

EL DEBER DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA DE COLOCACIÓN ADECUADA

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1.- Precedentes y fundamentos constitucionales e internacionales del deber legal

Constituye regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico en la regulación de la protección por desempleo la imposición al beneficiario de la prestación o del subsidio de Seguridad Social de la obligación de aceptar un “empleo adecuado”, tipificándose su incumplimiento como infracción administrativa desencadenante de la correspondiente sanción pública. Como tal, tiene su origen nada menos que en la Ley 62/61, de 22 de julio, primera norma reguladora de la protección por desempleo, al establecer su art. 9 la pérdida del derecho de los beneficiarios del seguro, al rehusar una oferta de trabajo adecuada a las condiciones del desocupado. También figuró en la OM de 5 de mayo de 1967, donde se contendría la primera definición legal en nuestro país de la colocación u oferta adecuada”. Después aparecerá en el art. 172 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974. Igualmente se recogió la definición de empleo adecuado en la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo de 1980. Más tarde se reflejó la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. A continuación fue objeto de reforma en el año 1992, por medio de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. Y, sucesivamente, se incorporó al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado a través del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29 junio).

Con carácter general la obligación ha de ponerse en un contexto general más amplio: de un lado, de carácter constitucional; de otro lado, de compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

Desde el punto de vista constitucional, cuando menos tres preceptos entran en juego en la materia; en concreto, los artículos 41, 35.1 y 25 CE. El art. 41 CE, el general relativo al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, con la notable singularidad de que la única prestación expresamente mencionada por el citado precepto es la relativa a la necesidad de hacer frente a las situaciones de necesidad de los ciudadanos en caso de desempleo; por ello, no es baladí el reconocimiento constitucional explícito del derecho a una protección frente al desempleo, que por tanto ha de ser ponderado cuando se niega o se le retira a quien se encuentra en tal situación. Eso sí entronca la prestación económica prevista con una situación de necesidad del trabajador que queriendo y pudiendo trabajar ha perdido su empleo, lo que hace razonable exigir que esa disposición al trabajo sea real, justamente por medio de la aceptación de las ofertas de empleo que se le proporcionen; como ha indicado el Tribunal Supremo, “la protección por la contingencia de desempleo no solamente exige la voluntad de querer trabajar, sino también la disponibilidad al efecto, lo que, excluye que circunstancias normales personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado, ya que el objeto de protección no es una situación de conveniencia, sino de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve

truncada en la realidad¹. El art. 35.1 CE, cuando, junto al reconocimiento del derecho a trabajar a favor de todos los españoles, impone igualmente el correlativo deber de trabajar; este deber de trabajar encuentra como una de sus principales consecuencias la de poder exigir legalmente al beneficiario del régimen público de la protección por desempleo el deber de aceptar las ofertas adecuadas de empleo que se le formulen como una materialización directa de su deber de trabajar. En lo que refiere al art. 25 CE, deben tenerse muy presente las consecuencias que van anudadas al rechazo de la oferta adecuada de empleo, consistentes en una sanción administrativa, que puede llegar a consistir en la pérdida de la prestación por desempleo; tratándose de una sanción pública en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ha de respetar debidamente las garantías derivadas del art. 25 CE.

El referente de carácter internacional se sitúa en la ratificación por España del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 44, relativo a la prestación por desempleo². Justamente su art. 10 es el que contempló por primera vez –nada menos que a la altura de 1934- la posibilidad de sancionar al trabajador que rechace un “empleo conveniente”, en la terminología del Convenio OIT. Este Convenio, al tiempo que admite la posibilidad de suspender temporalmente la prestación por desempleo frente a un rechazo injustificado de una oferta de empleo conveniente, fija determinados requisitos y límites que son clave a la hora de interpretar la regulación contenida en nuestro ordenamiento interno.

2.- El alcance del deber en la legislación precedente y su impacto en el nuevo contexto legal

Hasta ahora, el deber de aceptación de la oferta y correlativa sanción a su rechazo se encontraban regulados en los arts. 17.2 y 47.1.b de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), así como el art. 213.1.b Ley General de la Seguridad Social (LGSS), recogándose a partir de ahora la definición de empleo adecuado en el art. 213.2 LGSS. Ahora se procede a ofrecer una nueva definición del deber impuesto a través de la nueva redacción dada al art. 231.3 de la LGSS, al tiempo que se matiza significativamente la sanción imponible en la nueva redacción del art. 47.1.b LISOS. El diseño de la norma se mantiene en sus líneas generales, tanto por lo que refiere al tipo de deber impuesto al beneficiario de la protección por desempleo, como a la reacción legal frente a su rechazo. Eso sí, la reforma procede a ampliar notablemente las situaciones en las cuales se considera que una oferta por parte del Servicio Público de Empleo (SPE) tiene la consideración de “empleo adecuado”, con lo cual es obvio que se pretende incrementar las situaciones en las cuales se le coloca al trabajador en la tesitura entre aceptar un determinado empleo y la pérdida de la protección por desempleo. Al mismo tiempo la reforma pretende graduar las sanciones, pues hasta el momento presente un rechazo injustificado provocaba lisa y llanamente la extinción de la prestación, mientras que ahora se fija una escala en atención a la primera, segunda y tercera oferta de empleo adecuado.

Por lo que refiere al alcance del deber legal, hasta el momento presente se consideraba como colocación adecuada tres tipos de situaciones: 1) la coincidente con la última actividad laboral desempeñada; 2) aquella correspondiente a la profesión habitual

¹ STS 8 febrero 1995, Ar. 786.

² Ratificado por instrumento de 5 mayo 1971, BOE 18 mayo 1972.

del trabajador; 3) cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En los dos últimos casos, además, la oferta debía implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, y no suponga cambio de residencia habitual salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

La reforma, como tal, mantiene literalmente los tres supuestos, por tanto sin modificarlos. No obstante, pueden producirse matices en el inmediato futuro, o bien advertirse efectos reflejos derivados de una nueva perspectiva de conjunto de la norma ahora reformada que derive en otras tantas novedosas interpretaciones de los supuestos precedentes.

Por lo que refiere al supuesto de la profesión habitual, el borrador inicialmente difundido por el Gobierno precisaba que puede ser habitual cualquier profesión que se haya ejercido por más de un determinado periodo de tiempo, con ambigüedad decía el texto de 6 meses a un año. Esa aclaración no se ha llegado a recoger en el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo; ahora bien, no se sabe muy bien si ello se debe a que se ha renunciado a incorporarlo, o bien que ello se ha considerado más oportuno que se recoja reglamentariamente en una inmediata reforma del RD 625/1985, de 2 abril, desarrollo reglamentario en materia de protección por desempleo.

En lo que refiere al supuesto de ajuste a las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, cobra singular relevancia el denominado “compromiso de actividad”, una de las novedades de la reforma de 2002 recogido también en la nueva redacción del art. 231 LGSS. El mismo incluye una pluralidad de vertientes, pero en particular comporta un deber de participar en acciones variadas dirigidas todas ellas a incrementar la ocupabilidad del desempleado; derivado del cumplimiento de estas acciones puede en efecto ampliarse la capacidad de empleo del desempleado y, con ello, extenderse el ámbito objetivo del deber de aceptación de la oferta de empleo.

Uno de los problemas latentes, no resuelto por la reforma, es la interpretación que haya de darse a los supuestos en cuestión. Llama poderosamente la atención la circunstancia de que apenas existen resoluciones judiciales del Tribunal Supremo –salvo error u omisión tan sólo una sentencia– que haya procedido a unificar la doctrina de interpretación de los supuestos, cuando al propio tiempo son bien numerosas las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia al efecto. Además, se convierte en una cuestión crucial cuando con reiteración el legislador apela a típicos conceptos abiertos, los habituales conceptos jurídicos indeterminados, que hacen moverse al intérprete en un terreno impreciso. Los supuestos más problemáticos han girado en los más de los supuestos a la excepción, actualmente prevista en el art. 17.2 LISOS, de presencia de “causa justificada” para el rechazo de la oferta de empleo.

Así, a título ilustrativo, se ha considerado no justificado un rechazo de la oferta de empleo alegando responsabilidades familiares. De este modo, no es atendible la necesidad de cuidar a un hijo menor recién nacido, entre otras razones porque la propia legislación laboral establece los mecanismos de conciliación antes aludidos: “la trabajadora, una vez aceptado el trabajo e ingresada en la plantilla de la empresa, pudo compatibilizar en cierta manera trabajo y hogar acudiendo a los mecanismos legales

regulados en el artículo 37.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores”³; ni siquiera en caso de que la hija de corta edad hubiera sido intervenida quirúrgicamente y se le ofreciera un trabajo con turnos rotatorios⁴, o por tener que cuidar a su padre enfermo⁵, sin que sea lícito manifestar su disposición a incorporarse más tarde⁶. Diversos son los supuestos en los que el rechazo proviene de la empresa y no del trabajador: “la actora no rechazó el trabajo, se limitó a decir que por tener un hijo no podría cumplir el horario que exigía la empresa; y entonces ésta –la empresa- la rechazó. No se conforma así el tipo del rechazo de trabajo adecuado, que se exige para la sanción impuesta⁷. O bien se justifica el rechazo cuando la esposa basa su negativa “en gravísima enfermedad de su cónyuge, le atiende y es su cuidadora hasta el fatal desenlace”⁸. Igualmente se ha considerado como justificado el rechazo cuando el desempleado se hallaba en situación de incapacidad temporal en el momento de la oferta de empleo, acreditado con el correspondiente parte de baja oficial⁹, aunque se matiza en sentido contrario cuando se aprecia que se trata de una enfermedad menor y muy breve en el tiempo¹⁰; o bien se considera injustificado el rechazo porque fuera a ser intervenida quirúrgicamente dentro de unos meses cuando ni siquiera se encontraba en situación de incapacidad temporal¹¹.

De igual forma se rechaza como justificado el cambio de domicilio en el inmediato futuro de Plasencia a Zaragoza por contraer matrimonio: “la Ley lo único que exige es que la colocación no suponga cambio de residencia habitual y cuando le fue ofrecida a la actora su residencia habitual era Plasencia, localidad en la que era la colocación, por lo que era, en principio, adecuada”¹².

También se ha considerado el rechazo de la oferta injustificada “el hecho de rechazar una oferta de trabajo por estar a la espera de unos tratos con una empresa”, que además de indemostrado “obedece a una situación de conveniencia” del desempleado”¹³. Tampoco puede justificarse por estar desarrollando un curso de reciclaje profesional¹⁴, o preparando oposiciones¹⁵. Es adecuada la oferta que tiene previsto un período de prueba razonable y legal¹⁶.

Debe entenderse por rechazo no sólo la expresa negativa del trabajador, “sino también aquellas conductas que, no constituyendo una negativa manifiesta, tiendan a crear una situación o estado de ánimo que conduzcan a que el empresario desista de

³ STS 8 febrero 1995, Ar. 786; en la misma línea, STSJ, Cataluña, 16 abril 1998, Ar. 5569; 14 febrero 1997, Ar. 1217; Extremadura, 12 febrero 1996, Ar. 1052; Galicia, 26 septiembre 1995, Ar. 3189.

⁴ STSJ Madrid 8 mayo 1997, At. 1575.

⁵ STSJ, Extremadura, 31 de marzo de 1998, Ar. 5339; Cataluña, 29 mayo 1998, Ar. 3071.

⁶ STSJ, Las Palmas/Canarias, 27 marzo 1998, Ar. 1668.

⁷ STSJ, Valencia, 9 noviembre 1999, Ar. 707/2000.

⁸ STSJ, Granada, 16 septiembre 1999, Ar. 4458.

⁹ STSJ, Castilla y León/Burgos, 4 diciembre 1997, Ar. 4569.

¹⁰ STSJ, Murcia, 2 septiembre 1997, Ar. 3379.

¹¹ STSJ Madrid, 13 julio 1995, Ar. 2908.

¹² STSJ Extremadura, 28 julio 1994, Ar. 2830

¹³ STSJ, Murcia, 31 octubre 2000, Ar. 4267; Madrid, 18 diciembre 1998, Ar. 6558.

¹⁴ STSJ, Cataluña, 4 enero 1999, Ar. 303.

¹⁵ STSJ, Galicia, 19 enero 1998, Ar. 276; 10 diciembre 1977, Ar. 4474; Castilla y León/Burgos, 23 noviembre 1994, Ar. 4231.

¹⁶ STSJ, Galicia, 21 enero 1999, Ar. 5203.

contratar al trabajador¹⁷. Tal ocurre con la incomparecencia en el momento final de citación para la firma del contrato¹⁸, o con el hecho de actuar no demostrando interés por la obtención de la plaza¹⁹. Por el contrario, no se valora como falta de disponibilidad la retirada del trabajador en el momento en que estaba cumplimentando una prueba teórica exigida por la empresa para valorar los conocimientos exigibles a su juicio²⁰.

Por el contrario se ha considerado como inadecuada una oferta vulneradoras de los mínimos legales de condiciones de trabajo (salario de 50.000 pesetas mensuales, jornada de nueve horas, sin vacaciones, firma anticipada de finiquito, firma de nómina con la cantidad superior a la percibida), estimando “rechazable, a todas luces, la argumentación del Organismo recurrente, en cuanto pretende imponer a la trabajadora la carga de acudir a los Tribunales en defensa de unos derechos, cuyo desconocimiento bien pudo el recurrente poner de manifiesto ante quien correspondiera”²¹.

De todo este conjunto de resoluciones judiciales llama poderosamente la atención, aunque a primera vista pueda pasar inadvertido, que prácticamente en ninguna ocasión se discute acerca de si la oferta de empleo es o no adecuada en atención al tipo de actividades profesionales o puestos de trabajo proporcionados por la empresa. La práctica totalidad de las sentencias refieren a cuestiones formales o de justificación extralaboral del rechazo de la oferta, en concreto, basadas en la admisión o no de excepción legal por presencia de una “causa justificada”; pero, en sentido inverso, por omisión en casi todos los supuestos las partes contendientes parten de la aceptación de que el puesto resulta adecuado respecto de las aptitudes físicas y profesionales del trabajador. Y, en los bien escasos supuestos en los que se discute superficialmente la cuestión, el resultado siempre es favorable a la estimación del carácter adecuado de la oferta en cuestión²². Sólo en algún caso excepcional, a mi juicio personal no compatible, considera inadecuada la oferta por corresponderse a categoría profesional inferior a la que había desempeñado con anterioridad²³.

En definitiva, lo que parece constituir el fundamento central de la reforma de 2002, una sospecha de inadecuación de la norma precedente a las exigencias de ampliar la oferta adecuada de actividades profesionales, parece que hasta el presente no ha provocado conflictividad alguna, al menos con trascendencia judicial.

Situándonos en otro plano, el suprallegal, no dejan de suscitarse dudas de constitucionalidad al respecto de la medida en cuestión. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha aceptado la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados y expresiones abiertas en la tipificación de las infracciones administrativa, ello también encuentra sus límites infranqueables. Los pronunciamientos dictados por el TC a estos efectos se han preocupado por establecer cotos al uso abusivos de tales expresiones

¹⁷ STSJ, 24 noviembre 2000, Ar. 3809; Aragón, 3 junio 1998, Ar. 6137; Castilla y León/Burgos, 16 junio 1994, Ar. 2365; 25 octubre 1993, Ar. 4560.

¹⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid, 14 julio 1998, Ar. 6197.

¹⁹ STSJ Castilla y León/Burgos, 9 junio 1997, Ar. 1876.

²⁰ STSJ Castilla y León/Burgos, 3 julio 1996, Ar. 2556.

²¹ STSJ Galicia, 30 octubre 2000, Ar. 4697; en sentido contrario, STSJ Cataluña, 22 septiembre 1993, Ar. 3846.

²² STSJ Andalucía/Sevilla, 25 septiembre 1998, Ar. 7709; Galicia, 25 mayo 1998, Ar. 1435; Madrid, 27 enero 1994, Ar. 428; Canarias/Las Palmas, 31 enero 1994, Ar. 193; Cataluña, 24 noviembre 1993, Ar. 4913.

²³ STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 7 octubre 1996, Ar. 3664.

abiertas o indeterminadas, pues ha subordinado su compatibilidad constitucional a “la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”, “dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable²⁴. En todo caso, ninguno de los pronunciamientos dictados por nuestro Tribunal Constitucional refieren a sanciones impuestas como consecuencia del rechazo de una oferta de empleo.

Al propio tiempo, la constitucionalidad de estos supuestos debe ponderarse igualmente a la luz del principio de proporcionalidad, es decir la debida relación de correspondencia entre la gravedad de la conducta ilícita, tipificada como infracción administrativa, y la correlativa entidad de la sanción impuesta²⁵. En este terreno tiene importancia trascendental cierto tipo de cautelas recogidas en el Convenio nº 44 de la Organización Internacional del Trabajo, que a nuestro juicio no hacen otra cosa que concretar al caso el principio constitucional de proporcionalidad; tal como se recoge en su art. 10.1.d: “No debe considerarse conveniente...d) un empleo que, por razón diferente de las indicadas anteriormente y habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del solicitante, pueda ser rechazado con fundamento por el interesado”. Esa previsión del Convenio se incorpora en nuestro Derecho interno, por vía del art. 17.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción grave el rechazo de la oferta de empleo adecuada, “salvo causa justificada”.

No obstante ello, lo que no se contienen son los supuestos concretos que justifican ese rechazo, con lo cual queda en un ámbito impreciso a determinar por los Tribunales de Justicia, en parte en los términos referidos anteriormente. De otra para, la tipificación como infracción grave resulta excesivamente drástica, de modo que enlaza automáticamente el rechazo de una oferta de las precedentes con la automática calificación de la misma como infracción grave, en ningún caso como infracción leve o como exclusión de la conducta como infractora.

Sí dar cuenta que el anteproyecto de Ley Básica de Empleo tipifica, por primera vez, como infracción leve la conducta consistente en “no comparecer en el lugar y fechas indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los Servicios Públicos de Empleo o, en su caso, por sus Entidades Colaboradoras, salvo causa justificada”²⁶; conducta que hasta el presente las sentencias asimilaban a un rechazo tácito de una oferta de empleo adecuada y, como tal la consideraban como infracción grave²⁷, incluida la conducta de no recoger requerimiento efectuado por la oficina de Correos, sabedor que en la misma se le emplazaba a una cita de oferta de empleo²⁸.

²⁴ STC 69/1989, de 20 de abril, BOE 19 mayo.

²⁵ STC 207/1990, de 17 de diciembre, BOE 10 enero 1991, fund. jco. nº 3; 136/1999, de 20 de julio, BOE 18 agosto.

²⁶ Nueva redacción del art. 17 LISOS, ver Relaciones Laborales nº 14/2002.

²⁷ Por todas, STSJ Cataluña, 22 abril 194, Ar. 1474.

²⁸ STSJ Cataluña, 21 octubre 1993, Ar. 4554.

Pongamos algunos ejemplos de lo desproporcionado de la medida de no aceptarse esta exclusión de la conducta infractora. De un lado, al calificarse en todo caso como empleo adecuado el “coincidente con la última actividad laboral desempeñada”, se olvida que esa actividad puede haberse perdido justamente en atención a carencias profesionales o físicas del trabajador en cuestión que de futuro deben fundar en correspondencia un rechazo fundado de una oferta similar. Piénsese, por ejemplo, que en el nuevo contexto derivado de la reforma legislativa de presión reforzada para aceptar cualquier oferta de empleo, un trabajador acepte un empleo en una profesión que hasta el presente no había ejercido y que nada más iniciar la relación laboral el empresario prescinda de él por falta de aptitudes para ejecutarlo debidamente, sin cubrir a lo mejor el período de prueba; en esa hipótesis, aun con un periodo corto de ocupación, una nueva oferta de trabajo de esas características sería calificada como “empleo adecuado”. De igual forma puede ocurrir que la última actividad desempeñada por el trabajador haya concluido con un despido objetivo, incluso calificado como procedente, fundado en ineptitud del trabajador (art. 52.a ET) o bien por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (art. 52.b ET); bastaría con una nueva oferta de empleo de idénticas características a las que determinaron su situación de desempleo para que se considere la oferta como adecuada y por ende su rechazo poder ser considerado infracción administrativa.

3.- El empleo demandado por el trabajador

La reforma de 2002, además de las tres situaciones precedentes, viene a añadir un primer matiz que, de principio, ha de tener escasa relevancia. Me refiero al hecho de que el precepto comience detallando que en todo caso se considerará como empleo adecuado “la profesión demandada por el trabajador”. Se trata de una consideración obvia, que deriva de un principio general de actuación conforme a los propios actos: desde el instante en que el propio demandante de empleo, en el momento de registrarse en la Oficina pública como desempleado, manifiesta cual es su disposición de trabajar, cuales son los trabajos para los que se considera profesionalmente en condiciones de emplearse, ello le constriñe también a aceptar las ofertas que con tal contenido se le proporcionen. Ya con anterioridad se consideraba que el convencimiento personal del desempleado respecto de su aptitud profesional es relevante en esta materia²⁹. Habría que matizar que esa disponibilidad del trabajador no puede ser interpretada en sentido estricto, de forma que pueda llevar a resultados no deseados por el mismo; por ejemplo, alguna sentencia conforme a la regulación precedente estimó inadecuada una oferta en una localidad de la misma provincia, a pesar de que el interesado manifestó su disponibilidad a desplazarse a cualquier punto de la provincia, cuando la distancia era desmesurada, 120 kilómetros entre el centro de trabajo y su residencia³⁰.

Eso sí, a partir de ahora, una previsión que no tenía mayor trascendencia en el terreno de los efectos jurídicos, más orientativa para el Servicio Público de Empleo (SPE) en cuanto a su labor de intermediación en el mercado de trabajo, a partir de ahora va a tener notable incidencia en el alcance del deber de aceptación de las ofertas de empleo. En la medida en que ello va a ser así, debe también exigirse un deber de leal colaboración por parte de el Servicio de Empleo con el desempleado, en el sentido de que parece razonable que se informe expresamente al demandante de empleo de la

²⁹ STSJ Andalucía/Sevilla, 25 septiembre 1998, Ar. 7709.

³⁰ STSJ Castilla y León/Burgos, 5 mayo 1994, Ar. 2160.

plural relevancia de la identificación por su parte de la profesión o profesiones demandadas por el trabajador desempleado.

4.- La oferta de empleo libremente apreciable por el Servicio de Empleo

En todo caso, la novedad más relevante, en lo que refiere al alcance material del deber de aceptación de las ofertas de empleo, refiere a los parados de larga duración, respecto de los cuales la reforma otorga un muy amplio margen de decisión al SPE. En efecto, literalmente se prevé ahora que “transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador”.

La redacción del precepto tal cual no resulta suficientemente clara, por lo que en este punto no resulta nada fácil cuales son los nuevos empleos que pueden ser objeto de obligada aceptación por parte del desempleado de larga duración. El problema deriva sobre todo a partir del hecho de que ya para cualquier parado, sea o no de larga duración, se le obliga a aceptar cualquier oferta que se ajuste a sus aptitudes físicas y profesionales. La dificultad principal se sitúa, pues, en adivinar cual es el margen adicional concedido al SPE y, en particular, cual es la diferencia entre una profesión que se ajuste a las “aptitudes físicas y formativas” del trabajador y otra que pueda ser “ejercida” por el trabajador. Leído de forma, asépticamente y fuera del contexto de la reforma, podríamos llegar a afirmar que una profesión no puede ser “ejercida” si el trabajador no ostenta las “aptitudes físicas y formativas” necesarias para ello; a la postre, el supuesto tercero sería idéntico al nuevo incorporado por la reforma de 2002. Sin embargo, es obvio que la finalidad de la reforma es añadir otras situaciones a las ya contempladas actualmente, con lo cual el presunto requisito de poder ser “ejercidas”, además del problema general propio de los conceptos jurídicos indeterminados, se convierte en difuso de todo punto, sin que resulte en absoluto fácil adivinar cuando se produce una oferta inadecuada al trabajador. Conviene, eso sí, llamar la atención sobre el hecho de que el inicial documento de discusión presentado por el Gobierno a mediados de abril refería a una ocupación que pudiera ser “debidamente ejercida” por el desempleado, en tanto que el texto articulado aprobado ha suprimido el adverbio, con lo que lo aleja ahora más claramente del supuesto tercero referido a las capacidades físicas y formativas del desempleado. En definitiva, el sistema otorga un amplísimo margen de discrecionalidad al SPE, de modo que admite ofrecerle al desempleado cualquier puesto de trabajo, salvo aquellos para los que el trabajador no se encuentre habilitado profesionalmente por carencia de título oficial exigido al efecto.

De ser esa la interpretación que prospere del nuevo supuesto, surgen inmediatamente las dudas de constitucionalidad, por lo que afecta a la sanción al desempleado por rechazar una oferta de empleo de estas características. En su conjunto puede provocar una manifiesta inseguridad jurídica, lo que a nuestro juicio desembocaría en que no se cumpla debidamente con el principio constitucional de tipificación de las infracciones administrativas. Insistimos en que ya de por sí el trabajador está obligado a aceptar cualquier oferta que se ajuste “a sus aptitudes físicas o formativas”, estableciéndose este supuesto como adicional al anterior, es decir, una situación de obligada aceptación de un trabajo que ni siquiera se adapte a sus aptitudes físicas o formativas. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha aceptado que en la

tipificación de las infracciones se pueda acudir a los conceptos jurídicos indeterminados y a expresiones abiertas, el mismo se ha preocupado de establecer cotos al uso abusivos de tales expresiones abiertas o indeterminadas, pues ha subordinado su compatibilidad constitucional a “la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”, “dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable³¹. Más aún, en tales condiciones a nuestro juicio no sólo se está vulnerando el artículo 25 CE en su vertiente de tipificación obligada de las infracciones administrativas, sino también por derivación el propio artículo 35.1 CE, en la medida en que se impone un “deber de trabajar” que va más allá de lo razonable en una perspectiva constitucional. De otra parte, el supuesto carece de todo elemento de objetivación, desde el instante en que todo queda remitido al criterio del SPE; al afirmar el precepto que el carácter adecuado de una oferta queda remitido a la postre a lo que se decida “a juicio del Servicio Público” se deja por completo en sus manos la decisión de si se produce o no una infracción administrativa cuando se rechaza la oferta. En última instancia, si la autoridad se funda en este pasaje a la hora de efectuar la oferta y de imponer la consiguiente sanción, se trataría de un supuesto no sólo atentatorio contra la seguridad jurídica exigida por el artículo 25 CE, sino también enervante de toda posibilidad de control judicial y, por ello, igualmente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 CE. A este último efecto, debe recordarse que las garantías constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración incluyen en todo caso el control judicial, vía revisión de las sanciones impuesta, facultad que quedaría impedida en estos casos³².

5.- Las modalidades admisibles de contratación ofrecida

Complementario a la determinación de los trabajos y actividades profesionales ofertables de obligada aceptación por el desempleado, la reforma también alude al tipo de vinculación contractual contenida en la oferta de empleo. Y lo hace genéricamente para afirmar que la modalidad contractual, sea cual sea ésta, en ningún caso podrá justificar su rechazo por parte del trabajador. En suma, el deber de aceptación de la oferta de empleo abarca tanto a la contratación indefinida como temporal, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, tanto un contrato cuya regulación incluya las correspondientes cotizaciones por la contingencia de desempleo o no, tanto se trate de un contrato de trabajo como de trabajos de colaboración social. También ello se hace independiente de la cuantía de la prestación por desempleo a la que tenga derecho el trabajador, relacionado con la retribución ofrecida al trabajador con la oferta de empleo, si bien para ello nos remitimos a lo que comentemos en el apartado específico dedicado a la retribución del puesto ofertado.

Novedosa en lo formal es la previsión explícita como oferta adecuada de los trabajos a un trabajo a tiempo parcial. Era una previsión que no se encontraba explícitamente prevista en la regulación vigente, con lo que podía dar lugar a

³¹ STC 69/1989, de 20 de abril, BOE 19 mayo.

³² STC 77/1983, de 3 de octubre, BOE 7 de noviembre, fund. jco. nº 3.

interpretaciones legislativas de diverso orden. No obstante, aplicándose el principio general de que donde la Ley no distingue no es lícito diferenciar, lo más coherente era interpretar que con la legislación precedente también era obligado aceptar las ofertas de empleo a tiempo parcial, por lo que poca novedad sustancial incluye la reforma en este punto. En todo caso, la nueva redacción del art. 231 LGSS deja meridianamente claro que es posible también una oferta de empleo a tiempo parcial, que obviamente comporta unos ingresos económicos inferiores. Dicho de otro modo, la circunstancia de que esa oferta parcial supusiera ingresos económicos reducidos no los excluiría de la noción de oferta adecuada. Ahora bien, conviene recordar, y así lo aclara expresamente el propio art. 231.3 'in fine', en estos casos se rompe la regla general prohibitiva de la incompatibilidad de la prestación por desempleo y las rentas de trabajo. Conforme al art. 221 LGSS sí es compatible tanto la prestación como el subsidio cuando el trabajador realice un trabajo a tiempo parcial; precepto desarrollado por el art. 15.2 RD 625/1985, de 2 abril: "Cuando un trabajador esté percibiendo prestación o subsidio de desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga una colocación a tiempo parcial, se le deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado". No se puede objetar nada a esta situación, mientras que se mantenga esta fórmula de compatibilidad y con el nuevo empleo pueda comenzar a cotizar con vistas a causar un nuevo período de carencia en la prestación por desempleo. Eso sí, conviene recordar la jurisprudencia fijada al efecto, en el sentido de que los días de desempleo parcial disfrutado han de tomarse íntegros y no fraccionados a efectos de descontarlos de su duración³³.

También constituye una novedad la expresa previsión de que el empleo ofertado lo puede ser igualmente de carácter temporal. Al igual que sucede con el tiempo parcial, no se precisaba nada en la regulación vigente, pero igualmente podía entenderse que el deber de aceptación se extendía a las ofertas de empleo temporales, de modo que también aquí nos enfrentamos a una novedad más formal que material. Así, conforme a la legislación precedente ya se consideraba como oferta de empleo adecuada un contrato de tres meses a tiempo parcial de veinte a veintitrés horas (tres horas diarias), incluso con responsabilidades familiares por tener un hijo de 5 años de edad³⁴. Eso sí, a partir de ahora todas las posibilidades imaginables son posibles, incluida la extrema de un empleo por un día y a tiempo parcial. La crítica principal a realizar aquí es, nuevamente, desde la perspectiva de la sanción administrativa que provoca la negativa del trabajador; desde este punto de vista no es respetuosa con el principio de proporcionalidad, exigido constitucionalmente para las sanciones públicas, considerar como una infracción grave tanto la negativa a un empleo temporal de corta duración y a tiempo parcial con jornada reducida como también infracción grave la negativa a un trabajo por tiempo indefinido y a jornada completa; es de todo punto desproporcionado contemplar la misma sanción para ambas negativas del trabajador.

Cierto que esta medida con carácter general no tiene por qué valorarse negativamente, mientras que se mantenga el régimen de suspensión de la prestación en estos casos. En efecto, recordar que el art. 212.1.d prevé la suspensión de la prestación por desempleo "mientras el titular del derecho realice un trabajo de duración inferior a doce meses". En estos términos, si el contrato no supera esta duración, sucesivamente se reanuda la prestación sin merma del tiempo que le restara de percepción. En caso de que haya estado contratado por un tiempo igual o superior a los doce meses, conforme al art.

³³ STS 23 de diciembre de 1994, Ar. 10228.

³⁴ STSJ Cataluña, 14 de febrero de 1997, Ar. 1217.

210.3 LGSS, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, podrá optar entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que se generaron durante el último tiempo de prestación de servicios no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior. El único vacío que se observa -y que debería quedar cubierto- es cuando esa oferta de ocupación por tiempo superior a los doce meses refiere a un trabajo a tiempo parcial que por las reglas de corrección no llega a dar derecho a una nueva prestación por desempleo y la anterior se ha extinguido. En definitiva, una voluntad tan extensiva de la obligación de aceptar una oferta de empleo, hasta la hipótesis de un contrato a tiempo parcial y por muy corta duración, debería venir compensado con la garantía de que ello en ningún caso debe provocar una merma en la protección social presente y futura.

En todo caso, insistimos, los problemas derivan de anudar mecánicamente el rechazo de este tipo de ofertas con una tipificación como infracción administrativa y además hacerlo en su nivel de gravedad resulta de todo punto desproporcionado, tanto con la finalidad perseguida por la norma como por la entidad de la respuesta del beneficiario de la protección por desempleo.

De otra parte, conviene relacionar estas variedades contractuales con el hecho de que, tanto la legislación precedente como la reformada, prevén como oferta adecuada el empleo ofrecido en otra localidad cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo. Y ello con independencia de que esa localidad se encuentre más o menos distante; es decir, a este supuesto no le afecta el límite que después analizaremos de los 30 kilómetros de distancia máxima. Lo razonable es que la mención al alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo estuviera vinculado a ofertas de contratos por tiempo indefinido o, cuando menos, contratos temporales de una considerable duración. Ahora bien, desde el momento en que se acepta la calificación como oferta adecuada de los contratos temporales y a tiempo parcial, podría presentarse el absurdo de que si se le ofrece un trabajo por una semana a tiempo parcial en el otro extremo de España, proporcionándole de forma gratuita alojamiento apropiado, el trabajador no podría rechazar la oferta.

De igual forma, se considera que la oferta de un trabajo de colaboración social debe ser aceptada por el desempleado, so pena una vez más de imposición de la correspondiente sanción administrativa. Una vez más, no se trata de nada novedoso, pues ello ya se encontraba previsto en la legislación precedente. El rechazo de este tipo de ofertas ya aparecía en la regulación precedente, tanto en el art. 213.1.b LGSS como causa de extinción de la prestación, como en el art. 17.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social como supuesto de infracción grave sancionable administrativamente. Estos trabajos debían y deben reunir como requisito, entre otros, el de “coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado” (art. 213.3 LGSS); por ello, no comportan ampliación del deber de aceptación de ofertas por lo que refiere al tipo de actividades profesionales exigibles al desempleado.

Finalmente, tampoco es causa justificativa para rechazar una oferta la circunstancia de que el empleo proporcionado por el SPE, por la modalidad de contratación no cotice por la contingencia de desempleo. Una vez más puede valorarse como una novedad más formal que material; la regulación precedente no precisaba nada

al respecto, pero tampoco exigía que la oferta de empleo refiriese a un contrato que da lugar a la prestación por desempleo. Actualmente, el supuesto es ciertamente limitado; salvo error u omisión afecta exclusivamente al contrato de trabajo para la formación (art. 11.2.i ET) y de futuro podría afectar también al contrato temporal de inserción, a tenor de la reforma del art. 15.1.d ET contenida en el anteproyecto de Ley Básica de Empleo, disp. final 1^a³⁵. En líneas generales conviene recordar que la aceptación de estas ofertas de empleo suspenden la prestación por desempleo cuando se realice un trabajo inferior a doce meses, reanudándose la prestación por el tiempo que restara a la extinción de este contrato. El problema se sitúa en el caso de que el trabajo ofertado supere los doce meses, pues en ese caso de principio se extingue la prestación; mejor dicho, la Ley para esos casos de superación del año de trabajo se sitúa en la hipótesis de que el trabajador ha causado derecho a una nueva prestación por desempleo, motivo por el que le ofrece al trabajador la opción entre reanudar la prestación precedente en lo que restara o bien percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas (art. 210.3 LGSS). Sin embargo, no se sitúa en la hipótesis de un trabajo por tiempo superior a doce meses que no genera derecho a nueva prestación; a nuestro juicio, en estos casos una lectura lógica y finalista del precepto debe llevar a interpretar que el trabajador tiene derecho a reanudar en lo que le reste la anterior prestación por desempleo suspendida por la colocación sin cotización por desempleo, particularmente teniendo en cuenta que expresamente se le impone el deber de aceptar la oferta de empleo recibida en estos términos.

6.- Los límites geográficos y de costes de la oferta de empleo

Como elementos complementario de las diversas situaciones de empleo ofertables, la Ley fija también determinados límites máximos en lo que refiere a la oferta del SPE, particularmente en lo que refiere a la distancia del puesto de trabajo respecto del lugar de residencia.

Como indicamos al inicio, la regulación precedente ya preveía la obligación de aceptar una oferta de empleo que obligase a un cambio de residencia cuando el trabajador tenga una posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

La novedad de la reforma refiere a los supuestos de ofertas que no requieran cambio de residencia del trabajador, pero que se encuentre algo distante el centro de trabajo. La regla se objetiviza, fijándose tres topes máximos a la oferta adecuada: uno, que el trabajo se ha de situar en todo caso en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de residencia; dos, que en ningún caso se considera oferta adecuada si el desplazamiento de ida y vuelta exige al trabajador más de 2 horas de duración en total de desplazamiento diario; tres, que el gasto de desplazamiento no puede superar en ningún caso el 20 % del salario mensual.

Una vez más, puede que se trate más de una novedad en lo formal, pues ya algunas resoluciones judiciales venían considerando oferta adecuada aquellas que se producían a cierta distancia. Incluso se trata de resoluciones que aceptaban como correctas ofertas a distancia superior a la prevista en la norma ahora vigente; por ejemplo de 40 kilómetros³⁶; o bien 30 kilómetros³⁷; o bien 14 kilómetros “ya que dicha

³⁵ ver Relaciones Laborales nº 14/2002.

³⁶ STSJ, Andalucía/Granada, 6 marzo 2001, Ar. 2434.

distancia no le impide seguir residiendo” en la misma localidad³⁸; en localidad de la misma provincia y facilitándose un medio de transporte que le permite mantener su residencia³⁹. Por el contrario, se considera inadecuada la oferta cuando el puesto de trabajo se encuentra a 120 kilómetros de su domicilio⁴⁰; de igual forma se considera inadecuado cuando estando a 30 kilómetros del centro de su domicilio el horario de transporte público era incompatible con la jornada laboral: “si bien el actor puede iniciar la jornada laboral tomando la guagua de las 6.30 horas, le será prácticamente imposible tomar la de las 16.15 horas para retornar a su localidad de residencia⁴¹; o bien cuando no existe medio de transporte público y el interesado carece de medio de locomoción propio⁴².

La novedad de la reforma se sitúa, pues, en el hecho de que se objetiviza legalmente el tope, fijándose una regla límite que da seguridad jurídica y no lo deja al albur de la interpretación judicial.

Una de las circunstancias más problemáticas de esta regla afecta al hecho de que la norma no toma en consideración en absoluto las sobrevenidas exigencias sociales de conciliación de la vida profesional y familiar, lo que puede redundar en un fuerte perjuicio para la plena incorporación social de la mujer al trabajo. Recuérdese que la jurisprudencia viene considerando como no justificado un rechazo de la oferta de empleo alegando la necesidad de cuidar a un hijo menor recién nacido⁴³. Naturalmente ello tendría su lógica en un contexto de oferta dentro de la misma localidad, que no fuerza a desplazamiento de largo empeño temporal. Pero, piénsese si a partir de ahora a una persona con responsabilidades familiares se le ofrece un trabajo que, además del tiempo de trabajo y las correspondientes pausas a media jornada, le requiere todos los días casi dos horas de desplazamiento. En una persona sería soportable, no así en una persona con responsabilidades familiares. Visto también desde otra perspectiva, si quien se ve obligado a aceptar la oferta es uno del padre con responsabilidades familiares, ello va a provocar como efecto reflejo que la madre tenga que incrementar sus tareas domésticas y puede dificultarla aún más si cabe para conciliar las mismas con otras expectativas profesionales. No obstante ello, debe advertirse que nuestros Tribunales en absoluto han sido sensibles hasta el presente a este tipo de consideraciones, admitiendo también la adecuación de la oferta cuando se acumulan responsabilidades familiares y empleos a cierta distancia de la residencia familiar⁴⁴.

Por lo que refiere a los costes del desplazamiento, como hemos indicado, se fija un tope máximo de hasta el 20 % del salario mensual. La inicial propuesta del Gobierno precisaba que ese porcentaje lo sería del salario “neto”, pero ahora ha desaparecido tal precisión, con lo que no cabe interpretar otra cosa que ahora ese porcentaje lo es del salario “bruto”; eso sí, ha de entenderse salario en el sentido técnico del término expresado en el art. 26.1 ET, por tanto con exclusión de las partidas extrasalariales. En la disp. trans. 7ª del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, se prevén ayudas al desplazamiento del trabajador, si bien éstas vienen referidas exclusivamente para

³⁷ STSJ Castilla y León/Burgos, 23 noviembre 1994, Ar. 4230.

³⁸ STSJ Castilla y León/Burgos, 16 junio 1997, Ar. 1877.

³⁹ STSJ Andalucía/Granada, 15 noviembre 1999, Ar. 7501.

⁴⁰ STSJ Castilla y León/Burgos, 5 mayo 1994, Ar. 2160.

⁴¹ STSJ Canarias/Las Palmas, 20 febrero 1997, Ar. 1102.

⁴² STSJ Cataluña, 28 abril 1995, Ar. 1624.

⁴³ STS 8 febrero 1995, Ar. 786.

⁴⁴ STSJ, Andalucía/Granada, 6 marzo 2001, Ar. 2434; Málaga, 26 enero 2001, Ar. 2227.

aquellos casos en los que la contratación implique desplazamiento o traslado de residencia, pero no para estos casos de permanencia del trabajador en su mismo domicilio.

Existe otro elemento que está ausente, al menos en la formalidad de la norma, que estimamos necesario a los efectos de poder ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de la oferta formulada por el SPE. Nos referimos al hecho de que en ningún momento se establece una regla comparativa entre los diversos trabajadores registrados como demandantes de empleo y la selección de éstos a los efectos de formularle una concreta oferta. A nuestro juicio lo razonable es que el SPE lleve a cabo la oferta individualizando en primer lugar a aquellos trabajadores de la misma especialidad profesional del puesto a cubrir y que se encuentren residiendo más próximos en el territorio al lugar de ejecución del trabajo. Sólo a la vista de que no hay desempleados demandantes de empleo en esa especialidad y territorio, debería estar habilitado el SPE a hacer extensiva la oferta de empleo adecuado a otros trabajadores de profesionales o residencias más distantes. De no actuar en estos términos el SPE, podría pensarse que son otros los objetivos buscados, posiblemente de carácter torticero, y sobre todo que se estaría actuando más allá de las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que debe presidir la actuación sancionadora administrativa.

7.- La retribución del empleo ofrecido como límite a la oferta de empleo

En lo que refiere al salario, directamente no se recoge ninguna novedad, cuando se afirma que será el equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de las prestaciones a que se tenga derecho. En la regulación precedente se efectuaba apelación directa al salario establecido en el sector, precisión que desaparece. Probablemente ello se hace en el entendimiento de que puede existir disparidad entre el salario general del sector y el correspondiente establecido en la empresa que ofrece contratar al trabajador, de modo que debe interpretarse que se está otorgando preferencia al salario que rige en la empresa, sea éste superior o inferior, al contemplado para el sector en el que se integra. Eso sí, se echa en falta alguna mención directa al salario convenio, tanto de empresa como de sector, como referente para fijar cual es esa imprecisa cifra equivalente, aunque la omisión no debe dársele mayor trascendencia, pues lo lógico es efectuar la comparación con los niveles salariales fijados a través de la negociación colectiva. Por lo demás, para poder constatar este requisito alguna resolución judicial exige como requisito formal, a nuestro juicio con excesivo rigor, que la oferta de empleo incluya taxativamente cual es la retribución ofrecida por la empresa⁴⁵.

Con todo, lo más significativo es que el legislador no ha querido convertir a la prestación por desempleo que viene percibiendo el desempleado en un límite al deber de aceptación de las ofertas de empleo: esa oferta puede comportar retribución inferior a la prestación por desempleo y así se dice expresamente en la norma. Con ello probablemente se pretende sobre todo atajar una de las preocupaciones centrales desde el punto de vista económico y su repercusión de distorsión del mercado de trabajo: los efectos negativos evidentes que pueden tener tasas elevadas de sustitución de rentas a través de la prestación de desempleo, en términos tales que exista una altas rentas de

⁴⁵ STSJ Asturias, 15 septiembre 1995, Ar. 3208; Asturias, 11 noviembre 1994, Ar. 4268.

reserva familiar que desincentiven la búsqueda de empleo. Ahora bien, ello debe hacerse sin provocar tampoco situaciones de debilidad contractual por parte de los trabajadores y, sobre todo, situaciones de pérdida de las prestaciones injustificadas provocando situaciones de necesidad nada deseables.

Al ser posible que la oferta de empleo refiere a otra localidad en la que hasta ahora trabajaba el desempleado, es posible que la oferta se sitúe en una zona donde resulte aplicable un convenio colectivo diverso al que regía para el trabajador en su última actividad laboral, que fue la que determinó cotizaciones más elevadas y, por ende, una cuantía superior de la prestación por desempleo. De igual forma, la posibilidad de ofrecerle un empleo adecuado relativo a actividades que pueda realizar porque puede ejercerlas a juicio del SPE, diverso del que venía siendo habitual para él, puede determinar igualmente la oferta de un empleo no equivalente profesionalmente, ergo inferior, por ende con retribución sustancialmente inferior. Si tal sucediera, habría que entender que la regulación resulta contraria a lo estipulado en el art. 10 del Convenio nº 44 OIT; en efecto, conforme a su art. 10.1.b, no se considerará empleo adecuado –“conveniente” en la terminología OIT-, “un empleo cuya tasa de salario sea inferior o cuyas otras condiciones de trabajo sean menos favorables: i) que las que el solicitante hubiera podido esperar, dada su profesión habitual, en la región en que estaba generalmente empleado o las que hubiera obtenido si hubiese continuado empleado en la misma forma (cuando se trate de un empleo en la profesión y en la región en donde habitualmente estaba empleado el solicitante); ii) que el nivel que generalmente se observe en aquel momento en la profesión y en la región donde se le ofrezca el empleo (en todos los demás casos)”.

De otra parte, si se pone en conexión con la posibilidad de que se considere como oferta adecuada un empleo a tiempo parcial, sería posible que entre la reducción de la prestación por desempleo que experimenta el trabajador, junto con los gastos adicionales de desplazamiento, un trabajador perciba menos ingresos en montante neto global al ser contratado del que lo recibiría de permanecer en situación de desempleado. El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, en este punto sí que llega a fijar un tope mínimo: “el salario correspondiente a la colocación para que esta sea considerado adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquel los gastos de desplazamiento”. Pero, con ello no se llega a garantizar que las prestaciones por desempleo parciales restantes, más salario percibido por el trabajo a tiempo parcial, menos gastos de desplazamiento, sean iguales o superiores a lo que hasta ahora venía percibiendo como prestación por desempleo total sin llegar a trabajar.

8.- La capacidad de modificación por parte del Servicio de empleo

El texto del Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, autoriza al SPE para modificar los supuestos de empleo adecuado y adaptar su aplicación a las “circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, teniendo en cuenta el itinerario de inserción fijado”. Obsérvese que se trate de una cláusula de cierre general, pues refiere esa facultad de modificación del SPE a “lo previsto en los párrafos anteriores”; es decir, párrafos en plural, por tanto referido a todo el apartado 3 del art. 231 LGSS. Por lo demás, la frase es enormemente ambigua por lo que refiere al alcance de la modificación. Es cierto que lo conecta con las circunstancias profesionales, personales y

familiares del desempleado, lo que podría dar a entender que el SPE hará un uso de tal facultad en una dirección de limitar la oferta de empleo que menos perjudique al desempleado. Sin embargo, en sentido estricto la norma no exige que así sea, por lo que esa facultad modificatoria de la oferta podría tener también el sentido inverso, de ser ampliatoria de los puestos y empleos ofertables al desempleado en razón del compromiso de actividad que se le haya marcado. En definitiva, con ello se provoca una situación de inseguridad jurídica, dejando al libre arbitrio del Servicio Público de Empleo el alcance concreto de la obligación de aceptar una oferta de empleo adecuada. En definitiva con ello, además de la imprecisión, se deslegaliza la tipificación de la infracción administrativa y, con ello, no se tiene presente el principio de legalidad en la tipicidad de las infracciones exigida constitucionalmente para las sanciones administrativas⁴⁶

9.- La sanción administrativa imponible

En el terreno de las sanciones, la reforma de 2002 es más matizada y sobre toda más respetuosa con el principio de proporcionalidad, que la vigente en el momento actual. En efecto, la fórmula precedente era radical en exceso, desde el instante en que frente a un solo rechazo de una oferta de empleo adecuado se contemplaba la sanción máxima consistente en la extinción completa de la prestación por desempleo. Frente a ello, la reforma prevé que el primer rechazo debe dar lugar a una reducción del derecho en tres meses, el segundo rechazo desencadenaría otra reducción, se supone que adicional, por seis meses, y, finalmente, el tercer rechazo provocaría la pérdida total del derecho; se precisa, además, que esta escala se aplica a partir de la primera infracción y cuando entre la comisión de una infracción y la anterior no hayan transcurrido más de 365 días, con independencia del tipo de infracción (art. 47.1.b LISOS). Por ello, insistimos en que se trata de un régimen más respetuoso con la exigencia constitucional de la proporcionalidad en la sanción administrativa.

Sin embargo, a nuestro juicio, la propuesta gubernamental no es respetuosa con el sistema contemplado una vez más en el Convenio nº 44 OIT. En concreto, el art. 10 del Convenio prevé que el rechazo de una oferta de empleo conveniente el derecho al subsidio se podrá “suspender” “durante un período adecuado”. De ello derivan dos conclusiones, la primera de ellas obvia e indiscutible, la segunda condicionada a la interpretación que se haga del término empleado por el Convenio.

La primera de ellas, de claridad meridiana, consiste en que el Convenio tan sólo admite una sanción consistente en un daño de carácter temporal, pues dice explícitamente que lo será “durante un período adecuado”; luego, a sensu contrario, no resulta viable la imposición como sanción de la “extinción” de la prestación como se recoge actualmente, o bien se prevé en la propuesta gubernamental con sanción al tercer rechazo, en la medida en que se habla de “pérdida total del derecho”.

La segunda de ellas deriva de la circunstancia de que el Convenio OIT sólo admite que la sanción consista en una “suspensión” del derecho, lo que a nuestro juicio

⁴⁶ Para la exigencia con carácter general del principio de legalidad constitucionalizado, ver por todas STC 42/1987, de 7 de abril, BOE 5 mayo, fund. jco. nº 2; 207/1990, de 17 de diciembre, BOE 10 enero 1991; 40/1991, de 25 de febrero, BOE 27 marzo.

no puede comportar reducción alguna de la duración ni de la cuantía de la prestación; “suspensión” es, en el sentido literal de la expresión, interrupción, apertura de un período de paréntesis, postergación en el pago, pero no reducción de su cuantía; desde este punto de vista, también estimamos contrario al sistema previsto en el art. 10 del Convenio, la fórmula propuesta consistente en la reducción de la prestación por desempleo.

10.- La complejidad deriva del reparto competencial Estado versus Comunidades Autónomas

Para concluir, conviene advertir de los indudables problemas técnicos, cuando no políticos, que todo este sistema va a provocar, si no está provocando ya en su aplicación al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En efecto, en la medida en que la intermediación en el mercado de trabajo forma parte de la tarea administrativa de ejecución de la legislación laboral, hoy en día se ha transferido ya a un elevado número de Comunidades Autónomas la gestión de los Servicios Públicos de Colocación⁴⁷.

En estos términos, son las Comunidades Autónomas quienes, en su labor de intermediación entre las ofertas y demandas de empleo, deben formular a los desempleados las correspondientes ofertas de empleo adecuado y, por tanto, deben ser ellas mismas quienes lleven a cabo el control de los rechazos individuales a tales ofertas de empleo.

Más aún, conviene tener en cuenta que el art. 231.c LGSS, conforme a una redacción que no se ha visto alterada tras la reforma, impone al desempleado la obligación de aceptar las ofertas de empleo adecuadas que le sean proporcionadas tanto por las Oficinas de Empleo como por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Frente a ello, quien gestiona la prestación por desempleo es la entidad gestora de la prestación por desempleo, es decir, actualmente el Instituto Nacional de Empleo; en todo caso, la protección por desempleo sigue siendo gestionada por la Administración del Estado, sin que se prevea la expectativa de ser trasferida a las Comunidades Autónomas, por afectar ello al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) y por tanto estar en juego el principio de caja única del sistema público de la Seguridad Social. En estos términos, siendo la propia Seguridad Social quien gestiona la prestación por desempleo es ella también la facultada para controlar su correcta percepción.

⁴⁷ Galicia (RD 1.375/1997, de 29 de agosto, BOE de 1 de octubre, y RD 232/1998, de 16 de febrero, BOE de 4 de marzo); Cataluña (RD 1.050/1997, de 27 de junio, BOE de 29 de julio, modificado por el RD 774/1999, de 7 de mayo); Navarra (RD 811/1999, de 14 de mayo, BOE de 9 de junio, y RD 311/2001, de 23 de marzo, BOE de 9 de abril); Comunidad Valenciana (RD 2.673/1998, de 11 de diciembre, BOE de 29 de diciembre); Canarias (RD 150/1999, de 23 de enero, BOE de 17 de febrero, y RD 115/2000, de 28 de enero, BOE de 12 de febrero); Madrid (RD 30/2000, de 14 de enero, BOE de 2 de febrero); Asturias (RD 3/2001, de 12 de enero, BOE de 31 de enero); Extremadura (RD 664/2001, de 22 de junio, BOE 5 de julio); Castilla y León (RD 1187/2001, de 2 de noviembre, BOE 22 noviembre); Cantabria (RD 1418/2001, de 14 de diciembre, BOE 3 diciembre); Islas Baleares (RD 1.268/2001, de 29 de noviembre, BOE 5 diciembre); La Rioja (RD 1.379/2001, de 7 de diciembre, BOE 25 diciembre); Aragón (RD 646/2002, de 5 de julio, BOE 10 julio)

Ahora bien, este complejo sistema de reparto competencial por lo que refiere a la materia aquí enjuiciada no ha sido trasladada con claridad al ámbito de la atribución competencial de la facultad sancionadora administrativa, derivada del rechazo de una oferta adecuada de empleo. En efecto, conforme al art. 48.4 LISOS la imposición de sanciones por infracciones graves como la presente a los trabajadores en materia de empleo y de protección por desempleo corresponde “a la entidad gestora de la Seguridad Social u organismo de colocación competente”. Es obvio, que, a pesar de reflejarse ello en un texto refundido del año 2000, cuando ya se habían producido importantes transferencia de competencias en materia de colocación, está redactado aún sobre el modelo precedente de gestión conjunta por parte del INEM tanto de la intermediación en el mercado de trabajo como de la gestión de la prestación por desempleo; en ese modelo es coincidente el organismo que actuaba como entidad gestora y como instancia de colocación.

En todo caso, a partir de que se transfieren las competencias de colocación el precepto deja de ser comprensible, por cuanto que lo que constituye todo un absurdo es interpretar que ahora se faculta indistintamente para imponer la sanción por rechazo de oferta adecuada de empleo tanto a la entidad gestora como a la Comunidad Autónoma; sólo una Administración es la que debe asumir la responsabilidad de ejercer el control y consiguientemente de imponer las correspondientes sanciones. A mi juicio personal, tal como viene sucediendo hasta ahora en la práctica administrativa, sin que ello haya sido puesto en cuestión judicialmente, la competencia le ha de corresponder exclusivamente a la entidad gestora de la Seguridad Social, en tanto que se trata de una materia que afecta directamente a la percepción de la prestación por desempleo, cuya gestión con carácter general no ha sido transferida a las Comunidades Autónomas y, en concreto, los Decretos de transferencia aprobados no contemplan de forma expresa la asunción por las Autonomías de tales competencias sancionadoras. Así, por citar la última de las transferencias producidas hasta el momento presente, la relativa a la Comunidad de Aragón se establece, de un lado, que “La Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá en su ámbito territorial las funciones, atribuidas al INEM, exceptuadas las referentes a las prestaciones por desempleo”; y, de otro lado, “La Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá..., en su caso, la potestad sancionadora en materia de empleo”, si bien inmediatamente a continuación aclara que “La Comunidad de Autónoma de Aragón exigirá y comprobará el cumplimiento de las obligaciones como demandantes de empleo de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo, recogidas en los párrafos c), d) y g) del artículo 231 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social...y comunicará en su caso, los incumplimientos de dichas obligaciones a la Entidad Gestora de las prestaciones a los efectos sancionadores que a ésta le corresponden”. En definitiva, la última previsión del Real Decreto 646/2002, de 5 de julio, es la más elocuente al respecto: a la Comunidad Autónoma le corresponde comprobar el cumplimiento de la obligación de aceptación de la oferta adecuada de empleo por parte del trabajador desempleado (art. 231.c LGSS), pero si se produce un incumplimiento al respecto la Comunidad Autónoma deberá limitarse a comunicar tales incumplimientos a la Entidad Gestora, para que sea ésta quien sancione al beneficiario de la prestación.

Eso sí, a partir del instante en que se verifica esa disociación entre el organismo encargado de efectuar las ofertas de empleo y el ente sancionador se hace inexcusable impulsar mecanismos de coordinación entre las Administraciones Autonómicas y la

Administración del Estado. De no materializarse tal proceso de concertación política entre el Gobierno Nacional y las Administraciones Autonómicas puede desembocarse en resultados similares a los que en otros tiempos se verificaron en materia de control de las incapacidades temporales, entre quienes tienen asumidas las transferencias de la gestión de la asistencia sanitaria, por ende, de las bajas laborales –es decir, las Comunidades Autónomas- y de quien conserva la obligación de asumir los costes de Seguridad Social de las correspondientes prestaciones por incapacidad –es decir, la Administración del Estado-. En esta materia también se puede llegar a producir un gap similar entre quienes deben controlar los rechazos de las ofertas de empleo adecuadas – las Comunidades Autónomas- y quienes ostentan la capacidad de sancionar administrativamente a los desempleados que rechacen injustificadamente una oferta de empleo –la Administración del Estado-. Dicho con crudeza, de no producirse este proceso de concertación social, la Administración del Estado no podría hacer uso de tan importante herramienta de compulsión sobre el desempleo de aceptar las ofertas de empleo adecuado que se le cursen de no existir colaboración de parte de la Administración Autónoma, pues a ésta le basta con no transmitir la información pertinente a la entidad gestora del desempleo.

Finalmente, en correspondencia con ello, por el hecho de tratarse de infracciones leves y graves y no muy graves, la revisión judicial de estas resoluciones, aunque sean sancionadoras, se remiten al orden social de la jurisdicción y no al contencioso-administrativo⁴⁸.

⁴⁸ Art. 233.c LGSS, STS 30 diciembre 1994, Ar. 10527; 24 septiembre 2001, Información Laboral 1997; 3 julio 2001, Información Laboral 1690; 9 julio 2001, Información Laboral 1704.