajadora afectada por el cambio no sufre un agravio, sino un plus de protección en atención a sus circunstancias personales. Los presupuestos determinantes de cada situación se invierten en el sentido siguiente: la compensación de gastos en un traslado *ex art. 40.1 ET* tiene por finalidad evitar que el cumplimiento de una orden empresarial afecte a la vida personal del trabajador, de ahí que se le sufraguen los costes que la decisión de traslado puede generarle, tratando de evitar que el aspecto profesional repercuta de forma excesivamente negativa sobre el ámbito personal del trabajador. En el caso de la violencia de género sucede lo contrario, es un motivo personal (ser víctima de la violencia de género) el que desencadena un cambio profesional, por lo que no parece que aquí, que el cambio se solicita por razones extra-profesionales, el empleador deba además hacer frente a los gastos del traslado. Más bien parece que deberá ser la trabajadora que solicita el cambio, la que deberá asumir por su cuenta los posibles costes económicos del mismo.

Por todo ello, y entendiendo que el concepto de traslado no hay que

¹⁴ Al respecto puede verse, por todos, J. Cruz Villalón, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983; M. Agis Dasilva, *El lugar de trabajo... cit.*

¹⁵ M. Agis Dasilva, *El lugar de trabajo... cit.*, p. 390.

interpretarlo con las consecuencias de compensación de gastos que para con el empresario impone el art. 40.1 ET, habrá que concluir que es otro el motivo que ha llevado al legislador a hablar de traslado y no de cambio geográfico sin más especificación. En ese sentido, se me ocurre que la razón por la cual el art. 40.3 bis ET se refiere a traslado bien podría ser el hecho de que la movilidad geográfica que se produce a consecuencia de la violencia de género que sufre la trabajadora puede ser indefinida en el tiempo, es decir, superar el umbral de los doce meses en tres años que es, como mencionaba, el lapso temporal que en la movilidad geográfica por motivos organizativos permite diferenciar el traslado del desplazamiento. La posibilidad de que se supere esa referencia temporal, dependerá de la voluntad de la trabajadora que, en cualquier caso, únicamente dispondrá de derecho de reserva de su anterior puesto durante los primeros seis meses.

Podría hablarse así, de una modalidad específica de traslado, en la que siendo distinta la causa y el régimen jurídico, también es diferente en lo que respecta a la duración. En concreto, se prevé una duración inicial de hasta seis meses, durante la que existe reserva de puesto, pero sin que ello impida que no se pueda prorrogar indefinidamente, únicamente que en caso de que esa prórroga se produzca, decaerá el derecho de reserva de puesto de la trabajadora.

No obstante ello, se ha planteado¹⁶ si ese plazo de seis meses es o no constitutivo de un mínimo de derecho necesario susceptible de mejora convencional y contractual. Concluyéndose, como en mi opinión debe ser, que así es; que no hay motivo alguno para entender que este plazo temporal no pueda ser objeto de mejora en convenio y contrato¹⁷.

De hecho, creo que todo el régimen jurídico al que me he referido en estas líneas es constitutivo de un mínimo de derecho necesario y, por lo tanto, que puede ser objeto de mejora tanto convencionalmente como contractualmente. Es más, teniendo en cuenta que desde esta última perspectiva son menores las posibilidades de negociación que desde la primera, creo que sería importante en aras de concretar cómo se va a ejercer este derecho en cada empresa, que los agentes sociales incluyesen entre las cláusulas convencionales una referencia expresa a la movilidad geográfica por razón de la violencia de género. Suele hacerse en los planes de igualdad, aunque a decir verdad se suele reconocer el derecho en sí más que concretar o/y mejorar la regulación existente, dejando pasar la oportunidad de resolver los múltiples problemas interpretativos que se pueden generar con el actual régimen legal, y respecto de algunos de los

¹⁶ Véase, al respecto, A.V. Sempere Navarro, "La ley orgánica de protección..." *cit.*

¹⁷ A. de la Puebla Pinilla, "Aspectos laborales y de protección social..." *cit.*, p. 98.

cuales se ha intentado dar cuenta en estas líneas.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PLANES DE IGUALDAD

En efecto, como avanzaba, los planes de igualdad sí suelen referirse a la movilidad geográfica o traslado de la víctima de violencia de género, y además lo suelen hacer para ratificar la regulación legal.

En realidad, aunque no se pueden desmerecer los efectos pedagógicos que ello puede tener, no deja de ser una regulación un tanto peculiar si se tiene en cuenta que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) no la cita expresamente como medida a adoptar en los planes de igualdad.

En efecto, la LOI, al ser una norma que trata de garantizar desde un punto de vista integral la igualdad entre hombres y mujeres sí se refiere a la violencia de género. No obstante, las referencias que realiza en este sentido no las vincula al plan de igualdad que debe –o en algunos casos puede- existir en la empresa para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde el punto de vista laboral, sino que se refiere a ellas como colectivo a ser considerado por los poderes públicos, reconociéndoles ciertos derechos de aplicación directa en el caso de ser funcionarias, etc.

Los planes de igualdad, en realidad, se contemplan en la LOI como el instrumento garante de la igualdad en ciertas empresas. Todas las empresas están obligadas a respetar la igualdad real entre mujeres y hombres desde el punto de vista laboral. Algunas de ellas, ex art. 45 apartados 2, 3, 4, (por tener más de doscientos cincuenta trabajadores, porque lo determine el convenio aplicable o por establecerlo la autoridad laboral en sustitución de una sanción accesoria por discriminación) LOI deberán garantizar esta igualdad implantando un plan de igualdad.

Y el plan de igualdad, contendrá “entre otras materias” referencia expresa a: *“las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”* (art. 46.2 LOI).

Nada se dice, pues, en el art. 46.2 LOI de la situación laboral de las víctimas de la violencia de género.

No obstante, en la medida en que la enumeración de materias es abierta, puede hacerse perfectamente mención a la situación laboral de las víctimas de violencia de género. Es más, me parece perfecto que se regulen los derechos laborales de este colectivo y que siempre y cuando la regulación de estas medidas no sirvan para evitar regular otras materias más propiamente referidas a la igualdad real entre mujeres y hombres (tales como el acceso, retribución, etc.) los planes de igualdad contemplen una regulación expresa aplicable a las mismas. Lo malo es que cuando sí se contiene esa mención a las víctimas de violencia de género muchas veces no se hace sino para ratificar lo que dice la ley. Desperdiciando la oportunidad de clarificar muchas de las cuestiones que he mencionado en páginas precedentes.

En realidad, y sistematizando los planes de igualdad en función de la posición que adoptan al respecto de la regulación del derecho a la movilidad geográfica de las víctimas de violencia de género, pueden diferenciarse tres tipos de planes:

1º) Planes que no se pronuncian a propósito de este derecho a la movilidad geográfica de las víctimas de violencia de género.

2º) Planes que ratifican la regulación legal.

3º) Planes que de alguna forma mejoran la regulación del art. 40.3 bis ET.

1. Planes que no se pronuncian a propósito de este derecho a la movilidad geográfica de las víctimas de violencia de género

De entre los planes de igualdad implantados a día de hoy en las empresas, algunos de ellos no hacen mención alguna a la situación laboral de la víctima de violencia de género, en general y a la movilidad geográfica ex 40.3 bis ET, en particular. Es el caso, por ejemplo, de los Planes de Igualdad de CECA, SOEMCA, VALENTIS, RURALCAJA, REALE, NESTLE, FOREM, BRIDGESTONE, FILGHART, HERNÁNDEZ ZAMORA, HOTEL RESORTS, SG CRISTALERIA, METRO DE MADRID, CEPLISA, PILSA, INDRA, BANCO CAIXA GERAL, CAJA MADRID, VODAFONE, FRIMARK PANADEROS, SOLDENE, BANCO POPULAR, FCC-DIVISIÓN MEDIO AMBIENTE, ALCOA, FCC AREA CONSTRUCCIÓN, EAT OUT RESTAURACIÓN, SOCIEDAD TEXTIL LONIA, S.A., HENKEL IBERICA, EQUIPOS NUCLEARES, HUTCHINSON CAUCHO, PLATAFORMA EUROPA, EL CORTE INGLÉS, ELCOGAS; YELL PUBLICIDAD, AGE, GRUPO CHAMPION, RODILLA, CEPESA, MANTEQUERÍAS ARIAS, MICHELÍN, ORANGE.

Como se puede apreciar, no es despreciable cuantitativamente

hablando la ausencia de regulación a este respecto. No obstante, desde un punto de vista cualitativo, como ya se ha dicho, el Plan de igualdad puede ser un instrumento adecuado para mejorar la regulación legal de las víctimas de violencia de género, pero tampoco es mejor de lo que pueda ser el convenio colectivo. De hecho, aunque el listado abierto del art. 46.2 LOI deja abierta la posibilidad a esta regulación, la situación de las víctimas de violencia de género no es ni siquiera una de las materias expresamente mencionadas como posible contenido del plan de igualdad en la LOI.

Con todo, lo que resulta más extraño es que algunos planes de igualdad regulan someramente los derechos de las víctimas de violencia de género pero no mencionan el traslado del art. 40.3 bis ET. Es lo que hace, por ejemplo, el plan de igualdad de GROUPAMA y el plan de igualdad de RURAL SERVICIOS INFORMATICOS.

Ello no debe interpretarse en el sentido de que estas trabajadoras no puedan disfrutar del traslado ex 40.3 bis de ser víctimas de violencia de género y darse todos los requisitos de oportunidad (fundamentalmente en atención a las dimensiones de la empresa y existencia de puestos vacantes) a los que cabe condicionar la eficacia de este derecho. Pues es un derecho reconocido en el ET que el Plan de igualdad no puede eliminar. Pero resulta cuanto menos llamativo que se omita la referencia sólo al traslado cuando el plan sí regula otros derechos laborales de las víctimas de la violencia de género.

2. Planes que ratifican la regulación legal

Los planes que contemplan la regulación del traslado como derecho de la víctima de violencia de género suelen hacerlo para ratificar la regulación legal. Sin añadir nada. Ni solventar los problemas de interpretación antes señalados.

Es más, entre los planes que ratifican la regulación legal, puede distinguirse entre aquellos que directamente contienen, como a modo de cláusula genérica, una remisión a los derechos legales de este colectivo; y aquellos otros que recogen expresamente entre su articulado una transcripción de lo que dice la ley; y aquellos que dicen que elaborarán un documento desarrollando los derechos que reconoce el ET. Pero insisto, en ambos casos, sin introducir mejora alguna en la regulación existente.

Ejemplos de lo primero, de planes que sólo contienen a modo de cláusula de estilo una remisión a los derechos reconocidos a este colectivo (en ley y en convenio) son de destacar, entre otros, el del AYUNTAMIENTO DE TRUJILLO, ALMIRALL, UGTTT y BANESTO.

Ejemplos de lo segundo, de regulaciones que contienen una reproducción legal del traslado en los términos del art. 40.3 bis ET cabe señalar por su parte, los planes de igualdad de GAMESA, GRUPO CLECE, GRUPO FERROVIAL, MUTUALIA, INDUSGRAFIC ARTES GRÁFICAS, EDITORIAL EXTREMADURA S.A., CONSORCIO EXTEMEÑO S.A., AYUNTAMIENTO DE MEMBRIO, COPA SERVIPACK, BANCO SABADELL, SANTA BARBARA SISTEMAS, BBVA, MASSIMO DUTTI, MULTISERVICIOS AEREOPORTUARIOS, AXA, GRUPO CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS, CAIXA PENEDES y SANTANDER CONSUMER.

Como ejemplos de lo tercero, puede señalarse, por su parte, el Plan de igualdad del AYUNTAMIENTO DE GUAREÑA, DANONE y el de SODEXO. Siendo, todavía si cabe más llamativo el caso del Plan de Igualdad de MERCADONA en el que se dice que la medida de garantizar el derecho a traslado de centro o localidad a las mujeres víctimas de violencia de género es competencia del delegado sindical “liberado”.

3. Planes que de alguna forma mejoran la regulación del art. 40.3 bis ET.

Como mejoras de la regulación del art. 40.3 bis ET en los convenios colectivos cabe distinguir dos tipos de regulaciones. Aquellas cuya mejora se concreta en una ampliación de los meses en los que la víctima de violencia de género va a mantener el derecho de reserva de la plaza que ocupaba antes del traslado; y aquellas otras regulaciones en las que la mejora supone el abono de una indemnización para sufragar los gastos del traslado por parte de la afectada.

En ese sentido, y como ejemplos de lo primero, cabe señalar los Planes de igualdad de COLEBEGA, de MUPRESPA, de CARREFOUR, que alargan el período de reserva del puesto de trabajo de los seis meses que reconoce el art. 40.3 bis ET a un año. Por su parte, extendiendo ese mismo derecho de reserva hasta los dieciocho meses son de resaltar los Planes de Igualdad de CAIXA NOVA y del GRUPO FERROVIAL, área de servicios.

Por su parte, y como ejemplos de mejora referidos al abono de una indemnización para la víctima de la violencia de género que se vea afectada por un traslado es de mencionar el Plan de Igualdad de MAHOU que dice que en el “caso de que fuera necesario el traslado la empresa abonará el importe del alquiler de vivienda durante un periodo máximo de seis meses y un importe máximo de 1.000 euros al mes”.

No refiriéndose exactamente al abono de una indemnización, pero sí dando la posibilidad de solicitar un anticipo, el Plan de Igualdad de MARIONNAUD PERFUMERIAS establece expresamente la posibilidad

de ayudar económicamente con un anticipo de la nómina a las mujeres víctimas de violencia de género que soliciten el traslado de localidad. Anticipo que será devuelto mediante acuerdo con la compañía en el momento de su concesión.

No obstante, ninguna de las regulaciones analizadas delimita de manera detallada la preferencia de este derecho respecto a otros, estableciendo una prelación, ni tampoco se detalla un orden de preferencias de cambios en función de la vacante, en el sentido de si debe prevalecer el cambio a categoría superior frente a la categoría inferior, o no, etc.

La regulación, en términos generales, y en atención a los efectos pedagógicos que cualquier referencia expresa tiene para empresarios y trabajadores, es positiva. Pero se ha perdido la oportunidad de detallar mejor la regulación de un derecho cuya eficacia práctica no siempre es fácil.

Seguramente ello debe hacerse más en el convenio colectivo que en el plan de igualdad, pues existe el riesgo que este último se convierta más en una recopilación de ciertos derechos como los de las víctimas de violencia de género o las víctimas de acoso, que de medidas referidas a otras materias más generales en materia de igualdad entre mujeres y hombres en la empresa tales como la igualdad en el acceso, en la formación, en la promoción, en la retribución, etc.

Pero sin perjuicio de ello, y ya que sí se regulan, no hubiese estado de más que se detallase más de lo que se hace. Máxime porque al final este derecho, si bien reconocido en el art. 40.3 bis ET, se usa poco por resultar de difícil interpretación en su puesta en práctica, quedando mermada su eficacia real pese a poder ser enormemente útil en la protección de las víctimas de violencia de género, que precisan muchas veces de medidas como ésta, que permiten alejarlas de su agresor sin ver gravemente afectada su retribución salarial.

TITLE

GEOGRAPHIC MOBILITY OF THE VICTIMS OF GENDER VIOLENCE AT WORK: SOME CRITICAL ISSUES OF ART.40.3 BIS W.S. (the Workers' Statute)

SUMMARY

I.INTRODUCTION.-II.REQUIREMENTSTODETERMINETHEINTRODUCTION OF THE RIGHT TO GEOGRAPHIC MOBILITY OF THE VICTIMS OF GENDER

VIOLENCE AT WORK: 1. The will of the worker concerned. 2. The size of the company.- III. LEGAL STATUS OF GEOGRAPHIC MOBILITY ART.40.3.BIS W.S.: SOME CRITICAL ISSUES: 1. The preferential nature of the right to geographical mobility of the victim of gender violence at work. 2. The change of place of work, maintaining the same post within the same or equivalent professional group to a current or future vacancy. 3. The duration in the new position.- IV. TREATMENT OF GEOGRAPHIC MOBILITY OF THE VICTIM OF GENDER VIOLENCE AT WORK IN THE PLANS FOR EQUALITY: 1. Plans those are silent regarding this right to geographical mobility of the right to geographical mobility of the victims of gender violence. 2. Plans to reaffirm the legal regulation. 3. Plans that somehow improve the regulation of art. 40.3 bis ET.

KEYWORDS

Labour market; Labour mobility; Women's rights; Gender violence.

ABSTRACT

This article discusses the legal problems arising from the right to transfer of the victim of gender violence as recognized in the art. 40.3 bis W.S. This is to identify the conditions to which the law determines that right, the characteristics of its legal status and whether, in fact, the regulation outlined in the law is improved by plans for equality or not. This is shown with the aim to clarify the legal interpretation of this right, the change of position, which can be of great use to ensure victims of gender violence areal protection, demonstrated in this case by being separated from the aggressor whilst maintaining employment.

Fecha de recepción: 09/06/2012 Fecha de aceptación: 19/07/2012