

LOURDES MELLA MÉNDEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2003** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Tomás SALA FRANCO, doña Amparo BALLESTER PASTOR, don Ángel BLASCO PELLICER, don José LAGUARDA RODRIGO, don Ricardo MARTÍNEZ BAU y don Rafael ORTIZ CERVELLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de la oferta adecuada de empleo tras la importante reforma laboral de 2002, denominada «de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad» y concretada, primero, en el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, y, después, en la homónima Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Entre otros aspectos, se repasa especialmente en los criterios que determinan la adecuación de la oferta en cuestión (el profesional, geográfico y salarial), así como en la discrecionalidad que el Servicio público de empleo competente tiene para apreciar la concurrencia de aquélla. Por otro lado, también se incide en el rechazo de la oferta por el desempleo, su manifestación, causas y el procedimiento sancionador que, en su caso, ha de seguirse contra él.

Sumario:

- I. General.

- II. Compromiso de actividad y oferta adecuada de empleo.
 1. Configuración general.

 2. Contenido.

- III. La oferta adecuada de empleo.
 1. Antecedentes.

 2. Criterio profesional.
 - A) La profesión demandada por el trabajador.
 - B) La última actividad laboral desempeñada.
 - C) La profesión habitual.
 - D) Las aptitudes físicas y formativas.
 - E) La colocación considerada adecuada por el Servicio público de empleo.

 3. Criterio geográfico.

 4. Criterio relativo a las condiciones de trabajo.
 - A) La irrelevancia de la duración y la jornada.
 - B) El salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo.

5. La discrecionalidad administrativa en la apreciación de la adecuación de la oferta de trabajo.
 - A) Configuración.
 - B) La conciliación de la vida familiar y laboral.

6. El rechazo de la oferta de empleo.
 - A) Evolución normativa. Apunte.
 - B) Manifestación.
 - a) Tipos.
 - b) Rechazo tácito.
 - C) Justificación.
 - a) General.
 - b) Causas.
 - D) Relación con el rechazo de las acciones de mejora de la ocupabilidad.
 - E) El rechazo como derecho del trabajador.

IV. Procedimiento sancionador.

1. Visión general.
 - A) Inicio, desarrollo y conclusión.
 - B) Suspensión cautelar de la prestación.

2. Prueba de la justificación del rechazo.

3. Infracciones y sanciones.
 - A) Sanción principal.
 - B) Sanción complementaria.

ABREVIATURAS

- AL** *Actualidad laboral.*
- Ar.** Aranzadi.
- AS** *Aranzadi Social.*
- DL** *Documentación laboral.*
- ET** Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo.
- ILJ** *Información Laboral Jurisprudencia.*
- JL** *Justicia Laboral.*
- LGSS** Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio.
- LISOS** Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto.
- RL** *Relaciones Laborales.*
- STS** Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que en cada caso se indique.
- Tr. S.** *Tribuna Social.*
- TS** Tribunal Supremo.
- TSJ** Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que se indique.

I. GENERAL

Desde 1994, ninguna reforma laboral ha tenido tanta trascendencia social y política como la del año 2002, denominada «de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad» y concretada, primero, en el RD-ley 5/2002, de 24 de mayo, y, después, en la homónima Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Separan una y otra norma varios meses de debates sociales y políticos, que, tras una huelga general, determinan la introducción de importantes cambios legales en el texto definitivo de la reforma. Dichos cambios intentan corregir las deficiencias técnicas o el recorte de derechos que aquella apresurada reforma –adoptada, sin verdadera justificación, por la vía de la norma de urgencia (RD-ley)– conllevaba. Así, se incluyen, bien meras aclaraciones semánticas, bien modificaciones de calado, en prácticamente todos los aspectos que habían sido objeto de la pretensión reformadora del legislador, como sucede, por ejemplo, con la prestación por desempleo en el régimen general, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial (acceso a la protección, concepto de situación legal de desempleo, régimen de solicitud y nacimiento de la prestación, duración, suspensión y extinción de la misma, infracciones y sanciones), el despido disciplinario y los salarios de tramitación, la prestación por desempleo del régimen especial agrario, el programa de renta activa de inserción o, en fin, el fomento del empleo de los discapacitados.

Como es fácil apreciar, la importancia de la reforma queda plasmada en la entidad de las materias modificadas, las leyes afectadas (principalmente: ET, LGSS, LISOS y LPL) y los objetivos perseguidos, cuales son: facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, mejorar el funcionamiento de éste, corregir disfunciones observadas en la protección por desempleo y ampliar ésta a colectivos que hasta entonces carecían de ella. En aras a la consecución del primer objetivo, verdadero eje de la reforma, se prevé que, desde el inicio de la prestación, exista un compromiso de actividad en virtud del cual el desempleado tenga derecho a que los Servicios públicos de empleo le determinen el mejor itinerario de inserción, conforme a sus capacidades profesionales (exposición de motivos, Ley 45/2002). Al alcance y significado de este compromiso, su relación con la oferta adecuada de empleo y al análisis de ésta se dedican las siguientes páginas.

II. COMPROMISO DE ACTIVIDAD Y OFERTA ADECUADA DE EMPLEO

1. Configuración general.

Aunque el compromiso de actividad ya había sido introducido en nuestro Derecho por los programas de renta activa de inserción, la nueva Ley 45/2002 amplía su uso y eficacia en relación con la prestación por desempleo, convirtiéndolo en condicionante de su nacimiento y duración. En efecto, ahora, para el nacimiento del derecho a la prestación ya no es suficiente con encontrarse en situación legal de desempleo (aparte de los otros requisitos generales), pues, además, también resulta necesario «acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley» [art. 207, c), LGSS]. La precisión de que la acreditación de que se trata debe efectuarse por la vía de la suscripción del compromiso en cuestión es mérito de la Ley 45/2002, que mejora la redacción inicialmente propuesta por el RD-ley 5/2002, que, al no incluir aquella, ya generó dudas –durante su corto período de vigencia– sobre la mejor manera de probar tal disponibilidad. Ciertamente, dado que la voluntad de trabajar –como todo acto de volición– es algo interno a la persona y, por lo tanto, difícil de acreditar, se considera acertada la objetivación y concreción de su prueba en la firma del compromiso de actividad.

Como es fácil apreciar, la reforma incide directamente sobre un elemento condicionante de la situación de desempleo: la voluntad de trabajar de quien se halla en la misma. En efecto, si se parte de que en tal situación se encuentran quienes, «pudiendo y queriendo trabajar», pierden su empleo o ven reducida su jornada de trabajo (art. 203.1 LGSS), lo que se quiere es potenciar o dar una mayor relevancia a esa voluntad de querer trabajar. En otras palabras, si el desempleado lo es en contra de su voluntad, pues él lo que quiere es trabajar –como presume la Ley–, lo que se pretende es que demuestre tal actitud subjetiva o volitiva desde el primer momento, comprometiéndose en firme a hacer todo lo posible para salir cuanto antes de la situación de inactividad. Más concretamente, el compromiso se centra en buscar activamente empleo y, en su caso, aceptar una oferta de empleo adecuada; esto es, trabajar cuando encuentre un trabajo adecuado y mientras tanto buscarlo. Así pues, para que nazca el derecho a la prestación por desempleo ya no basta con acreditar que se está en una situación legal de desempleo, es decir, de pérdida del trabajo por causa ajena a la voluntad del afectado (hecho pasado), sino que se requiere que éste demuestre que está disconforme con tal situación de inactividad y que lo que realmente quiere es trabajar. Así pues, la cobertura protectora de la contingencia analizada se reserva ahora para el que podríamos denominar «desempleado activo», «rebelde» o «inconformista» o, incluso, «mal parado», que deja claro que llegó a esta situación en contra de su voluntad y que ésta es la de salir de la misma cuanto antes. Así, a efectos de protección social, sólo es desempleado quien de verdad quiere y está dispuesto a trabajar. Debe probarse, pues, la voluntad de trabajar en el pasado, presente y futuro.

Repárese en que la auténtica novedad se halla en la importancia que adquiere la voluntad de trabajar en el presente y futuro, lo que determina su materialización en un documento escrito, el cual «contractualiza» aquella. Desde luego que en la situación previa a la reforma también había que pro-

bar la voluntad de trabajar en el pasado (pérdida del trabajo por causa ajena a la voluntad del afectado), pero la de trabajar en el presente y futuro quedaba sobrentendida –y, en cierto modo, diluida– y sólo jugaba a efectos del mantenimiento de la prestación, dado que el «rechazo de una oferta de empleo adecuada» o la «negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada», era causa de la extinción de aquélla [art. 213. 1, b), LGSS 1994, ahora derogado]. Tras la reforma laboral de 2002, sin embargo, la voluntad de trabajar en el presente y en el futuro tiene que quedar patente, a través de la suscripción del compromiso de actividad, en el mismo momento de solicitar la prestación por desempleo, por lo que aquélla se convierte en *presupuesto o requisito condicionante* del nacimiento del derecho a la protección por desempleo, lo que se refleja tanto en el ya citado artículo 207 como en el 208. 2, 2), LGSS. Según este último, «no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que», a pesar de encontrarse técnicamente en alguna de las situaciones legalmente calificadas como tales (núm. 1, artículo últ. cit.), «no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad»¹.

De otro lado, el que la búsqueda y aceptación de un empleo adecuado se eleve a «elemento definitorio de la propia contingencia»² determina un cambio importante en la configuración de ésta. En efecto, de preverse como una protección por la simple pérdida involuntaria del empleo, la prestación en cuestión pasa a configurarse más bien como una especie de «premio» al desempleado que lucha por dejar de serlo, dado que si «no lucha» no tiene derecho a la protección. De este modo, la pérdida del empleo y la observancia de la carencia requerida ya no garantizan la percepción de la prestación económica sustitutiva del salario, pues la causa de ésta ya no es tanto la actualización del riesgo protegido (pérdida del empleo), sino la voluntad de trabajar materializada en la suscripción del compromiso de actividad cuando aquél sobreviene.

2. Contenido.

Aunque el artículo 207, c), LGSS remite al 231 de igual texto legal para hallar el concepto del compromiso de actividad, parte de su contenido ya se pone de relieve en aquél cuando alude a la búsqueda activa de empleo y a la aceptación de colocación adecuada. Ahora bien, a efectos de aclarar posibles dudas sobre el contenido de tan importante concepto, el legislador opta por definirlo expresamente en el número dos del artículo referenciado, y con un contenido más amplio del que inicialmente pudiera parecer. En efecto, se considera compromiso de actividad el que adquiere el «solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo». Como se aprecia, la amplitud del contenido del compromiso de actividad se pone de relieve al incluir la necesidad de cumplir, no sólo con las acciones específicas de motivación, información, orientación, formación o reconversión profesional, sino también *con el resto de las obligaciones que prevé el citado artículo 231*, que precisamente, en su número uno, lista las correspondientes a «los trabajadores» y «solicitantes y beneficiarios de prestaciones de desempleo».

La Ley 45/2002 viene a sumar a las obligaciones ya previstas en el mencionado precepto³ dos más: las de «suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad» [(letra h)] y «buscar activamente empleo (y) participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los Servicios Públicos de Empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción» [letra i)]. Mientras que esta última obligación se configura de forma específica y concreta, la primera reitera la obligación genérica del desempleado de atender al compromiso de actividad, con todo lo que ello implica. Así las cosas, la estructura y organización interna del analizado artículo 231 resulta confusa y compleja, pues sorprende que, por un lado, en su número uno, dedicado a enumerar una larga serie de obligaciones específicas –algunas de las cuales reitera después en la definición del compromiso de actividad (núm. dos)–, incluya la genérica de suscribir y cumplir las exigencias del compromiso en cuestión, y, por otro, en su número dos, la definición estudiada especifique expresamente –aun reiterándolas– algunas obligaciones y a otras aluda genéricamente por contenerse en su número 1 («así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo»). En mi opinión, en aras a una mejor organización de la estructura y mayor claridad del precepto hubiera sido más correcto que, por ejemplo, el número uno se limitase a prever como obligación genérica de los interesados la de «suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad» y que el dos entrase a definir éste con precisión, enumerando una por una todas las obligaciones que formasen parte de su contenido, con lo que se evitarían repeticiones inútiles.

Respecto de la obligación introducida por el RD-ley en el artículo 231.1, i), LGSS, cabe señalar que la Ley 45/2002 añade un inciso al texto inicial del mismo, en el sentido de precisar que, «sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los cien primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores». De este modo, no cabe duda de que, durante ese primer y corto período, los perceptores de la prestación contributiva por desempleo gozan de una mayor libertad o capacidad de actuación personal y profesional, pues no están obligados a participar en acciones «oficiales» de mejora de la ocupabilidad, siendo suficiente con que acrediten que están buscando activamente empleo, lo que se producirá a través de la suscripción del correspondiente compromiso de actividad. Ahora bien, si aquéllos lo desean, también pueden hacer uso de las referidas acciones del Servicio público de empleo, lo que en ningún caso parece que les pueda perjudicar. Por cierto, que la referencia al Servicio público de empleo debe entenderse efectuada tanto al Instituto Nacional de Empleo como a los correspondientes Servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas competentes en la materia, tal y como aclara expresamente la disposición final segunda de la Ley 45/2002.

Aunque, en principio, las acciones específicas de mejora de la ocupabilidad parecen de muy diferente contenido y naturaleza, básicamente, se dividen en dos grupos: las de información (motivación, información, orientación) y formación (formación, reconversión o inserción) profesional. Dos tipos de acciones complementarias que persiguen un único fin: la mejora de la ocupabilidad del desempleado, esto es, el hacer todo lo posible para que éste puede encontrar un nuevo empleo cuan-

to antes. En otras palabras, se intenta sacar la mayor rentabilidad profesional al tiempo que el afectado está sin trabajar, que ya no debe equivaler a tiempo de inactividad, sino todo lo contrario. No se trabaja, pero se «trabaja» para trabajar. Una precisión importante es la de que, aun cuando antes de la reforma el desempleado ya tenía obligación de participar en acciones similares de «promoción, formación o reconversión profesionales» que determinase el INEM o las entidades asociadas de los Servicios Integrados para el empleo [art. 231. 1, c), LGSS], la Ley 45/2002 refuerza la importancia de aquéllas y la obligación del afectado de participar en las mismas, como lo acredita el que pasen a formar parte expresa del contenido del compromiso de actividad y, en su caso, de un itinerario de inserción que se establezca para aquél.

Por su parte, la búsqueda activa de empleo debe entenderse como la realización de *motu proprio*, por parte del desempleado, de todas las gestiones y acciones que estén en su mano para encontrar un nuevo puesto de trabajo. De las tres obligaciones fundamentales que integran el compromiso de actividad, es la más novedosa, dado que –a diferencia de las otras dos– no estaba prevista expresamente. Como mucho, la búsqueda de trabajo podía entenderse implícita en la inscripción del desempleado en las oficinas del Servicio público de empleo, pues si consta en éstas es porque está buscando trabajo y en disposición de trabajar ⁴. Ahora bien, parece claro que si el legislador crea la obligación de «buscar activamente empleo» quiere ir más lejos: ya no basta con inscribirse en las oficinas de empleo –lo que puede llevar a la pasividad del trabajador–, sino que hay que mantener una actitud «activa» de búsqueda de empleo, que fuerce a aquél a poner en marcha iniciativas en orden a la procura del empleo deseado ⁵. Puntualización importante es la de que la búsqueda activa de empleo debe referirse al que resulte «adecuado», por analogía con la obligación de aceptar sólo ofertas de trabajo que también lo sean. Sólo el trabajo adecuado genera la obligación de aceptarlo, ya lo ofrezca el Servicio público de empleo, ya lo busque y encuentre el interesado. Sobre este último concepto, se profundizará en los apartados siguientes.

Cuestión directamente relacionada con el contenido del compromiso de actividad es la de su alcance, en tanto en cuanto, *a priori*, podría dudarse si éste es genérico o específico. Ahora bien, a la vista de la exposición de su contenido, parece claro que el compromiso de actividad se configura genéricamente, pues –aun suponiendo un mayor compromiso personal del trabajador– se limita a reiterar las obligaciones legales que éste ya tiene por ley. Se rechaza, así, que el compromiso en cuestión deba entenderse como un «compromiso específico», que concreta las obligaciones genéricas de buscar empleo, aceptar colocación adecuada y realizar acciones formativas. En otras palabras, no se está ante un compromiso de, por ejemplo, buscar empleo en un determinado ámbito, aceptar un puesto de trabajo que reúna unas determinadas características o participar en unas concretas acciones formativas, pues la precisión de lo que se entienda «adecuado» resulta, aparte de cambiante, difícil de establecer en un primer momento ⁶. La configuración genérica del compromiso de actividad permite salvar tales inconvenientes al obligar al desempleado a buscar o aceptar el empleo o realizar las acciones formativas que, en cada momento, se consideren adecuadas, adaptándose a las cambiantes circunstancias personales y del mercado de trabajo.

III. LA OFERTA ADECUADA DE EMPLEO

1. Antecedentes.

Como ya se expuso, obligación fundamental del desempleado –derivada del compromiso de actividad– es la de aceptar la oferta de colocación que sea adecuada, la cual se define en el nuevo artículo 231.3 LGSS, con lo que se corrige su anterior y desafortunada ubicación sistemática (art. 213.2 LGSS 1994). Aunque la intención del legislador pueda ser la de aportar seguridad jurídica, lo cierto es que la primera lectura del referido precepto evidencia que se está ante un concepto complejo y de estructura difícil, en tanto en cuanto «la adecuación» de la colocación viene determinada por la concurrencia de diferentes elementos de muy distinta naturaleza (funcionales, geográficos y económicos)⁷ y de los que se desconoce su exacta interrelación. Ahora bien, resulta claro que, en orden al análisis de ésta, cabe estar a los antecedentes del precepto en cuestión, pues no se está ante un concepto nuevo, aunque siempre se haya ligado a la extinción (y no al nacimiento) de la prestación por desempleo, en cuanto se rechazase una oferta de colocación adecuada.

Recordando, aun someramente, los antecedentes de ésta, cabe citar el Convenio 44 OIT de 4 de junio de 1934⁸, sobre indemnizaciones y subsidios a desempleados involuntarios, cuyo artículo 10.1 prevé la posibilidad de «suspender el derecho a indemnización o a subsidio durante un período adecuado, al solicitante que rechaza un empleo conveniente»; a la vez que excluye de este último concepto ciertos empleos que se ofrezcan en determinadas circunstancias⁹. En este sentido, la Recomendación también 44 OIT, de igual fecha, sobre el seguro de desempleo y las diversas formas de asistencia a los desempleados, precisa que, cuando se trata de determinar si el empleo ofrecido a un solicitante en una profesión distinta de la que ejercía anteriormente es un empleo conveniente, debería tenerse en cuenta el tiempo de servicio del interesado en la profesión anterior, las posibilidades de encontrar un nuevo empleo en la misma profesión, su formación profesional y sus aptitudes para el trabajo propuesto (apartado 9).

Por lo que respecta al derecho español, aunque el rechazo de una colocación adecuada ya se prevé como causa de extinción de la prestación por desempleo desde muy temprano¹⁰, no será hasta la Orden de 5 de mayo de 1967 –dictada en desarrollo de la Ley de 21 de abril de 1961, de seguridad social– cuando tal concepto se defina por primera vez¹¹. Así, se considerará trabajo adecuado «el que corresponda a las aptitudes físicas y profesionales del desempleado». Además, ya se tienen en cuenta las circunstancias personales y geográficas, pues se precisa que «el empleo dentro del territorio nacional y fuera del lugar del domicilio o residencia habitual del desempleado se estimará como adecuado cuando el trabajador pueda seguir conviviendo con su familia o cuando tenga posibilidades de alojamiento apropiado en el nuevo lugar de empleo» (art. 14.2 Orden cit.). Así entendido, el concepto en cuestión se mantuvo por la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo¹², hasta que la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, lo reformó en orden a incidir más en aspectos profesionales. De este modo, pasa a estimarse adecuada la colocación «que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que se ajuste a las aptitudes profesionales, físicas y formativas del mismo y que no suponga cam-

bio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo». Como novedad, se presume –por primera vez– *iuris et de iure* como adecuada la colocación coincidente con «la última actividad laboral desempeñada» (art. 10.3). Por su parte, el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, cit., incluyó –también por primera vez– el elemento salarial como determinante de la adecuación de la colocación ofrecida al trabajador, al prever como tal aquella que «no implicara un salario inferior al fijado por la normativa sectorial para la respectiva actividad» (art. 6.º 2).

El concepto de colocación adecuada vigente hasta la reforma de 2002 provenía de la reforma de 1992, concretamente de la Ley 22/1992, de 30 de julio (anterior RD-ley 1/1992, de 3 de abril), de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. En efecto, dicha Ley modificó el citado artículo 10.3 Ley 31/1984 en orden a incluir en el referido concepto las precisiones ya indicadas. Así pasa a considerarse adecuada la colocación «que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que, ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas, implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada». El mismo concepto se plasmó en el artículo 213.2 LGSS, ahora reformado por el RD-ley 5/2002.

Como se aprecia, el concepto de colocación adecuada existente hasta la reforma de 2002 se caracteriza, respecto de sus predecesores, por ser el más completo y tuitivo de los derechos de los desempleados, en tanto en cuanto «la adecuación» se define en función de los intereses profesionales, salariales y personales o familiares de aquéllos. Lo que, sin duda, acota bastante las ofertas de trabajo que resultan adecuadas y, por lo tanto, deben ser aceptadas so pena de sanción. Ahora bien, dentro de este acotamiento resulta destacable la eliminación de la referencia a las «aptitudes profesionales», que contenía el anterior artículo 10.3 Ley 31/1984, lo que busca el aumentar el número de ofertas de trabajo que el interesado debía aceptar. Tal eliminación no incide en la protección de los intereses profesionales del trabajador, que quedan garantizados al exigirse que la colocación se corresponda con la profesión habitual de aquél o con sus aptitudes físicas y formativas y presumirse adecuada, en todo caso, la última actividad laboral desempeñada.

2. Criterio profesional.

Tras la Ley 45/2002, el actual artículo 231.3 LGSS no aporta, en rigor, un concepto nuevo de colocación adecuada, pues, por un lado, éste sigue construyéndose desde la perspectiva de las obligaciones del trabajador desempleado y no –como hace el Convenio 44 OIT– desde la óptica de su derecho a rechazar un empleo inadecuado, y, por otro, aquél sigue asentándose en los intereses profesionales, salariales y personales o familiares del afectado, como ya sucedía con anterioridad. Ahora bien, lo que sí cambia es la mecánica interna del concepto y, con ello, su eficacia en orden a la búsqueda de empleo.

En relación con los intereses profesionales, se entiende por colocación adecuada, aparte de la coincidente con la profesión demandada por el trabajador, la que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, también lo será la que sea igual a «la última actividad laboral desempeñada, siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses».

A) La profesión demandada por el trabajador.

Desde el punto de vista profesional, los diversos criterios que toma en cuenta el legislador para determinar la adecuación de la colocación ofertada ya resultan conocidos, excepto uno: el de la profesión demandada por el trabajador. Tal referencia viene a plasmar legalmente el que ya era un criterio, aparte de implícito en la legislación anterior, reconocido por la jurisprudencia, que tuvo ocasión de considerar que el convencimiento personal del desempleado respecto de su capacidad profesional para realizar un determinado trabajo tenía relevancia jurídica para el Servicio público de empleo ¹³. Por lo tanto, la mención expresa ahora de este criterio resulta lógica desde el momento en que se da cumplimiento a lo deseado y solicitado por el desempleado. Ahora bien, tal mención expresa tiene una importancia mayor de la que, en principio, pudiera parecer, dado que produce efectos jurídicos, principalmente la obligación del trabajador de aceptar las colocaciones por él demandadas, so pena de sanción. En este sentido, se ha apuntado la necesidad de que el Servicio público de empleo colabore lealmente con el desempleado informándole con claridad de la responsabilidad que pueden conllevar sus decisiones sobre las profesiones que demanda, con el fin de evitar la solicitud de un amplio número de colocaciones para las que, realmente, no está preparado ¹⁴. Respecto del momento en que el trabajador debe manifestar su voluntad al respecto, cabe señalar que, aunque normalmente aquél será el de la formalización de su inscripción como demandante de empleo, parece posible que aquél pueda complementarse con otros posteriores cuando exista causa justificada, como sucederá, *v. gr.*, cuando, tras la realización de determinadas acciones de mejora de la ocupabilidad (cursos de formación o reconversión profesional), el trabajador se sienta capacitado para ocupar nuevos puestos de trabajo.

En principio, la profesión demandada por el desempleado se configura ampliamente, por lo que aquélla puede coincidir con cualquiera de las otras que también se entienden adecuadas desde el punto de vista profesional, esto es, la coincidente con su profesión habitual, con la que desempeñó en último lugar durante un período igual o superior a tres meses o con cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. Este mínimo ajuste siempre parece necesario, pues el trabajador sólo puede desempeñar un puesto de trabajo si posee las necesarias aptitudes físicas y formativas para ello. Ahora bien, cabe preguntarse si el trabajador puede demandar como adecuadas otras ofertas diferentes a las señaladas legalmente, especialmente aquellas que se corresponden con la última actividad laboral desempeñada durante un período inferior a tres meses. En principio, la respuesta parece afirmativa, pues el primer criterio que determina la adecuación de la oferta desde un punto de vista profesional (la voluntad del trabajador) no parece estar condicionado por los restantes, sino todo lo contrario.

Dado que la colocación que tiene un mayor nivel de adecuación es la demandada por el trabajador, resulta claro que es la voluntad de éste la que determina, en primer lugar, la que debe entenderse como colocación adecuada. Ahora bien, el que la adecuación se configure como subjetiva en un primer momento no implica que cualquier colocación se estime como idónea, pues, aparte de las aptitudes físicas o formativas que el desempeño de la misma requiera, parece claro que aquélla también debe respetar, en todo caso, un techo salarial mínimo (el salario mínimo interprofesional) y una ubicación adecuada conforme a los parámetros legales. En este sentido, resulta significativa alguna sentencia dictada al hilo de la legislación anterior, que ya consideró inadecuada una colocación ofertada en la misma provincia de residencia habitual del desempleado, a pesar de que éste había manifestado su disponibilidad a desplazarse a cualquier punto de la misma, cuando la distancia era excesiva (ciento veinte kilómetros), se supone para ir y volver al lugar de trabajo todos los días¹⁵. Así pues, la voluntad del trabajador debe entenderse en términos racionales y lógicos, sin que deba tomarse *ad pedem litterae*.

Por lo demás, para que exista obligación de aceptar la oferta de trabajo coincidente con la profesión demandada por el trabajador, resulta necesario que la manifestación de voluntad de éste al respecto esté libre de vicios, algo que no sucede cuando, por ejemplo, se acredite error en relación con la inscripción efectuada en la oficina de empleo¹⁶. Lo mismo sucedería si lo apreciado fuesen otros vicios (*v. gr.*, intimidación, dolo, violencia, agresión o coacción). En estos casos, la prueba del vicio en el consentimiento corresponde al trabajador que rechaza la oferta coincidente con su voluntad previamente expresada. Fuera de estos excepcionales supuestos, de apreciación restrictiva, aquél no puede ir en contra de sus propios actos negándose a aceptar un puesto que él mismo solicitó. En este sentido, si el trabajador formaliza demanda de empleo para dos profesiones diferentes, no cabe aceptar el rechazo de un puesto de trabajo que se adecua a una de ellas en base al argumento de que no se corresponde con la última actividad laboral desempeñada¹⁷. Resulta claro que, en tal caso, la conducta del trabajador, consistente en hacer valer ante la empresa exclusivamente sus aptitudes para la profesión no coincidente con el puesto ofertado, implica un desinterés por su parte no protegible.

B) La última actividad laboral desempeñada.

En el caso de no existir oferta correspondiente a la profesión demandada por el trabajador, se entenderá adecuada aquella otra que se corresponda con su profesión habitual, sus aptitudes físicas o formativas o su última actividad laboral desempeñada. Aunque el legislador no relaciona estas ofertas según un orden de jerarquía o prioridad, parece claro que la que debe elegirse preferentemente respecto de las otras es la última. Así lo parece ratificar aquél al precisar que, «*en todo caso*, se entenderá por colocación adecuada la última actividad laboral desempeñada, siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses». Esta última precisión temporal es novedad introducida por la Ley 45/2002, y con ella se pretende tomar como referente colocaciones que sean significativas en la trayectoria profesional del trabajador, descartando aquellas de escasa duración¹⁸ y que en ocasiones se aceptan mientras no se encuentra otra mejor y más adecuada a dicha trayectoria. Para algún autor, al exigirse que la última actividad laboral haya durado un mínimo lo que se está es aclarando o concretando otra de las situaciones que se tienen en cuenta, en cuanto que ello

«comporta presumir legalmente que es profesión habitual de un trabajador aquella que ha desempeñado en el inmediato pasado durante un lapso de tiempo mínimo»¹⁹. Ahora bien, aunque es cierto que la profesión habitual tiene que desarrollarse durante un período mínimo para configurarse como tal, quizá no lo sea tanto el que siempre se trate de la última que ha desarrollado el trabajador, pues pueden existir casos en que ambas profesiones no coincidan.

Sea como fuere, en el caso de que la última actividad laboral no reúna la duración mínima, la misma no podrá tomarse en cuenta para determinar la adecuación de la oferta de empleo (al menos, desde esta categoría), por lo que ésta debe valorarse conforme a otros criterios legales: la profesión habitual del desempleado o el ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En este supuesto, parece claro que la profesión habitual no podrá coincidir con la mencionada última actividad, pues resulta difícil aceptar que puede admitirse como tal una actividad laboral desempeñada por un período inferior a tres meses. Como mucho, se dejan a la duda los casos de trabajadores jóvenes de reciente incorporación al mercado de trabajo y que, por lo tanto, todavía no han tenido tiempo suficiente de desarrollar su profesión «habitual» (*rectius*, que se quiere que sea la habitual) durante un tiempo significativo.

Frente a la general obligatoriedad de aceptar la oferta correspondiente a la última actividad laboral, caben lógicas excepciones, como las relativas a aquellos casos en que la extinción de aquélla se produjese por voluntad del empresario durante el período de prueba (desistimiento empresarial), por despido a causa de ineptitud o falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo²⁰ o por presentarse riesgos incompatibles con la salud del trabajador. En estos casos, el que la causa de extinción del contrato se relacione con la incapacidad profesional o física del trabajador para desarrollar el trabajo propio del mismo impide entender como adecuada la oferta relacionada con la última actividad laboral. Ahora bien, no parece suceder lo mismo cuando, tras el desempeño de ésta, el desempleado alega haber mejorado su formación, por ejemplo, con la obtención de un título. En tales supuestos, si éste no le facilita el conseguir un trabajo relacionado con los nuevos conocimientos o formación adquirida, parece claro que debe seguir valorándose como adecuada una oferta relacionada con la última actividad laboral desempeñada. Además, no cabe entender que tal valoración vulnera el derecho del trabajador a su promoción profesional (art. 35.1 Const.), pues las peculiares circunstancias del mercado de trabajo y la situación personal de aquél matizan, entonces, la eficacia del referido derecho²¹.

C) La profesión habitual.

Aunque el legislador no ha definido el concepto de profesión habitual, no ha resultado éste especialmente problemático, como acredita la escasa litigiosidad existente sobre el mismo. Con todo, se ha tenido ocasión de precisar que tal concepto no puede identificarse con el más estricto de «categoría profesional», por lo que se ha admitido como colocación adecuada aquella que, correspondiéndose con la profesión habitual del trabajador, no era de su misma categoría, sino de otra próxima o similar²². Ahora bien, ya sea de su misma categoría o no, si el puesto ofertado se corresponde con la profesión habitual del trabajador no cabe su rechazo «de entrada», alegando, por ejemplo, que

el uso de determinados instrumentos de trabajo resulta desconocido, máxime cuando dicho desconocimiento puede resolverse con «un corto período de adaptación una vez obtenido el empleo»²³. Ciertamente, aun tratándose de su profesión habitual, cada puesto de trabajo o empresa requieren un determinado modo de hacer o resultado final, por lo que es posible que el trabajador tenga que realizar una pequeña adaptación de uno a otro, lo que no obsta a que el puesto ofertado se considere adecuado.

En relación con la configuración del concepto analizado lo verdaderamente relevante es la nota de la «habitualidad», la cual indica una regularidad en el desempeño o una permanencia de éste en el tiempo. Así las cosas, la profesión habitual parece identificarse con la que, siendo propia del trabajador, desarrolla normalmente, esto es, siempre que puede y tiene ocasión. Además, cabe pensar que se trata de la profesión para la cual aquél se ha formado profesionalmente y ha elegido como forma de incorporarse al mercado de trabajo y obtener su medio fundamental de vida. Con todo, en aras a la seguridad jurídica, resulta criticable el que se haya desaprovechado la ocasión para introducir algunos parámetros objetivos delimitadores del concepto en cuestión, por ejemplo, la exigencia de un tiempo mínimo de desarrollo o de una titulación o preparación profesional para su ejercicio.

El que el legislador aluda a la profesión habitual junto a otros criterios que determinan la adecuación de la oferta de trabajo desde el punto de vista profesional podría llevar a pensar que todos son distintos y excluyentes, sin embargo, puede que no sea así y que la profesión habitual coincida con aquella demandada por el trabajador o con la última actividad laboral desempeñada durante un tiempo significativo²⁴. En tal caso, la oferta de trabajo que se correspondiese con la profesión habitual sería «doble o triplemente adecuada» desde el referido punto de vista. Ahora bien, puede que, en tales casos, se esté ante trabajadores cuya capacitación o trayectoria profesional sea monolítica o escasa, esto es, que estén preparados para realizar pocas profesiones, que, por lo demás, suele ser lo común.

D) Las aptitudes físicas y formativas.

Finalmente, si no existiese oferta de trabajo relacionada con la profesión demandada por el trabajador, ni con su última actividad laboral ni con su profesión habitual, todavía podría considerarse adecuada cualquier otra ajustada a sus aptitudes físicas y formativas. La amplitud del enunciado permite considerar adecuada cualquier oferta de trabajo que, aun no correspondiéndose con la profesión solicitada ni con la ejercida por el desempleado, respete los lógicos límites físicos y formativos del mismo. En este sentido, quizá lo que el legislador busca es obligar al trabajador a aceptar un trabajo nuevo, que nunca antes había desarrollado, pero para el que está capacitado, ampliando y potenciando, de este modo, la trayectoria profesional de aquél.

La configuración de las aptitudes físicas y formativas a modo de concepto jurídico indeterminado²⁵, que exige la consideración casuística de las circunstancias concurrentes en el trabajo ofertado y en el propio desempleado en orden a la apreciación de la adecuación de aquél, tampoco ha generado gran litigiosidad, a pesar de preverse así desde la ya veterana Ley 31/1984. El concepto que mayores dudas genera es el de las aptitudes formativas, pues el de las físicas se concreta en una

circunstancia de hecho fácilmente constatable en cada caso, que permite asignar, por ejemplo, tareas que exigen un importante esfuerzo físico a quien puede realizar éste y viceversa. Por su parte, las aptitudes formativas aluden a la cualificación profesional del desempleado resultante de una formación previa, entendida ésta en sentido amplio. Así las cosas, ésta puede quedar avalada, no sólo por la posesión del correspondiente título académico, sino también de la autorización administrativa requerida para el ejercicio de una determinada actividad e, incluso, por la propia experiencia profesional previa, que demuestra la capacidad real del desempleado para el desempeño de aquélla ²⁶.

El declarar adecuada una colocación que se ajuste a la formación del desempleado resulta lógico y razonable, por lo que éste no puede negarse a aceptar un empleo para cuyo desempeño sea necesario el manejo de los conocimientos que él mismo ha manifestado poseer. Ahora bien, *a sensu contrario*, cabe preguntarse si el desempleado puede rechazar tanto la oferta de un empleo cuyo desarrollo exija conocimientos o formación superiores a los que él posee como de aquella otra en que el desempeño del trabajo ofrecido no requiera el uso de los conocimientos y formación previamente declarados.

En el primer caso, la respuesta parece clara, pues la formación del trabajador actuaría como «un límite hacia arriba» anulando la obligación de aceptar un trabajo para el que no se está formado o capacitado profesionalmente, y ello con independencia de que esa formación superior venga exigida por la propia naturaleza del puesto de trabajo de que se trate o por la voluntad unilateral del empresario. En todo caso, la adecuación de la oferta viene dada por la cualificación profesional del trabajador y la exigencia que al respecto se derive del puesto a ocupar, por lo que si ésta es superior a aquélla la oferta en cuestión no se estimará adecuada. En este sentido, resulta interesante la STSJ Castilla y León (Burgos) de 3 de julio de 1996 ²⁷, que considera que la retirada (equivalente a rechazo) del trabajador del ejercicio teórico de cultura general realizado por la empresa para cubrir el puesto de peón de la construcción, con funciones de conservación y mantenimiento de embalse y limpieza y siega de taludes, está justificada y, por lo tanto, no procede la extinción de la prestación por desempleo. Ciertamente, la superación de una prueba de cultura general no es exigencia ineludible para el ejercicio del oficio de peón, «lo que denota que el empresario entiende que el puesto de trabajo a ocupar goza de unas características que exigen una preparación específica superior a la exigida para cualquier otro puesto de la cualificación del trabajador», por lo que ésta no se corresponde con el puesto ofertado. Aparte de obvio, el límite de la formación del trabajador resulta congruente con la definición de grupo profesional del artículo 22. 2 ET, por lo que existiría aunque nada dijese la LGSS. Ciertamente, resultaría técnicamente inapropiado encuadrar a un trabajador en un grupo para el que «no goza de la suficiente cualificación formativa» ²⁸. Lógicamente, otro tanto cabría sostener en el caso de que los conocimientos requeridos para el desarrollo del trabajo fuesen, no ya superiores, sino simplemente distintos a los acreditados por el desempleado.

En cuanto al segundo supuesto, la solución es más dudosa, pues existen argumentos para sostener posiciones divergentes. Así, por un lado, podría afirmarse que la formación del desempleado juega también en sentido descendente o como «un límite hacia abajo», por lo que, por debajo de su nivel de formación, no habría obligación de trabajar. A favor de tal tesis, cabría razonar que, de aceptar lo contrario: a) se vulnerarían los derechos del trabajador a la dignidad, formación profesional e, incluso, promoción a través del trabajo; b) la figura de la «colocación adecuada» perdería su senti-

do de mecanismo legal de salvaguarda de los derechos de los trabajadores; y c) se consolidaría una interpretación restrictiva del derecho de éstos a rechazar una oferta de empleo inadecuada, no prevista expresamente por el legislador ²⁹. De este modo, no sería razonable interpretar que «cualquier tipo de trabajo que se encontrara "por debajo" de las aptitudes ... formativas del desocupado constituyera ya, por el simple hecho de poder ser realizadas por el mismo, "ocupación adecuada"» ³⁰.

Ahora bien, frente a la posición recién expuesta, también podría sostenerse que la formación del trabajador desempleado no puede jugar como un límite que impida la aceptación de ofertas de trabajo para cuyo desarrollo aquélla no sea necesaria ³¹. En términos positivos, el desempleado tendrá que aceptar todas las ofertas que se le hagan siempre que esté capacitado profesionalmente para su ejercicio, aunque aquéllas sean de un nivel o categoría inferior o distinto al propio de su formación académica o curricular o profesión habitual (v. gr., economista al que se ofrece un puesto de contable o jefe de ventas al que se oferta el de vendedor). De este modo, el único límite que el trabajador podría alegar, desde el punto de vista profesional, para no aceptar el trabajo ofertado serían las incapacidades profesionales e inhabilidades personales o físicas. Esta posición amplia y flexible puede apoyarse en: a) el carácter de cláusula de cierre que este criterio tiene (aptitudes físicas y formativas). En efecto, es el último de los criterios que determinan la adecuación de la oferta de trabajo desde el punto de vista profesional, actuando en defecto de los tres restantes (profesión demandada por el trabajador, última actividad laboral desarrollada durante más de tres meses y profesión habitual). Por lo tanto, parece claro que la idea del legislador es configurarlo en sentido amplio, esto es, declarar adecuada «cualquier otra» oferta, sea cual sea, que se ajuste a la formación del trabajador. De aceptarse esta posición, la referida formación actuaría como un límite mínimo (no trabajar por debajo de la misma), pero no máximo (cabe trabajar por debajo del nivel propia de aquélla). Y b) la principal finalidad de la última reforma, cual es la de reducir la tasa de desempleo y potenciar la pronta reincorporación al mercado de trabajo de los desempleados. En este sentido, repárese en que el legislador prevé, expresamente, que una de las obligaciones fundamentales de aquéllos (derivada del compromiso de actividad) es la de participar en acciones específicas de información, formación, reconversión e inserción profesional y ello en orden a incrementar su ocupabilidad, esto es, las posibilidades de encontrar un nuevo empleo. Además, la exposición de motivos de la Ley 45/2002 prevé que el desempleado tendrá derecho a que los Servicios públicos de empleo le «determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo». Ahora bien, este derecho se transforma, en la realidad cotidiana, en la obligación de aceptar toda oferta de trabajo que sea acorde a su formación profesional e itinerario de inserción fijado por el correspondiente Servicio de empleo. Así las cosas, queda claro que la idea es el ensanchamiento del campo profesional del desempleado en orden a la mejora de la respuesta de aceptación de las colocaciones ofertadas.

Una última precisión es la relativa a la obligación de los desempleados carentes de formación específica de aceptar toda oferta de trabajo cuyo desarrollo no requiera ningún tipo de formación, aun cuando aquélla pueda implicar el cambio de sector productivo. Ciertamente, los trabajadores de inferior cualificación están más compelidos a aceptar, salvo que sus condiciones físicas se lo impidan, ofertas de trabajo heterogéneas, pues la carencia de una formación específica amplía el ámbito de las ofertas de trabajo que se entienden adecuadas.

E) La colocación considerada adecuada por el Servicio público de empleo.

A la relación de los diferentes criterios que convierten en adecuada una oferta de trabajo desde el punto de vista profesional, el RD-ley 5/2002 ha añadido una importante cláusula de cierre, según la 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». De este modo, parece que los criterios profesionales que determinan la adecuación de una oferta de trabajo sólo tienen vigencia durante el período de un año, porque, una vez transcurrido éste, se habilita al Servicio público de empleo para asignar al desempleado otras colocaciones diferentes, que por ello ya merecerán, automáticamente³², la consideración de «adecuadas»³³. En este sentido, el criterio profesional se configura como «dinámico o variable», en cuanto muda con el paso del tiempo³⁴. Ahora bien, el mencionado Servicio queda habilitado, pero no obligado, a la búsqueda de estas otras colocaciones, con lo que se refuerza su discrecionalidad. Repárase, así, en el uso de la expresión «podrán ser» –no serán o deberán ser– en relación con la consideración de aquéllas.

Como se aprecia, esta nueva posibilidad legal rompe la tradicional dinámica del concepto de colocación adecuada, pues, tras el primer año de percepción de la prestación por desempleo, aquél pierde el rigor que le caracteriza como institución garante del trabajador como demandante de empleo en pro de un interés social parcialmente diferente: la creación de empleo como bien social. En otras palabras, se flexibiliza la noción de empleo adecuado desde el punto de vista profesional, porque, después de un tiempo en paro, lo importante es trabajar, aunque sea en un empleo no todo lo adecuado que cabría esperar. Lógicamente, el legislador está pensando en los parados de larga duración, esto es, los que llevan un año de percepción ininterrumpida de la prestación o subsidio por desempleo, con el fin de acabar cuanto antes con tal situación, evitando llegar a situaciones más graves de marginación o exclusión social. El que se exija que la percepción de la prestación sea «ininterrumpida» indica que durante ese período mínimo de un año (que, en el caso, puede ser mayor) han fallado todos los mecanismos de recolocación del trabajador, o sea, ni la búsqueda activa de empleo de *motu proprio* ni el Servicio público de empleo han sido capaces de encontrar un empleo adecuado. De ahí, la –si se quiere– «drástica» o «desesperada» solución de dar una mayor libertad o discrecionalidad a dicha entidad para que encuentre, lo más pronto posible, un puesto de trabajo que el desempleado pueda desarrollar.

Ahora bien, el principal problema que presenta esta cláusula de cierre es la determinación de qué colocaciones, fuera de las expresamente mencionadas con anterioridad, podría el Servicio público de empleo considerar también adecuadas³⁵. Aunque, en principio, podría pensarse en aquellas no integradas en ciertos criterios legales ya apuntados (ofertas de trabajo coincidentes con la última actividad laboral desempeñada durante un período inferior a tres meses o con otra actividad desarrollada con anterioridad sin corresponderse con su profesión habitual o ser demandada por el trabajador), un examen más detenido de las mismas revela que ya estarían comprendidas en el apartado relativo a «cualquier otra» profesión «que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas». En otras palabras, cualquiera que fuese la oferta que el Servicio de empleo pudiera ofrecer al desempleado, la misma ya quedaría integrada, si no en los precedentes, en el casiomnicomprensivo criterio de las

aptitudes físicas y formativas. Además, lógicamente, no cabe pensar en la posibilidad de las colocaciones que no se adecuen a estas últimas, en el sentido ya matizado de que el trabajador no reúna las aptitudes físicas y formativas necesarias para el correcto desempeño del trabajo, pues ya no sólo estaría en juego la dignidad o formación profesional del trabajador, sino su rendimiento laboral y salud e integridad física e, incluso, la de los compañeros de trabajo (mayor posibilidad de accidentes de trabajo por falta de cualificación profesional). La imposibilidad de la toma en consideración de las ofertas para las que el trabajador no esté capacitado física y profesionalmente viene impuesta por la lógica de las cosas, por lo que tales aptitudes son un límite mínimo e infranqueable ³⁶.

La indefinición de criterios en orden a considerar adecuadas otras ofertas, dejándolas a la única voluntad del referido Servicio, puede generar problemas en relación con la posible sancionabilidad del rechazo de las mismas. En efecto, aunque el artículo 1.º 1 LISOS define de forma amplia y omnicomprensiva las infracciones administrativas en el orden social («las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social»), deja claro que, en todo caso, para serlo, aquéllas deben estar tipificadas en una ley. Se consagra, de este modo, el principio de legalidad del artículo 25.1 Const., que implica, en su vertiente formal, una reserva de ley en la determinación de las infracciones administrativas en el orden social y, en su vertiente material, que sólo pueda sancionarse por las faltas y con las sanciones expresamente previstas en el referido orden social. Esta exigencia de tipicidad de las infracciones y sanciones busca el garantizar la seguridad jurídica del ciudadano –en este caso, del trabajador–, de modo que éste conozca por anticipado, no sólo cuáles son las obligaciones que le vienen impuestas por el ordenamiento jurídico, sino, además, qué concretas conductas son sancionables y qué concretas sanciones le pueden ser impuestas en cada situación.

Así las cosas, en el presente caso, cabe apreciar una vulneración del principio de tipicidad de las conductas infractoras del desempleado en su vertiente formal, pues el tipo de ofertas que se estiman adecuadas –y cuyo rechazo es sancionable– no está determinado ni es fácilmente determinable conforme a unos criterios legales, dado que depende exclusivamente de la voluntad unilateral del Servicio de empleo ³⁷. Queda claro, además, que, aquí, se sobrepasa el límite de flexibilidad que en la tipificación de la infracción se ha venido admitiendo, y que permite acudir a conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea razonablemente factible a partir del recurso a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción ³⁸. No se está, por lo tanto, ante un concepto jurídico que, aun indeterminado, resulte fácilmente determinable, pues el legislador ni siquiera apunta los criterios que el Servicio público de empleo puede o debe tomar en cuenta para considerar adecuada la oferta de empleo ofrecida al desempleado de larga duración ³⁹. Tal indeterminación aumenta la inseguridad jurídica y pone en duda la consecución del objetivo que inicialmente se pretendía con la reforma de la figura de la colocación adecuada, cual era el de conceder «mayores garantías jurídicas para el desempleado» (exposición de motivos). En este sentido, algún autor incluso llega a considerar que, aparte del 25, también quedan vulnerados los artículos 35.1 y 24.1 Const., en cuanto, por un lado, se impone un «deber de trabajar» que excede lo razonable desde una perspectiva constitucional (trabajar en lo que sea y como sea) y, por otro, se impide el control judicial de la sanción en el caso de rechazo del empleo ofertado por el Servicio de empleo

al amparo de la competencia ahora analizada ⁴⁰. En efecto, la ausencia de norma de contraste imposibilita el apreciar la adecuación o no del puesto ofertado, la obligación o no del trabajador de aceptarlo y, finalmente, la corrección o no de la sanción impuesta. Con todo, a pesar de las negativas consecuencias que ahora se prevén, la valoración final del precepto dependerá del uso que del mismo haga el Servicio en cuestión, para lo que habrá que esperar.

Un último apunte para precisar que la discrecionalidad del Servicio de empleo en la elección de las ofertas de trabajo no es absoluta, pues vendrá limitada por el necesario ajuste de éstas tanto al criterio geográfico como al relativo a las condiciones de trabajo ⁴¹. En este sentido, la ubicación física del apartado que prevé la inobservancia de los criterios profesionales legalmente fijados por el legislador deja claro que ésta no se extiende a los expuestos a continuación.

3. Criterio geográfico.

Novedad importante de la reforma de 2002 es la de que los criterios modales (geográfico y salarial) se proyectan sobre todos los de carácter profesional, y no sólo sobre uno de ellos, como sucedía con anterioridad (aptitudes físicas y formativas). Así, ahora, cualquiera que sea la oferta considerada adecuada desde el punto de vista profesional (incluida la que, después de un año, pueda escoger el Servicio público de empleo) también deberá observar los requisitos geográficos y salariales para merecer aquella consideración en su totalidad. Además, la configuración jurídica de estos últimos requisitos varía sustancialmente en pro del reforzamiento de la búsqueda activa de empleo y del fomento de éste, pero también de la garantía de los derechos del trabajador desempleado. En este sentido, aumenta la seguridad jurídica al precisarse con más detalle las condiciones en que la oferta se estima adecuada y, por lo tanto, existe obligación de aceptarla.

Por lo que respecta al criterio geográfico, el cambio es de calado, pues la anterior regulación se limitaba a exigir que la colocación no supusiese cambio de residencia habitual, salvo que el trabajador tuviese posibilidad de alojamiento en el lugar del nuevo empleo. Sin embargo, tras la Ley 45/2002, la colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en: a) la localidad de residencia habitual del trabajador; b) en otra situada en un radio inferior a treinta kilómetros desde la de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual; y c) una localidad ajena a la residencia habitual, pero el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

Si, desde el punto de vista geográfico o territorial, ningún reproche cabe efectuar a la oferta de trabajo situada en la localidad de residencia habitual del trabajador ⁴², pues se presume *iuris et de iure* que éste puede seguir viviendo en la misma y que el desplazamiento al lugar de trabajo le resulta fácil, puede que no suceda igual cuando aquélla queda fuera de la referida localidad, al tener que hacer frente a un determinado coste económico y temporal. Ahora bien, si el desplazamiento es inferior a treinta kilómetros (veintinueve o menos) se entiende, como regla general, que el referido coste no es especialmente gravoso y, por lo tanto, debe asumirse pacíficamente por el trabajador, sin

que aquél sea causa justificada del rechazo de la oferta de trabajo estimada adecuada. En este sentido, se acoge el criterio judicial que ya consideraba que ofertas realizadas desde esta y otras distancias similares eran adecuadas ⁴³ y viceversa, las que excedían no. Así –retomando un caso ya citado–, llegó a apreciarse causa justificada para el rechazo de una oferta que, aun situándose en la misma provincia de residencia habitual del desempleado (ámbito en el que éste había manifestado estar disponible para trabajar), se hallaba a ciento veinte kilómetros de distancia de ésta ⁴⁴. Aunque en términos formalistas y rigoristas el trabajo ofrecido podría considerarse como adecuado, resulta evidente que en términos de equidad no, por ello se acepta su rechazo.

Retomando el supuesto de la oferta de trabajo situada en el radio de treinta kilómetros, aun cabe la posibilidad de que el interesado acredite que ese desplazamiento sí es especialmente gravoso ⁴⁵, lo que por ley sólo podrá suceder cuando, por un lado, el tiempo mínimo para aquél supere el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo. Repárese, aquí, en la mejora técnica que la Ley 45/2002 introduce respecto del texto originario del RD-ley, que situaba el tiempo de desplazamiento en «dos horas diarias». La modificación da mejor respuesta legal a los casos de jornadas diferentes a la de ocho horas diarias, especialmente cuando aquéllas son menores, pues entonces se posibilita el rechazar una oferta cuyo tiempo de desplazamiento, sin llegar a las dos horas, alcanza el mencionado porcentaje. Por otro lado, el trabajador también puede probar que el coste del viaje implica un gasto excesivo, esto es, superior al 20 por ciento del salario mensual, lo que parece especialmente relevante en el trabajo a tiempo parcial.

Sea como fuere, el Servicio de empleo al ofertar el trabajo siempre deberá tener en cuenta, entre otros factores –como se verá *infra*–, «la existencia de medios de transporte para el desplazamiento», bien públicos, bien privados (art. 231. 3, párrafo quinto, LGSS) ⁴⁶. En relación con este particular, resulta interesante la STSJ Murcia de 29 de abril de 2002 ⁴⁷, relativa a un supuesto en el que el trabajador rechaza la oferta de trabajo alegando que, a pesar de que la empresa pone a su disposición medios de transporte desde su sede física hasta el concreto lugar de trabajo, él carece de medio de transporte desde su domicilio hasta aquélla. En concreto, se alega la inexistencia tanto de vehículo propio como de línea de autobuses públicos para recorrer la distancia de cinco kilómetros que separa ambos lugares. Ahora bien, aunque queda acreditada la no existencia del transporte público, no sucede otro tanto con el vehículo propio, máxime cuando se prueba que el trabajador posee los permisos de conducir de las clases A2 y C1, que autorizan, respectivamente, para conducir motocicletas de cualquier cilindrada y camiones y turismos con peso máximo autorizado de 3.500 Kg. Así las cosas, no se entiende que el trabajador, poseyendo las referidas habilitaciones, carezca de vehículo propio, sobre todo, al vivir a las afueras de la ciudad, lo que le exige ciertos desplazamientos con asiduidad. En consecuencia, ante la inexistencia de prueba que destruya estos claros indicios que hacen dudar de la veracidad de las alegaciones del trabajador, el rechazo de la oferta de trabajo se considera injustificada. Tras la reforma de 2002, en el caso de autos, habría que tomar en cuenta el coste y el tiempo del viaje, pues, si estos parámetros superasen los topes fijados, podría rechazarse la oferta de trabajo.

Por último, si el trabajo es ofertado fuera del lugar de residencia habitual, pero el trabajador tiene posibilidad de alojamiento adecuado en ese nuevo lugar, no cabe el rechazo de aquél, con independencia de la distancia existente a la localidad de la mencionada residencia y de los costes que el

traslado a ésta supusiese. En efecto, la mera existencia de alojamiento apropiado en el nuevo lugar de trabajo convierte en adecuada la oferta de éste, pues se presume que ese lugar también se convertirá en el de la nueva residencia habitual. Existiendo, pues, alojamiento apropiado, no existe perjuicio ni posibilidad legal de rechazo de la oferta de trabajo. Ahora bien, resulta sorprendente la escasa litigiosidad que el concepto de «alojamiento apropiado» ha suscitado a pesar de preverse, como un concepto jurídico indeterminado, ya desde la primera definición legal de colocación adecuada (OM de 5 de mayo de 1967). En este sentido, en orden a la correcta determinación del significado en cuestión, parece recomendable tener en cuenta no sólo las condiciones físicas y jurídicas de habitabilidad del nuevo alojamiento (*v. gr.*, libre de alquiler), sino también cuantas otras cuestiones incidan en el aspecto económico y familiar del trabajador desempleado. Así, puede ser relevante la renta que aquél tenga que pagar en relación con su salario, el número de personas que convivan con él y a su cargo, circunstancias excepcionales que pueda atravesar su familia y hagan necesaria la presencia de aquél en el hogar familiar (por ejemplo, enfermedad) u otras similares que terminen convirtiendo en inapropiado el alojamiento en el nuevo lugar de trabajo ⁴⁸.

4. Criterio relativo a las condiciones de trabajo.

A) *La irrelevancia de la duración y la jornada.*

Aparte de los criterios profesionales y geográficos, la adecuación de la oferta de trabajo aún depende de otros: los relativos a las condiciones de trabajo (duración, jornada y salario). Respecto de los dos primeros, cabe señalar el importante cambio que la Ley 45/2002 introduce respecto del RD-ley, pues si éste indicaba que la colocación que se ofreciese al trabajador se entendería adecuada «con independencia de la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial, o de la cotización, o no, por la contingencia de desempleo», la Ley ahora vigente cambia, aparentemente, el sentido de lo dicho al prever que la adecuación de la oferta se valorará, precisamente, «teniendo en cuenta» la duración del contrato de trabajo (indefinida o temporal) y de la jornada (a tiempo completo o parcial). En todo caso, resulta criticable la ambigüedad del legislador, pues no se indica quién, cuándo, cómo o con qué fin se tendrán en cuenta esos datos, lo que, de seguro, generará problemas de interpretación entre las partes. Tal indeterminación legal refuerza, a su vez, la discrecionalidad del Servicio de empleo, en cuanto intérprete directo y primero de la norma. La inseguridad jurídica resultante es criticable una vez más, pues no se olvide que de la valoración de tales parámetros puede depender la adecuación o no de la oferta de trabajo y, en consecuencia, la de la sanción del trabajador ante el rechazo de la misma.

En cuanto a la interpretación de la norma, parece que, de no tenerse en cuenta la duración y la jornada del trabajo ofertado, se pasa a todo lo contrario. Ahora bien, a mi modo de ver, lo que sucede es que el legislador tiene dificultades para explicar exactamente y en su totalidad lo que quiere decir, pues en el RD-ley expresó una idea y en la Ley otra, sin llegar a exponer por completo su razonamiento en ninguna de ellas. Las ideas expresadas en ambas normas no tienen que entenderse –pues no parece que ésa sea la intención del legislador– como opuestas, sino complementarias. De

este modo, conjugando las susodichas ideas –pues ambas siguen presentes en la filosofía del art. 231–, parece que lo que se quiere expresar es lo siguiente: como principio general, la adecuación de la oferta de empleo no depende de la duración del contrato ni de la jornada, sino de los otros tres criterios legales (profesionales, geográficos y salariales), por lo que el hecho de que el contrato sea temporal o a tiempo parcial no es motivo suficiente, por sí solo, para considerarlo inadecuado. En este sentido, el desempleado no puede rechazar, automáticamente, toda oferta que se exprese en esos términos (idea del RD-ley). Con todo, el Servicio público de empleo tendrá que valorar la duración del contrato y su jornada cuando aquél se oferte al desempleado, pues el que el trabajo sea temporal o a tiempo parcial puede aconsejar su calificación como inadecuado cuando tales datos, en interrelación con las circunstancias personales o profesionales de aquél, así lo aconsejen (idea de la Ley). En el caso de que el Servicio público de empleo no valorase tales datos, los mismos podrían ser tenidos en cuenta por el trabajador para rechazar justificadamente la oferta ⁴⁹.

La mayor novedad de la referencia a la duración y jornada del trabajo ofertado se halla en la previsión expresa de la posibilidad de que éste lo sea de naturaleza temporal y a tiempo parcial. Aunque con la legislación anterior –que guardaba silencio al respecto– ya se defendían tales posibilidades ⁵⁰, la referida previsión expresa resulta positiva en cuanto ahora se acaba con las aún posibles dudas sobre el particular. En el caso de aceptarse un trabajo temporal inferior a doce meses, el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad gestora, lo que supondrá la interrupción del abono de la misma durante la prestación de aquél, pero sin afectar al período de su percepción [art. 212.1, d) y 2 LGSS]. La correspondiente prestación o subsidio se reanudará, previa solicitud del interesado, tras acreditarse que «ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleado, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares» [*ibíd.*, 3, b)]. El derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión, siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes y, para entonces, el desempleado esté inscrito como demandante de empleo. Salvo que la Entidad gestora exija la suscripción de uno nuevo, en el momento de la solicitud de la reanudación también se considerará reactivado el compromiso de actividad. Frente a lo expuesto, si el trabajo temporal dura doce o más meses, y tras su extinción se reconoce una nueva prestación, el trabajador 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 a raíz del mencionado trabajo. Ahora bien, la opción por la prestación anterior tiene una pequeña «sanción», pues las cotizaciones que se generaron durante el último período trabajado se perderán al no poder computarse para el reconocimiento de un derecho posterior (art. 210.3 LGSS).

Por lo demás, cabe añadir que, en el caso de aceptar un trabajo a tiempo parcial –por cuenta ajena, se entiende–, se exceptiona la regla general de la incompatibilidad entre trabajo y prestación por desempleo, por lo que el trabajador podrá compatibilizar ambas situaciones deduciéndose del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado (arts. 221 y 231.3, *in fine*, LGSS) ⁵¹.

Por último, la omisión de la Ley 45/2002 a la referencia a la cotización o no por la continuidad de desempleo resulta irrelevante, pues deja las cosas como estaban. En otras palabras, no incidirá en la adecuación de la oferta de trabajo el que éste no cotice por desempleo, por lo que el tra-

bajador no podrá alegar tal dato para rechazar justificadamente aquélla. Así pues, salvo concurrencia de otra causa justificada, el trabajador deberá aceptar el trabajo ofertado, aunque éste sea de colaboración social o la modalidad de contrato sea el de formación ⁵². Ahora bien, en el supuesto de que estos trabajos durasen un año o más, y dado que no generan derecho a una nueva prestación, parece adecuado que el trabajador tuviese la posibilidad de poder reanudar la prestación por desempleo anterior ⁵³. Así, en tales casos, se excepcionaría el régimen general del artículo 213 LGSS para aplicar el del 212 *ibíd.*, equiparándose la realización de un trabajo durante doce o más meses que no genera derecho a prestación a aquel que no alcanza tal duración.

B) El salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo.

En cuanto al elemento salarial, se prevé que la oferta de trabajo debe implicar «un salario equivalente ⁵⁴ al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social». Además, se añade que, en ningún caso, el salario podrá «ser inferior al salario mínimo interprofesional, una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento». La diferencia con la regulación anterior es evidente, pues si antes el legislador se limitaba a garantizar «un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofre[ciese] el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tuviese derecho», ahora tal garantía se ve revisada y complementada con otras importantes precisiones.

Así, repárese, en primer lugar, en el cambio del referente salarial a tener en cuenta, pues si, hasta la reforma, aquél era el «salario del sector» al que perteneciese el puesto de trabajo ofrecido, ahora lo es el «aplicable a éste», con lo que se impide que se consideren como adecuadas retribuciones que, sin ser las propias del puesto ofertado, sean del sector a que éste pertenezca ⁵⁵. En otras palabras, se busca una mayor concreción del salario a tener en cuenta en relación con el puesto de trabajo que se va a ocupar, pues lo importante es la valoración del asignado a éste en la empresa o centro en la que se van a prestar servicios y no el de otros puestos similares o del mismo sector. Actualmente, por salario equivalente al del puesto de trabajo ofertado cabe entender, en todo caso, el que legal o convencionalmente constituya el mínimo de derecho necesario, atendidas las condiciones aplicables a la empresa y la naturaleza del contrato, a tiempo completo o parcial. Dado que se busca la mayor precisión posible, parece que, generalmente, el dato que interesa se hallará en el convenio de empresa y, en su caso, de ámbito inferior (centro, sección, departamento o categoría de trabajadores). Ahora bien, de preverse simultáneamente en un convenio de empresa –o infraempresarial– y otro de sector, y ser éste más favorable para el trabajador, surgen dudas sobre cuál aplicar. Aunque, desde un punto de vista tuitivo de los derechos de los trabajadores, parece que el de sector; sin embargo, la obligación de aplicar la norma más específica aconseja el de empresa.

Sea como fuere, el que legalmente se prevea que la oferta de trabajo debe implicar «un salario equivalente al aplicable al puesto» de que se trate, no quiere decir que, en todo caso, el trabajador vaya a percibir exactamente dicha cantidad, pues la misma sólo se configura como una garantía mínima y, por lo tanto, puede verse mejorada. Lo que se quiere asegurar es que el trabajador desem-

pleado tenga derecho a cobrar lo mismo que cualquier otro que ocupase ese puesto de trabajo, esto es, el salario formal y objetivamente atribuido a éste. Ahora bien, reitero, el derecho no implica obligación, por lo que aquél puede ser objeto de mejora, a través, bien de la voluntad unilateral del empresario, bien de la de las dos partes, expresada en acuerdo *ad hoc* o en el propio contrato de trabajo.

En segundo lugar, en la introducción de un mínimo a la garantía salarial mínima, pues el salario aplicable al puesto de trabajo (garantía salarial mínima) nunca podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que corresponda según –nuevamente– la naturaleza del contrato (mínimo). De este modo, según este sistema de doble mínimo, los únicos casos posibles serán aquellos en los que el salario aplicable al puesto coincida o sea superior al mínimo interprofesional, pero no aquel en que sea inferior. Con todo, recuérdese que cabe la posibilidad de que el trabajador no perciba ni uno ni otro, sino un ulterior mejorado. A pesar del anterior silencio del legislador, esta garantía de salario mínimo interprofesional ya se venía exigiendo por los Tribunales laborales, que tuvieron ocasión de manifestar que, en caso de oferta de trabajo que implique salario inferior al mínimo legal, el trabajador tiene causa justificada para su rechazo, sin que quepa imponer a éste la obligación de aceptarla y, después, interponer la correspondiente acción judicial en defensa de sus derechos frente al empresario ⁵⁶. En efecto, si la oferta ya no reúne, desde el principio, los requisitos que determinan su adecuación –entre ellos, el salarial– ya no existe obligación de aceptarla, pues, en caso contrario, el que tendría que sufrir las consecuencias del incumplimiento de la legalidad sería el trabajador y no el empresario o, en su caso, el Servicio de empleo que facilita aquélla. Así pues, sólo existe obligación de aceptar la oferta adecuada, no la inadecuada que lleva implícita la carga de luchar (interponiendo la correspondiente acción judicial) para que lo sea.

El salario que se toma en cuenta es el neto, o sea, el efectivamente percibido por el trabajador, una vez descontados los gastos de desplazamiento que, en su caso, puedan existir. Esta última precisión obliga al empresario a hacerse cargo de los referidos gastos –bien directa, bien indirectamente a través de su compensación *a posteriori*– cuando –existiendo éstos– aquél sólo está dispuesto a pagar al trabajador el salario mínimo interprofesional. Dado que el legislador no especifica, parece que esta regla juega para todo supuesto de oferta de trabajo que conlleve gastos de desplazamiento, esto es, aunque aquélla se ofrezca en la localidad de la residencia habitual o el trabajador tenga posibilidad de alojamiento en el nuevo lugar de empleo. Ahora bien, la prueba de tales gastos corresponde al trabajador.

En tercer lugar, en la matización de la regla relativa a la irrelevancia de la relación entre el importe del salario ofrecido y el de la prestación por desempleo percibida hasta el momento. Sabido es que tal irrelevancia busca el evitar que lo percibido por el trabajador estando desocupado pueda actuar como referente de lo que debe ganar estando ocupado y que, por lo tanto, aquella cantidad pueda justificar el rechazo de una nueva oferta de trabajo cuando el salario de ésta no la iguala o supera. Así pues, lo obtenido por el desempleado no se configura como derecho adquirido o mínimo salarial a respetar por el nuevo puesto de trabajo, por lo que el trabajador no puede pretender mantener el nivel adquisitivo de su *status* anterior. Ahora bien, por analogía, parece claro que la irrelevancia no sólo debe afectar a lo percibido por desempleo, sino también por el desarrollo de un puesto de trabajo anterior a éste e, incluso, a las expectativas de salario que pudiera tener el traba-

jador en función de su cualificación profesional. En este sentido, se rompe con la filosofía del artículo 10.1 Convenio 44 OIT⁵⁷, que considera inadecuado el empleo cuya tasa de salario sea inferior o cuyas condiciones de trabajo sean menos favorables 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 el mismo puesto que tenía hasta entonces.

La matización apuntada –novedad de la reforma de 2002– se halla en la expresión «aunque se trate de trabajos de colaboración social», que viene a reforzar la irrelevancia de lo percibido durante la situación de desempleo con el salario del nuevo puesto de trabajo, pues viene a apostillar que ello será así aun cuando éste sea de colaboración social. En otras palabras, incluso en este tipo de supuestos, en el que la remuneración es generalmente pequeña, no se tendrá en cuenta lo obtenido por la prestación por desempleo.

Una última precisión importante es la de que, dado que la adecuación de la oferta de trabajo depende, entre otros factores, de su salario, siempre será necesario conocer tal dato. En efecto, se está ante un elemento esencial de la oferta de trabajo que no puede pasarse por alto, como si fuese «algo intrascendente o sin contenido»⁵⁸. Ciertamente, cuando tal elemento se introdujo por primera vez, ya se tuvo ocasión de precisar que no se estaba ante una modificación de «mero trámite, estilo, léxico» o valor secundario, sino todo lo contrario⁵⁹. Ahora bien, se discrepa sobre las consecuencias de su ausencia en la oferta de trabajo, pues mientras que una posición considera que la misma no invalida ésta, pues en cualquier caso no podrá ser inferior a los mínimos legales⁶⁰, otra estima que la mención del salario es un requisito formal mínimo e imprescindible de la oferta en cuestión (derecho necesario), por lo que su inobservancia convierte en inadecuada aquélla⁶¹. Se estaría, entonces, ante un defecto formal que equivale a un defecto material (elemento salarial inadecuado o no ajustado a derecho). En el fondo, esta consecuencia se relaciona con la trascendencia que el salario tiene en el contrato de trabajo, que se convierte en su causa y objeto para el trabajador. Por lo demás, en cuanto la adecuación del salario ofertado depende de su interrelación con otros (el aplicable al puesto de trabajo y el mínimo legal), también será necesario conocer y tener en cuenta estos últimos. Con todo, no parece que pueda achacarse defecto de forma a la oferta de trabajo que no indique esos otros parámetros salariales, pues su conocimiento es –aparte de fácilmente accesible– obligación del interesado.

5. La discrecionalidad administrativa en la apreciación de la adecuación de la oferta de trabajo.

A) Configuración.

La reforma de 2002 se caracteriza por ampliar la discrecionalidad del Servicio público de empleo en aras a reducir el paro y facilitar, no sólo un puesto de trabajo a los desempleados, sino el mejor puesto posible, en cuanto ajustado a las particulares circunstancias de cada uno de ellos. En este sentido, se amplían las facultades de gestión discrecional de la Administración en orden a valorar la adecuación del empleo ofertado al trabajador y, en su caso, la razonabilidad del rechazo de

aquél por éste. La idea se relaciona con una mayor confianza en el extraordinario papel que aquélla puede jugar a la hora de interpretar con flexibilidad y carácter *ad hoc* el concepto de oferta adecuada de empleo, reduciendo así el posterior papel corrector del órgano jurisdiccional o del legislador reformador.

Ahora bien, en relación con este aumento de discrecionalidad administrativa, existen diferencias significativas entre lo previsto al respecto por el RD-ley y por la posterior Ley, pues el primero se limitaba a señalar que el Servicio público de empleo podría «modificar lo previsto en los párrafos anteriores (relativos a los criterios profesional, geográfico y salarial) y adaptar su aplicación a las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, teniendo en cuenta el itinerario de inserción fijado» (art. 231.3, párrafo quinto, LGSS). Sin embargo, la norma ulterior reforma profundamente el referido apartado, pasando a disponer que, «para la aplicación de lo previsto en los párrafos anteriores, el Servicio público de empleo competente tendrá en cuenta», no sólo las circunstancias profesionales y personales del desempleado y su itinerario de inserción, sino también «la conciliación de su vida familiar y laboral, ... las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo». La modificación no sólo se plasma en el aumento de circunstancias que va a valorar el Servicio público de empleo, sino también en la clarificación del sentido del mencionado apartado legal, en cuanto al alcance de la competencia que atribuye a aquél.

En relación con tal alcance, la nueva redacción deja más claro que no se está ante una habilitación legal al mencionado Servicio público para que introduzca una regulación administrativa que sustituya a la legal o modifique esta última aleatoriamente cuando estime conveniente, algo que antes parecía más posible conforme a la literalidad del precepto («el Servicio público de empleo podrá *modificar* lo previsto en los párrafos anteriores») ⁶², sino ante algo más suave y justo, como es la posible aplicación particularizada al caso concreto de los diversos criterios que determinan la adecuación de la oferta de trabajo, pero sin cambiarlos ⁶³. En este sentido, resulta más clara la nueva dicción legal, que señala expresamente que las circunstancias de que se trata deben valorarse «para la *aplicación* de lo previsto en los párrafos anteriores», por lo que, en todo caso, debe partirse de la vigencia de los mencionados criterios. Con todo, no cabe negar que, aun partiendo de la regulación legal, el resultado final de la valoración de todas esas circunstancias concurrentes será la aplicación desigual de la norma según el tipo de desempleado ante el que se esté, pues la oferta que en un caso puede entenderse adecuada en otro puede que no lo sea. Así, no falta algún autor que considera que, a pesar de los cambios terminológicos, el sentido de la Ley no varía respecto de lo establecido por el RD-ley, pues si para aplicar los criterios legales se pueden tener en cuenta todas esas circunstancias «al final se está consiguiendo lo que la norma no quiere ahora expresar y su precedente normativo sí admitía: a saber, que los Servicios públicos de empleo podrán, con base en los mismos, modificar los criterios objetivos que prevé la norma» ⁶⁴.

Sea como fuere, la discrecionalidad administrativa se caracteriza, al menos, por los siguientes caracteres: a) *Obligatoriedad*, pues el tenor literal del artículo 231 LGSS indica que el Servicio público de empleo «tendrá en cuenta» los criterios que a continuación se relacionan y no que los «podrá tener en cuenta». Si el Servicio de empleo no reparase en aquéllos, los mismos podrían ser

alegados por el desempleado para rechazar de forma justificada la correspondiente oferta de trabajo o la correspondiente acción de mejora de la ocupabilidad. b) *Aplicación individualizada*, lo que implica que la valoración de estas circunstancias personales o profesionales debe hacerse siempre caso por caso, lo que, además, viene exigido por la propia naturaleza de éstas, al variar de uno a otro supuesto. En palabras de alguna sentencia, «en esta materia no pueden establecerse conclusiones generales, sino que ha de examinarse cada caso concreto dentro de su contexto» para hallar la solución que mejor se acomode al mismo, pues la generalización podría llevar a soluciones injustas ⁶⁵. Y c) *protección del afectado*, dado que, si el Servicio de empleo no puede modificar los criterios legales que determinan la adecuación de la oferta de trabajo, tampoco puede valorar determinadas circunstancias en perjuicio de los derechos personales y profesionales de los trabajadores desempleados. La discrecionalidad es, por lo tanto, para buscar la solución más adecuada y justa a los intereses del trabajador, que, al fin y al cabo, pueden ser también los del empresario, aunque no necesariamente.

Por su parte, la posibilidad de tener en cuenta diversas circunstancias personales del desempleado que conviertan en inadecuada la oferta de trabajo supone una novedad en la LGSS, pero no en el Convenio 44 OIT, cuyo artículo 10.1 ya consideraba como no conveniente un empleo que, habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del desempleado, pudiera ser rechazado con fundamento por éste. Para el legislador español, las circunstancias a valorar en cada caso son las profesionales y personales del trabajador y, especialmente, en relación con las primeras, su itinerario de inserción y las características del puesto de trabajo ofertado; y, con las segundas, la conciliación de su vida familiar y laboral, sobre la que se profundizará *infra*.

La referencia al «itinerario de inserción» indica que la carrera profesional del trabajador debe ser la guía de las ofertas que se estimen adecuadas para aquél desde el punto de vista profesional, por lo que, en principio, podría actuar como causa de exclusión de aquellas ajenas al mismo. Ahora bien, el que se aluda al «itinerario» (camino) apunta a que dicha carrera debe entenderse en sentido amplio, esto es, completada y, en su caso, modificada por las posibles acciones formativas y de reconversión profesional que el trabajador haya realizado. Así, por ejemplo, de existir varias ofertas de trabajo adecuadas, parece que, en aras al respeto del itinerario de inserción, en primer lugar, debe ofrecerse la coincidente con la última profesión o puesto del desempleado, esto es, el que culmina dicho itinerario o trayectoria profesional. En este sentido, resulta revelador que el legislador también considere que, en todo caso, se entenderá como colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada. De este modo, se estarán respetando derechos constitucionales como los de la libre elección de profesión u oficio y la promoción a través del trabajo.

Aparte de en los criterios ya apuntados, el Servicio público de empleo también debe reparar en la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, sobre todo, cuando la oferta se sitúe fuera del lugar de residencia habitual; sin duda, éste es un elemento importante que también incide en la conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque el legislador parece estar pensando en la existencia de medios de transporte de carácter público, también se valorarán los que el empresario ponga a disposición de los trabajadores ⁶⁶ y, en su caso, los que éstos tengan. En cualquiera de los tres supuestos, la existencia del transporte puede favorecer la valoración de la oferta de empleo como

adecuada, pues, aun cuando el segundo parezca el más idóneo, los otros dos también lo pueden ser cuando el empresario compense los gastos ocasionados. Por lo demás, esta mención legal a la existencia de medios de transporte no resulta novedosa en cuanto plasma lo que ya venían haciendo los Tribunales laborales. En este sentido, cabe citar la STSJ Cataluña de 28 de abril de 1995, cit., que consideró justificado el rechazo de una oferta de empleo situada en las afueras del centro urbano (aun sin indicar la distancia) cuando se constata que el trabajador no dispone de vehículo propio ni hay ningún tipo de transporte público para el desplazamiento. Sin embargo, otra sentencia de igual Tribunal de 16 de abril de 1998 ⁶⁷ no estimó justificado el rechazo de la oferta cuando el trabajador se limitó a alegar la inexistencia de transporte a las horas de entrada y salida del trabajo (siete de la mañana y once de la noche) y ni siquiera planteó «la posibilidad de entrevistarse con el empleador a fin» de llegar a acuerdos que permitiesen compatibilizar el horario con el transporte, lo que refleja la clara intención de aquél de rechazar la oferta.

Por último, se apunta a las peculiaridades «de los mercados locales de empleo», referencia que, por su ambigüedad, resulta criticable, pues no se aclara a qué se está refiriendo el legislador. Quizá, a la necesidad de valorar todas las circunstancias concurrentes en el contexto general del sector profesional y ámbito geográfico en que se halla el trabajador, por ejemplo, el alto o bajo índice de desempleo existente en la zona, que podría reforzar, bien la obligación de aquél de aceptar, bien su posibilidad de rechazar una determinada oferta, o el tipo de desempleo ante el que se está, esto es, las características personales y profesionales de los otros trabajadores desocupados. Ciertamente, la valoración del puesto de trabajo que se oferta a un desempleado no debe hacerse aisladamente, sino en relación con las solicitudes de trabajo de los otros, pues puede que, por ejemplo, una oferta situada en un radio de treinta kilómetros se considere adecuada para uno u otro trabajador, según se valore individual o colectivamente. Esta valoración colectiva, aun no prevista expresamente, puede entenderse incluida en la expresión ahora analizada. Ahora bien, aun no siendo así, el necesario sentido común y lógica que debe regir la actuación del Servicio público de empleo así lo aconsejan. Evidentemente, este tipo de valoración se relaciona con la necesaria flexibilidad y discrecionalidad que dicho Servicio debe tener para analizar, individual y colectivamente, las ofertas más adecuadas para cada uno de los desempleados. En realidad, esta cuota de discrecionalidad positiva ha existido y debe existir siempre.

B) La conciliación de la vida familiar y laboral.

Atención especial merece el análisis de la valoración que el Servicio público de empleo tendrá que efectuar, a partir de la reforma, de las circunstancias familiares del desempleado y, especialmente, de la conciliación de su vida familiar y laboral. No cabe negar que la inclusión expresa aquí de la necesidad de valorar tales intereses responde a la especial atención y protección que en los últimos años se están prestando a aquéllos, particularmente tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, monográfica sobre tal cuestión. Así pues, como consecuencia de la importancia y trascendencia que las circunstancias familiares de los trabajadores adquieren en la actualidad, especialmente si son mujeres, el Servicio público de empleo también deberá tenerlas en cuenta a la hora de valorar la adecuación de una determinada oferta de trabajo. En otras palabras, dichas cir-

cunstances ya no sólo se valoran durante la situación de actividad laboral, sino también de inactividad laboral, o, más precisamente, cuando se trate de salir de la misma, por lo que habrá que determinar si aquéllas pueden justificar la no aceptación de un puesto de trabajo. Desde luego que el alcance de la valoración del Servicio de empleo resulta delicado e importante, pues no en todo caso que existan tales responsabilidades se puede admitir, automáticamente, el rechazo de la oferta, sino que será una cuestión a valorar en cada caso concreto y dependiente de la discrecionalidad del Servicio de empleo. Como es fácil apreciar, tal indeterminación genera inseguridad jurídica, por lo que hubiera sido oportuno que el legislador introdujese algún elemento de concreción, por ejemplo, especificando qué circunstancias familiares son las que pueden tomarse en cuenta y en qué condiciones.

Aunque de lo recién expuesto pueda deducirse que el momento de valoración de las circunstancias familiares se sitúa *a posteriori*, esto es, tras el ofrecimiento del empleo al trabajador y a efectos de sopesar la justificación de su rechazo, resulta importante aclarar que aquél también puede ser *a priori*, o sea, cuando el Servicio de empleo está analizando cuál es la oferta más adecuada para el trabajador desempleado. Es más, incluso éste debería ser el momento preferente para realizar la valoración indicada, pues así ya se estarían ofreciendo, desde un primer instante, ofertas con un mayor nivel de adecuación y, por lo tanto, que tendrían más posibilidades de ser aceptadas. Ahora bien, cabe reparar en que, en tal caso, sería necesario que al referido Servicio le constasen tales circunstancias familiares con antelación, lo que no siempre sucederá, pues no existe el deber de comunicar todas las circunstancias que se vayan produciendo en la situación personal y familiar del desempleado. Así las cosas, la valoración de las circunstancias de que se trata se realiza en dos fases diferentes: antes y después del ofrecimiento del puesto al desempleado.

Aunque hasta la reforma de 2002 el legislador no aludía a la conciliación de la vida laboral y familiar, las circunstancias familiares ya venían siendo alegadas por los desempleados para rechazar el puesto ofertado. De hecho, sorprende, que éste casi sea el único motivo por el que aquéllos justificaban el rechazo en cuestión, máxime si se repara en la atención que el legislador dedicaba a los criterios profesional, geográfico y salarial y las dudas que algunos suscitaban. Así las cosas, resulta de interés examinar las decisiones judiciales dictadas al amparo de la legislación anterior, en orden a examinar la valoración que los Tribunales laborales han hecho de las circunstancias familiares. Con todo, cabe anticipar ya que dicha valoración ha sido negativa, pues aquéllos se mostraron muy restrictivos en relación con la toma en consideración de las circunstancias familiares como causa justificada del rechazo de una oferta de empleo.

Así, los Tribunales Superiores de Justicia tuvieron ocasión de precisar, de forma reiterada, que el cuidado de un hijo no era causa justificada para el rechazo en cuestión, máxime si no era de corta edad (once meses ⁶⁸, un año y seis meses ⁶⁹, dos ⁷⁰ o, en fin, cinco ⁷¹ años), pues, entonces, aquél ya quedaba fuera del período de «vinculación absoluta a la madre», esto es, fuera del descanso por maternidad ⁷². Además, tras aceptar el puesto, el trabajador podría combinar éste con el ejercicio de ciertos derechos laborales encaminados a conjugar vida familiar y laboral (por ejemplo, la reducción de jornada –37.5 ET– o la excedencia por cuidado de hijos –art. 46 *ibíd.*–) ⁷³, por lo que no cabe

aceptar como única solución el rechazo del puesto. Con más lógica, tampoco se atendió al cuidado de los hijos cuando éstos tenían edades superiores (v. gr., diecisiete y veintidós años ⁷⁴), ya que, en tales supuestos, la intensidad de tal cuidado no debe impedir, en circunstancias normales, la aceptación de un empleo. Con carácter general, el cuidado en cuestión no se consideró suficiente ni siquiera cuando estaba especialmente justificado, por ejemplo, por ser el menor de cuatro meses y medio, lactante y no disponer la trabajadora de ninguna persona para su cuidado ⁷⁵ o someterse aquél a una intervención quirúrgica ⁷⁶ y requerir especiales cuidados ⁷⁷; o cuando se trataba de atender a varios hijos pequeños ⁷⁸.

En orden a la no estimación de las circunstancias de que se trata incluso llegó a repararse en datos tales como, v. gr., el tipo de jornada, que si parcial incidía menos en el cuidado de los hijos ⁷⁹, o la economía de la unidad familiar, que –de no superar unos determinados límites– podía dar lugar a una plaza en una guardería pública ⁸⁰. Por lo demás, tampoco se tuvo en cuenta la alegación del trabajador sobre el mayor perjuicio que la organización del trabajo en turnos rotativos implicaba para el cuidado de los hijos, considerándose que tal extremo no suponía, salvo prueba en contrario, un mayor número de horas de trabajo que un horario fijo ⁸¹. De este modo, se obvió el hecho cierto de que tal modo de trabajar conlleva una mayor dificultad de compatibilizar la prestación de servicios con el cuidado de los hijos desde el momento en que el horario de trabajo no siempre es el mismo.

La doctrina comentada fue confirmada por el propio TS en unificación de doctrina, según el que no era causa justificada de tal rechazo el cuidado de un hijo menor de un año, aun no existiendo en la localidad de residencia del trabajador una guardería para niños menores de dos años ⁸². El argumento fundamental partía de la «disponibilidad» para el trabajo que se exige –y se supone que tiene– cualquier persona que carece de empleo, por lo que, siendo así, no se admitía la alegación de circunstancias personales que impidiesen el acceso al trabajo ⁸³. Así las cosas, no se aceptó que el cuidado de un hijo pudiera ser causa justificada del rechazo de una oferta de empleo o, por analogía, de un curso de formación. Ahora bien, en estos supuestos, aparte del estrictamente jurídico argumento de la disponibilidad del desempleado, no cabe negar que también está presente el claro desprecio de los Tribunales por la toma en consideración de las circunstancias familiares que impedían la aceptación de la oferta de trabajo. En este sentido, son paradigmáticas las palabras del TS, según el que no podía aceptarse que, «en un mercado laboral caracterizado por la falta de puestos de trabajo y la escasez de medios para proteger la situación de desempleo», se rechazase «una oferta de puesto de trabajo por el solo motivo de la guarda de un menor próximo a cumplir la edad de un año» ⁸⁴. Para el Alto Tribunal no se entendía que el cuidado de un menor constituyese «una especie de contingencia» que distorsionase, *per se*, la prestación por desempleo, «cuando legalmente aquella situación producía –y produce– otras consecuencias (descanso por maternidad, reducción de jornada en la forma legalmente prevista o situación de excedencia)» ⁸⁵.

Como excepción a esta doctrina judicial restrictiva, cabe señalar el caso de una trabajadora con una hija de dos años con luxación congénita de cadera que exigía aparato ortopédico permanente y que, por sus especiales circunstancias, no podía ir a la guardería requiriendo el cuidado continuo

de la madre. En este caso, el órgano jurisdiccional –más sensible que otros– entendió que se estaba ante una causa justificada para no asistir al curso de formación al que se convocaba a la trabajadora ⁸⁶. Este supuesto es buen ejemplo de que en esta materia –reitero– «no pueden establecerse conclusiones generales, sino que ha de examinarse cada caso concreto dentro de su contexto» para hallar la solución que mejor se acomode al mismo, pues la generalización podría llevar a soluciones injustas si se aplican a situaciones límite, como parece ser la expuesta. Tal argumento puede explicar el que esta solución no se haya aplicado en otros casos en que también se alegó la enfermedad del hijo para rechazar el puesto ofertado. Por lo demás, no cabe dejar de mencionar –también por su excepcionalidad– la flexibilidad que en alguna ocasión y en relación con las circunstancias familiares ya mostró el Servicio público de empleo, como sucedió en un caso en que, tras ofrecer un puesto a una trabajadora y alegar ésta la enfermedad de su hija, aquél le concedió un plazo de siete «para que lo pensara», tras el cual se consideraría realizada, de nuevo, la oferta de trabajo ⁸⁷.

La general no valoración de las circunstancias familiares también quedó patente cuando los destinatarios de los cuidados no eran los hijos, sino otros familiares, como, *v. gr.*, un padre ⁸⁸ o una madre gravemente enferma que requería atención durante las veinticuatro horas ⁸⁹. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional no toma en cuenta el que el trabajador acreditase la grave enfermedad de su familiar (aunque muera unos días después de cáncer) ni que la actitud de aquél con éste fuese muy loable, limitándose a aplicar estrictamente la Ley ⁹⁰. Desde luego, no parece que deban recibir la misma sanción los trabajadores que se niegan a trabajar porque simplemente prefieren seguir cobrando la prestación por desempleo que aquellos otros que deciden no hacerlo porque existe una causa justificada y grave, como ocurre en estos casos.

Esta tradicional aplicación restrictiva de la Ley y falta de consideración de las circunstancias personales y familiares puede –y debe– cambiar a partir de ahora, sobre todo, al proclamarse la conciliación de la vida familiar y laboral como un interés social y personal a proteger ⁹¹. De hecho, repárese en que algunas sentencias fundamentaban la no valoración de las circunstancias personales y familiares alegadas por el desempleado –a pesar de reconocerlas como respetables– en que las mismas «no ha(bían) sido tenidas en cuenta por el legislador» ⁹². En efecto, en tales casos, se entendía que la oferta de empleo era rechazada sin causa o fundamento legal –aunque alguno pudiera haberlo «de orden familiar e, incluso, humanitario»–, dado «el principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento jurídico», que determina que una situación que no ha sido reconocida por la norma como causa justificante del rechazo no puede impedir la imposición de la sanción ⁹³. Ahora bien, tras la reforma de 2002, el referido reconocimiento legal se produce, por lo que la conclusión tendrá que empezar a ser distinta –reitero–, al menos, en algunas ocasiones.

Con todo, conviene advertir, que esta toma en consideración de las circunstancias familiares por el Servicio público de empleo no debe servir para relegar del mercado de trabajo a las mujeres trabajadoras que se hallen afectadas por las mismas, dando preferencia a los hombres en el acceso al empleo, con lo que se conseguiría un efecto no deseado ⁹⁴. Por el contrario, la referida valoración de dichas circunstancias debe servir para juzgar más flexiblemente el rechazo de la oferta de empleo cuando éste se justifique en la necesidad de atender a aquéllas.

6. El rechazo de la oferta de empleo.

A) Evolución normativa. Apunte.

Una importante diferencia entre el citado artículo 10.1 Convenio 44 OIT y el nuevo artículo 231.3, párrafo quinto, LGSS es la de quién está legitimado para tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En efecto, mientras que en el Convenio es el propio desempleado quien directamente puede valorar aquéllas y, en su caso, rechazar la oferta de trabajo alegando una causa justificada, en la LGSS es el Servicio público de empleo quien está legitimado para realizar tal valoración. Además, ésta debe llevarse a cabo antes de ofrecer el puesto al trabajador, pues la misma condiciona, precisamente, el concreto puesto que debe ofrecerse como adecuado. Así pues, no se prevé de forma expresa el derecho del desempleado a alegar su situación personal para rechazar justificadamente una oferta de trabajo.

Ahora bien, a pesar de lo recién expuesto, parece lógico –y así se ha venido aceptando– que aquél también pueda alegar determinadas circunstancias personales y profesionales para rehusar dicha oferta. En este sentido, cabe remontarse al artículo 7.º Decreto 2082/1959, de 26 de noviembre, sobre el seguro de paro por dificultades económicas, que declaraba la pérdida del subsidio «por renuncia del subsidiado a una colocación debidamente ofrecida y en consonancia con su clasificación profesional», lo que –leído en sentido contrario– dejaba un resquicio a la renuncia justificada. En una línea similar se expresa la Ley de 22 de julio de 1961, del seguro nacional de desempleo, cuyo artículo 9.º disponía la extinción del seguro «por rehusarse una oferta de trabajo adecuada a las condiciones del desocupado» (núm. 2) o «por *negativa infundada* a la promoción, reeducación y readaptación profesional acordada por la autoridad competente» (núm. 4). Aunque la expresión en cursiva ya admitía claramente, *a sensu contrario*, la existencia de negativas fundadas, cabe lamentar que la Orden de 5 de mayo de 1967 desperdiciase la ocasión para precisar qué se debía entender por tales, dado que sólo se detuvo en definir la negativa infundada ⁹⁵.

Con posterioridad, la expresión en cursiva sigue manteniéndose por la versión original del artículo 11, b), Ley 31/1984, cit., al disponer también la extinción del derecho a la prestación por desempleo por «rechazo o negativa *infundada*, por segunda vez ⁹⁶, de una oferta de colocación adecuada o a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo o acción de formación o reconversiones profesionales». Así las cosas, la admisión expresa de la renuncia justificada sólo se producirá con la reforma de esta última norma por la Ley 22/1992, también cit., cuyo artículo 8.º modifica el referido artículo 11, b), en orden a indicar que la prestación por desempleo se extingue por el «rechazo de una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, *salvo causa justificada*». La novedad de la reforma se halla, por un lado, en la nueva expresión, sin duda, más clara que la anterior, y, por otro, en la eliminación de la referencia al rechazo por segunda vez, con lo que un primer rechazo ya era suficiente para la imposición de la sanción (hasta entonces sólo para la suspensión). A su vez, el artículo 41 Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo,

modificó el artículo 30.2.1 Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, con el fin de adaptar su redacción a la del nuevo artículo 11, b), Ley 31/1984. En la actualidad, la posibilidad de la renuncia justificada se prevé en el artículo 17.2 LISOS, cuyo texto refundido fue aprobado por RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto, al establecer que el rechazo de una oferta de empleo adecuada –o de una acción de formación– no será falta grave cuando exista «causa justificada».

Con todo, resulta claro que se ha desaprovechado la reforma de 2002 para incluir expresamente en el citado artículo 231 LGSS la posibilidad de que el desempleado también pueda alegar esas y otras circunstancias justificadas para no aceptar el puesto ofertado. No cabe duda de que la mención expresa de tal posibilidad y de lo que debe entenderse por «causa justificada» aumentaría la seguridad jurídica. En este sentido, pueden aplicarse a la legislación vigente las palabras de algunas decisiones judiciales ⁹⁷, entonces referidas a la Ley 31/1984 (ya modificada por la Ley 22/1992), según las que no existe en la norma actual «una interpretación auténtica de lo que haya de entenderse comprendido en la dicción legal o contextual» a que se alude, a diferencia de lo que sucede con el concepto de colocación adecuada, por lo que se está ante «una expresión abierta», susceptible «de ser interpretada y aplicada caso a caso, en atención a las circunstancias concurrentes». Ahora bien, por descontado que aquella habrá de referirse, en general, «a todos aquellos supuestos en que exista una manifiesta contradicción de intereses, a valorar siempre a la luz del criterio de interpretación teleológica de la norma que da cobertura a la contingencia protegida».

B) Manifestación.

a) Tipos.

El rechazo de la oferta de empleo puede manifestarse de forma expresa y directa o de forma implícita e indirecta. Ciertamente, aunque –por su mayor seguridad jurídica– más adecuada resulta la primera, ambas maneras de manifestación de la renuncia se han considerado válidas en orden a producir efectos jurídicos: el mantenimiento o no de la prestación por desempleo, según tal negativa a aceptar la oferta esté o no justificada ⁹⁸. En este sentido, se ha precisado que no cabe privar de efectos al rechazo tácito o indirecto, pues «no puede pretenderse que el receptor de una oferta, que no desea asumir» ésta –pero «que conoce que su negativa directa ... generará la extinción de la prestación»–, la rechace formal y expresamente, pues entonces ya sabe lo que tiene que hacer para evitar la sanción ⁹⁹. Así pues, se acepta pacíficamente que por «rechazo» cabe entender no sólo «la expresa negativa del trabajador a aceptar el puesto de trabajo adecuado a sus conocimientos y habilidades», 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 contratar al trabajador» ¹⁰⁰.

La manifestación del rechazo es expresa cuando, con causa o sin ella ¹⁰¹, el desempleado renuncia directa y claramente al empleo ofertado. Aunque normalmente es verbal, dicha renuncia también puede documentarse por escrito ¹⁰², como sucede, por ejemplo, cuando el trabajador suscribe el

impreso que el Servicio público de empleo pone a su disposición y en el que manifiesta «su voluntad de rechazar/renunciar a la oferta de empleo»¹⁰³. No resta validez a tal renuncia la existencia de pequeños defectos formales en dicho escrito, como sucede cuando, a pesar de la ausencia de fecha y firma en el mismo, el trabajador ha manifestado previamente «de su puño y letra» que no le interesa el trabajo¹⁰⁴. Frente a lo recién expuesto, se está ante rechazos expresos de carácter verbal cuando el trabajador alega, *v. gr.*, que «ahora mismo no (le) interesa» el empleo¹⁰⁵ o que, en este momento, no puede aceptarlo porque está preparando oposiciones¹⁰⁶. En este caso se aduce una causa de imposibilidad para el nacimiento de la relación laboral que ni siquiera queda enervada por la referencia a la posibilidad de aceptación si no hubiera otra persona que lo hiciera, pues el desempleado está manifestando al empresario su negativa¹⁰⁷.

De otro lado, cuando el rechazo se efectúa de forma indirecta lo importante es que no quede duda alguna de cuál es, exactamente, la verdadera voluntad del desempleado sobre tal cuestión¹⁰⁸, esto es, sería «imprescindible que, aun tácitamente, quedase ... evidenciada la voluntad» de aquél «de no aceptar el trabajo»¹⁰⁹. Ciertamente, no cabe negar que los casos en que aquél se manifiesta de forma indirecta o tácita suelen esconder un ánimo defraudatorio del trabajador, pues, ante la inexistencia de causa justificada para no trabajar, éste pretende ocultar o disimular su negativa al respecto en orden a seguir percibiendo la prestación de que se trata. En otras palabras, cuando el interesado tiene –o así lo cree– causa justificada para no trabajar suele decirlo de forma expresa y directa, sin embargo, si no sucede así, suele disimular su negativa para no tener que asumir las consecuencias de su actitud. Por lo tanto, hay que reparar de forma especial en esas conductas ambiguas, «sibilinas» o «amortiguadas»¹¹⁰ en orden a determinar si realmente esconden una negativa injustificada a aceptar el empleo ofrecido, en cuyo caso procederá la pérdida de la prestación. En este sentido, se ha precisado que la disposición para trabajar que se exige al beneficiario o solicitante de la prestación por desempleo no puede quedar enervada o destruida ni por oposiciones directas ni por actitudes indirectas, que «sólo aparentemente pueden ser asumibles»¹¹¹.

Como es fácil apreciar, se está ante una cuestión sumamente delicada e importante, pues se trata de interpretar conductas humanas complejas y sometidas a múltiples condicionantes objetivos y subjetivos, por lo que la solución adoptada para un caso quizá no sirva para otro. Así las cosas, se aconseja prudencia en el análisis de este tipo de comportamientos ambiguos, debiendo valorarse todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

b) Rechazo tácito.

En orden a la determinación de las distintas conductas ambiguas que pueden conllevar una negativa a trabajar, cabe tomar como referente algunas decisiones judiciales ya existentes, de las cuales cabe extraer el siguiente abanico. En primer lugar, *el no atender a la convocatoria del Servicio de empleo relativa a una oferta de trabajo*. Ciertamente, si el trabajador, una vez informado de la existencia de una oferta de empleo, no comparece ni ante el mencionado Servicio¹¹² ni ante la empresa para informarse de los detalles de aquélla y poder ser elegido para ocupar el

puesto, ni posteriormente alega causa justificada que impidiese tal comparencia, resulta claro que poco interés muestra por el puesto en cuestión. En tal caso, su actitud pasiva revela su falta de voluntad de querer aceptar el trabajo. Precisión importante es la de que la obligación de atender a la convocatoria no se condiciona, necesariamente, a su comunicación por escrito, pues cuando el desempleado –tras ser requerido verbalmente por un funcionario del Servicio de empleo para presentarse en las oficinas de éste en relación con la existencia de un trabajo adecuado para él– no acude o acude en relación con otros asuntos y después se va sin atender a la oferta de trabajo, resulta claro que se pone «en disposición de evitar la formal oferta del anunciado y conocido empleo» ¹¹³. Así pues, si, al irse, el interesado no da ningún tipo de explicación o no prueba ésta posteriormente, es evidente que no le interesa el trabajo que ya sabe le van a ofrecer, por lo que su conducta merece sanción.

Otro tanto pasaría aunque en la convocatoria del Servicio de empleo se omitiese el motivo de la misma, pues aquélla debe ser suficiente para que el trabajador despliegue una actitud activa y rápida de información. No sucede, así, cuando, *v. gr.*, el desempleado no acude a la cita con el INEM ni en el día señalado ni en otros posteriores ni alega ninguna razón para ello, ni siquiera ante el anuncio de la propuesta de sanción por aquél, y sólo cuatro meses después y una vez recaída aquélla efectúa alegaciones, pues entonces resulta clara su «extremada extemporaneidad» ¹¹⁴. Ciertamente, aunque se admite que ciertas causas puedan justificar que el desempleado no acuda cuando es llamado por el Servicio público de empleo, ello «no exime ni convalida el silencio, aquietamiento o despreocupación» de aquél, quien debe acudir «en la fecha posible más inmediata» en orden a poner en conocimiento de éste las causas impeditivas de su asistencia ¹¹⁵.

La misma posición cabe mantener aun en el caso de que la convocatoria no llegase a conocerse por causa imputable al desempleado, como sucedería, *v. gr.*, cuando éste se ausentase del domicilio facilitado a la Entidad gestora ¹¹⁶ o se simulase tal ausencia con el fin de no ser notificado o, en fin, se rehusase, ya expresa (personalmente o a través de terceras personas), ya tácitamente, la entrega de la comunicación oficial. Un caso de rechazo tácito de la comunicación de la empresa –y, por lo tanto de la oferta de trabajo– se da cuando, tras ser informada de ésta a través de carta certificada con acuse de recibo y estar ausente en horas de reparto del Servicio de correos, el trabajador deja caducar el aviso de éste en orden a la retirada de aquélla de sus oficinas ¹¹⁷. Ciertamente, en este supuesto, conociendo la existencia de una carta a él dirigida en la Oficina de correos, el trabajador debió «acudir de inmediato y estar pendiente de la convocatoria de empleo y tal negligencia, en ningún caso, puede beneficiarle, en perjuicio del patrimonio social, ni llegar a soluciones que permitan que sea la actitud del desempleado la que provoque la actuación punitiva de uno u otro precepto sancionador», y todo ello con independencia de cuál pudiera ser el objeto del requerimiento de la Oficina de correos. Queda claro que, en el supuesto analizado, el trabajador, con su quehacer, se puso «en disposición de evitar la formal oferta», lo que refleja «una falta de voluntad ocupacional» ¹¹⁸. Desde luego, no cabe atender, aquí, a los argumentos del trabajador sobre la falta de conocimiento acerca del contenido de la carta y su presunción de inocencia, pues «la actividad notificadora de la Administración ha permitido trasladar al conocimiento de aquél la obligación que se le requería, lo que posibilita concluir el juicio de culpabilidad necesario para deducir la existencia de una conducta sancionable» ¹¹⁹.

Por analogía, en este tipo de casos, puede aplicarse la doctrina ya consolidada para el caso de la entrega de la comunicación escrita del despido, según la que el trámite de la notificación se considera efectuado cuando, aun sin haber recibido el documento que ha pretendido entregársele, el trabajador lo devuelve, rehusa o se ausenta, ya que, entonces, no puede considerarse que haya existido ausencia de la misma, sino imposibilidad de entrega causada por él, por lo que, en ningún caso, puede beneficiarse de tal actitud ¹²⁰. Ciertamente, cuando es el propio desempleo el que con su conducta torticera y abusiva impide la recepción y conocimiento de la oferta de empleo, el requisito de la comunicación de la misma por parte de la Entidad gestora debe entenderse cumplido, por lo que si, *a posteriori*, aquél no contacta con aquélla ni hace ninguna otra gestión para informarse del contenido de la notificación, debe entenderse que no existe voluntad alguna de trabajar y que, por lo tanto, se está rechazando tácitamente la oferta de empleo. En caso contrario, se estaría dejando al libre arbitrio del desempleado el entenderse o no convocado para una oferta de trabajo, tolerando una situación constitutiva de abuso de derecho.

Por lo demás, la misma doctrina resulta aplicable respecto de la obligación de participar en acciones de formación cuando el trabajador no se presenta ni en el centro que imparte el curso para el que fue convocado, ni ante la Entidad gestora en orden a alegar razones para no asistir a aquél o informarse de su duración y horario o de la posibilidad de compatibilizar éste con el cuidado de su hijo, máxime cuando en la carta en la que se le convocaba se le informaba de las posibles consecuencias de la no asistencia al curso ¹²¹.

En segundo lugar, *el no aceptar las condiciones de trabajo ofertadas cuando las mismas resultan ajustadas a la legalidad* ¹²². A las condiciones de trabajo propiamente dichas (*v. gr.*, jornada, horario, salario, vacaciones o categoría profesional) se asimila el período de prueba ¹²³, pues ésta es, *a priori*, una previsión «legal» y «razonable» que no cabe criticar sin más. Pues bien, cuando las condiciones de trabajo ofertadas por el empresario son correctas desde el punto de vista legal, el desempleado tiene obligación de trabajar, por lo que, si no lo hace, se entiende que sus alegaciones al respecto son meras excusas en orden a evitar la pérdida de la protección por desempleo. Así sucede cuando, tras ofertarse –por mediación del Servicio público de empleo– un trabajo indicando que su salario es el de convenio, se critica aquél en base a la inconcreción de la condición salarial y de la ausencia de contrato y de alta en la seguridad social. Desde luego que aquélla resulta incierta al poder determinarse perfectamente tal extremo por remisión al convenio y, en cuanto a ésta, se trata de «una afirmación del todo gratuita e inconcebible en quien pretende emplear por vía oficial» ¹²⁴, con lo que queda clara la naturaleza de las alegaciones en cuestión. Otro tanto cabe concluir cuando la jornada del puesto de trabajo ofertado, aun superando los mínimos de derecho necesario del ET, se ajusta a lo previsto en convenio colectivo ¹²⁵. En estos casos, de nada sirve alegar que se acepta el trabajo, pero no las condiciones del mismo, pues si éstas son legales sólo cabe la aceptación de ambas cosas. Desde luego, que no resulta posible tomar en consideración las posibles expectativas que el desempleado pudiera tener respecto de las condiciones laborales que le gustaría disfrutar. Así las cosas, el rechazo de las referidas condiciones de trabajo implica, de forma clara, «una voluntad deliberada de no aceptar la ocupación ofrecida» ¹²⁶.

En tercer lugar, *el crear ante la empresa una situación objetiva obstaculizadora de su elección*, como sucede cuando el desempleado presenta todo tipo de excusas a aquélla, bien expresa, bien implícitamente, con el objetivo de conseguir ser rechazado por la misma. Sucede lo primero cuando, por ejemplo, el desempleado, tras solicitar dos trabajos diferentes y coincidir el ofertado con uno de ellos, «hace valer ante la empresa exclusivamente sus aptitudes» para el ejercicio del otro (no ofertado) ¹²⁷ o cuando aquél alega ser muy lento en el trabajo ¹²⁸, poseer poca experiencia en relación al puesto ofertado ¹²⁹ o tener «problemas personales» que le impiden trabajar ¹³⁰ o un mal estado de salud que le obliga a constantes bajas laborales ¹³¹ e, incluso, a una futura operación ¹³². Otro tanto sucede cuando el interesado se niega a la inmediata incorporación al trabajo en base a, *v. gr.*, la necesidad de buscar una guardería para el cuidado de un hijo de un año ¹³³ o su próximo matrimonio ¹³⁴. Ahora bien, considero que debe huirse de posiciones generales y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente la causa y duración del retraso solicitado y el perjuicio que tal retraso implica para la empresa, pues cuando se pide, como en el penúltimo caso citado, un plazo de cuarenta y ocho horas para buscar una guardería a un hijo de un año no parece que, en realidad, se esté intentando rechazar el puesto de trabajo. En estos casos en que el retraso en la incorporación es breve, justificado (especialmente cuando la causa es familiar) y no genera perjuicios a la empresa debe actuarse con flexibilidad en aras a conciliar vida personal y laboral. Sin embargo, en el caso comentado el órgano jurisdiccional no lo entendió así y confirmó la sanción a la trabajadora «por esgrimirse obligaciones ajenas a la condición de desempleada».

De otro lado, la excusa es implícita o indirecta cuando, *v. gr.*, el trabajador acude a la entrevista de trabajo y no demuestra ningún interés en la obtención del puesto ¹³⁵ o llega tarde y no da ningún tipo de explicación o acompañado por sus hijos pequeños, con el fin de provocar al empresario y ser excluido por éste ¹³⁶. Otro tanto sucede cuando el trabajador invierte en la realización de la prueba de selección «un tiempo superior en más de un triple al normal», lo que –como indica la empresa en la carta de presentación del trabajador que devuelve al INEM– refleja que aquél «no quiere hacer ni el mínimo de faena y, además, descaradamente» ¹³⁷. En estos casos, resulta claro que el puesto laboral no es apetecido por el desempleado, quien «pretende presentar como una inaceptación empresarial lo que es verdadera oposición suya», y ello por «la vía de presentar inconvenientes indirectos que fuerzan aquella ajena decisión empresarial» ¹³⁸. En realidad, ésta es provocada por aquél, «en base a una simulada y aparente predisposición contraria a su propósito real de rechazo» ¹³⁹.

Con independencia de que la excusa sea expresa o implícita, lo que en estos supuestos debe quedar claro es que, aunque es el empresario quien formal y finalmente rehusa al trabajador, ello no obsta a que el verdadero causante y titular del rechazo sea este último. En este sentido, no cabe aceptar la alegación relativa a la falta de rechazo por éste en base a que sea el empresario quien toma la decisión de no contratar al trabajador, máxime tras la derogación del artículo 10 Ley 31/1984, cit., por la Ley 8/1988, también citada, cuyo artículo 30 cambia «la expresión subjetiva» contenida en aquél «de "cuando el titular del derecho rechaza una oferta" por la más objetiva de "rechazar una oferta"». Lógicamente, dicho cambio terminológico no alteró «la naturaleza personalísima de la obligación, lo que pugnaría con el propio designio y carácter sancionador de la norma, pero sí permit(ió) extraer, sin quebrantar su espíritu, la conclusión punitiva que incorpora de actuaciones significativas de una voluntad contraria al necesario interés ocupacional por parte del destinatario concreto de la misma» ¹⁴⁰.

Ahora bien, frente al rechazo tácito que supone la formulación de ese tipo de excusas ante el empresario, cabe poner especial cuidado en distinguir otros comentarios o conductas que el trabajador también puede realizar y que no deben merecer igual consideración, sino todo lo contrario. Así sucede, a modo de ejemplo, cuando el trabajador durante la entrevista manifiesta al empresario que carece de medio de transporte ¹⁴¹, que el horario le puede generar problemas para atender al cuidado de su familia ¹⁴² o que dicho cuidado (hijo recién nacido) le impedirá cumplir con aquél ¹⁴³, que tiene que acudir con frecuencia al médico ¹⁴⁴ o que, de ser aceptado, tiene interés en disfrutar de jornada reducida (art. 37.5 ET) para atender a sus hijos menores de seis años ¹⁴⁵. En tales supuestos, no existe renuncia del puesto, sino «leal información de la situación» que se viene produciendo o se va a producir «en el contrato de trabajo si llegara a concertarse», por lo que tal conducta supone un claro paradigma de lo que debe ser el correcto ejercicio del principio de la buena fe contractual ¹⁴⁶. En este sentido, recuérdese que la buena fe, como «principio esencial de las relaciones jurídicas y arquetipo rector de los comportamientos contractuales, resulta exigible tanto al empresario como al trabajador, teniendo uno y otro derecho a esperar de la contraparte una actuación legal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta» ¹⁴⁷.

Así las cosas, en este tipo de casos, resulta claro que el rechazo no procede del trabajador, sino de la empresa, pues es ésta la que, ante las alegaciones o comentarios de aquél, toma la decisión de rechazarle, por lo que no procede la extinción de la protección por desempleo que aquél viniese disfrutando ¹⁴⁸. En otras palabras, la imposición de la sanción extintiva exige, «como requisito inexcusable, que la conducta reprochable proceda del propio trabajador, esto es, que él mismo voluntariamente rechace una oferta de trabajo adecuada» ¹⁴⁹. En alguno de los casos comentados se reparó en la existencia de la entrevista de trabajo para negar la voluntad de rechazo por parte del desempleado, pues se valoró positivamente que éste acudiese a la misma, con lo que demostraba su voluntad de querer trabajar ¹⁵⁰. Desde luego, ninguna duda debe haber de la inexistencia del rechazo por parte del trabajador cuando es la propia empresa la que expresamente informa al respecto, como sucede cuando, por ejemplo, manifiesta que la trabajadora fue rechazada «por tener un bebé de pocos meses», con lo que «no se adaptaría al horario adecuadamente (media hora de lactancia, médicos, vacunas, revisiones, etc.)» e interrumpiría al resto de compañeros ¹⁵¹. En fin, cuando las cosas no estén tan claras, será necesario actuar con prudencia y averiguar cuál es exactamente la voluntad del desempleado, bien la de rechazar el trabajo, bien la de simplemente poner en conocimiento del empresario futuras situaciones que pueden afectar al normal desenvolvimiento de la prestación de servicios. Lógicamente, la segunda no debe ser sancionada, sino todo lo contrario. En orden a la clarificación de la voluntad del trabajador también será importante tener en cuenta la del empresario, pues, ante la manifestación de aquél sobre –por ejemplo– el futuro ejercicio de sus derechos en orden a conciliar vida familiar y laboral, resulta determinante la actitud de éste aceptando o no dicho ejercicio. En el primer caso, el empresario atendería a los intereses del trabajador, en el segundo más bien a los suyos propios, dado que aquél se limita a comunicar el ejercicio de derechos laborales legítimos.

En cuarto lugar, *el abandonar las pruebas de selección* que realiza la empresa para la cobertura definitiva del puesto ofertado cuando no existe causa justificada para ello, como sucede, por ejemplo, cuando aquéllas se corresponden con la aptitud y el nivel de formación del trabajador ¹⁵². Por analogía, cabe aludir aquí al abandono de las pruebas de selección para participar en un curso de formación, pues el rechazo de éste puede manifestarse también a través del abandono de aqué-

llas. En efecto, «abandonar» equivale a «negativa a participar», dado que aquel término es sinónimo de «desistir, renunciar, prescindir o no hacer caso de algo, por lo que el componente negativo de rechazo preside dicha conducta»¹⁵³. En otras palabras, a la negativa expresa a participar en un curso debe equipararse la conducta que, en la práctica, venga a suponer «una actitud hostil a tal participación», aunque inicialmente aquél no se haya rechazado¹⁵⁴. Así pues, en caso de abandono de las correspondientes pruebas de selección procede la extinción de la prestación por desempleo, salvo causa justificada.

Y, en fin, en quinto lugar, *el frustrar el iter contractual o buen fin del acuerdo alcanzado en orden a la contratación del trabajador*. En efecto, así sucede cuando, por ejemplo, después de acordar ambas partes en la entrevista de trabajo la formalización del contrato de trabajo en las oficinas del Servicio público de empleo a una determinada hora del día siguiente, el trabajador incomparece a la hora en cuestión y se niega a dar explicaciones al empresario sobre su tardanza, ante lo cual éste decide no contratarle¹⁵⁵. Aunque es el empresario el que toma esta decisión, resulta claro que la misma viene motivada por la conducta del trabajador, que implica «un claro incumplimiento de lo convenido» y determina la permanencia de éste en la situación de desempleo¹⁵⁶. Ahora bien, esta permanencia no debe ser financiada por la solidaridad colectiva, dado que se entiende que el desempleado rechaza voluntariamente el trabajo.

C) Justificación.

a) General.

Hasta la reforma laboral de 2002, la apreciación de las circunstancias que justificaban el rechazo de una oferta de trabajo se entendía de forma restrictiva por los Tribunales laborales. En efecto, dado que el legislador no preveía nada al respecto, aquéllos tendían a aplicar literal y escrupulosamente la legalidad vigente. En este sentido, se partía de la noción de desempleado; esto es, de quien, *pudiendo* y queriendo trabajar, pierde su empleo y no encuentra otro (art. 203.1 LGSS). Tan importante como el elemento subjetivo (querer trabajar) –ya analizado en el compromiso de actividad– es el objetivo (poder trabajar), pues sólo la concurrencia acumulativa de ambos justifica la calificación de un trabajador como desempleado a efectos de la percepción de la protección homónima. Así, ha podido decirse que el «querer» y «poder trabajar» constituyen un requisito *sine qua non* de dicha protección, dado que la ausencia de uno de ellos determina la pérdida de la misma¹⁵⁷. En otras palabras, no sólo se exige el requisito de la voluntad de trabajar, sino también la posibilidad o disponibilidad de hacerlo, lo que, en principio, se presume, pues «desempleado» es el «no empleado», el que no trabaja y, por lo tanto, el que se entiende que está libre para ello en cualquier momento¹⁵⁸. Reiterando la idea, desempleado protegido es «el parado cuya voluntad de trabajar se hace expresa a través de la inscripción como demandante de empleo y, cuando llegue el caso, a través de su no rechazo de una oferta de empleo adecuada»¹⁵⁹. Su disponibilidad en tal sentido debe ser la regla, pues se parte de que no trabaja a pesar de su voluntad, esto es, porque no encuentra trabajo adecuado; de ahí que, si lo encuentra, la disposición a aceptarlo deba ser total.

Así las cosas, ha venido considerándose que, dado que la noción de desempleado protegido se asienta en un criterio de permanente «disponibilidad» para el trabajo, el interesado tiene que demostrar aquella aceptando éste, sin que quepa alegar, en sentido contrario, determinadas circunstancias que acrediten la «falta de disponibilidad» para trabajar, impidiendo o dificultando tal posibilidad y deber. La contingencia de desempleo «no solamente requiere la voluntad de querer trabajar, sino también la disponibilidad a tal efecto», lo que excluye que –con carácter general– «circunstancias normales, personales o familiares, puedan esgrimirse como causa de rechazo» del trabajo adecuado ¹⁶⁰. Ciertamente, el objeto de protección «no es una situación de conveniencia» personal del trabajador, que le permita aceptar o rechazar una oferta de trabajo según le convenga en función de concretas situaciones personales y familiares, sino de «necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve truncada en la realidad» ¹⁶¹. Por lo tanto, la causa justificativa del rechazo de la oferta de empleo debe ser «cierta, probada y no obedecer a una mera situación de conveniencia», pues se exige que el trabajador realice «un esfuerzo sincero y de buena fe» para alcanzar el empleo de que se trate ¹⁶². Lo contrario supondría «una invitación al fraude y al abuso» al permitir que los beneficiarios de prestaciones por desempleo rechazasen una colocación adecuada invocando cualquiera de las innumerables situaciones personales en que aquéllos pueden encontrarse ¹⁶³.

No cabe aceptar, pues, con carácter general, la alegación de las referidas situaciones para rechazar una oferta de trabajo, dado que, lo contrario, llevaría a situar a los beneficiarios de la prestación por desempleo en «una situación de privilegio» respecto tanto de la que fue su propia situación anterior como de la del resto de los trabajadores en activo ¹⁶⁴, que, si deciden no trabajar para atender intereses personales, pierden su salario. La misma disponibilidad que se exige al trabajador ocupado se exige al desempleado, por lo que, si aquél se ve obligado a prestar sus servicios al margen de las circunstancias familiares –que sólo generan el derecho a los correspondientes permisos–, a éste no se le puede «hacer de mejor condición» ¹⁶⁵. Desde luego que, lo contrario, supondría un atentado al principio de igualdad constitucionalmente consagrado ¹⁶⁶. En fin, la permanente disponibilidad para trabajar que se exige al desempleado obliga a una apreciación restrictiva de los supuestos excluyentes ¹⁶⁷. En otros términos, tal apreciación evita el dejar sin contenido la regulación legal sobre la prestación por desempleo y «desnaturalizar el concepto legal de contingencia protegida», que implica la disponibilidad para trabajar, al menos, mientras dure «el percibo de las prestaciones económicas tanto contributivas como asistenciales» ¹⁶⁸. Abundando en esta idea, cabe añadir que el tener en cuenta las situaciones personales supondría desconocer el carácter también restrictivo con que se configura el acceso y mantenimiento de la prestación por desempleo, como corresponde «al carácter público de los fondos necesarios para hacerla efectiva, en equilibrio con los principios de solidaridad y necesidad que informan la misma» ¹⁶⁹.

Tras la reforma de 2002, la doctrina recién expuesta sigue plenamente en vigor, dado que, por un lado, el concepto de desempleado no varía, y, por otro, uno de los objetivos declarados de aquella es el de fomentar la pronta reincorporación de los parados al mercado de trabajo, evitando que, con excusas injustificadas, se instalen en la cómoda posición de desempleados protegidos. Así, en principio, podría pensarse que el conjunto de circunstancias que ahora el Servicio de empleo debe tener en cuenta para valorar la adecuación de la oferta de empleo responde a las que, hasta la reforma, venían entendiéndose como causas justificadas para el rechazo de aquella, por lo que, entonces,

el legislador se limitaría a plasmar legalmente lo que ya venían reconociendo los Tribunales, sin mayor novedad. Ahora bien, a mi modo de ver, la previsión legal de una serie de circunstancias a tener en cuenta tiene un valor nuevo o añadido, dado que ahora los órganos jurisdiccionales están obligados a tenerlas en cuenta, deber que antes quedaba más diluido. Además, resulta importante el insistir –pues ya se mencionó antes– en que respecto de algunas de esas situaciones, como las circunstancias familiares, la situación tendrá que cambiar sustancialmente, pues hasta la reforma la no estimación de las mismas era casi general. Ahora bien, reitero –también– la dificultad de tal estimación, pues, al no fijarse unas reglas mínimas u orientativas, aquélla dependerá de las circunstancias del caso y de la opinión del órgano jurisdiccional.

b) Causas.

El válido rechazo de una oferta de empleo depende de la existencia de una «causa justificada con entidad suficiente» para generar tal efecto ¹⁷⁰ y ello porque, en tal caso, la aceptación del trabajo supondría «un sacrificio superior a una razonable exigencia» ¹⁷¹. En relación con las causas justificadas, aparte de las circunstancias familiares, también pueden considerarse como tales el incumplimiento de los criterios profesionales, geográficos y salariales ya analizados. Lo mismo cabe decir cuando la inasistencia del trabajador a la convocatoria del Servicio de empleo se debe a que aquél: a) se ve afectado por una situación de extrema gravedad, «inesperada, súbita y momentánea» o de corta duración, como sucede cuando se está ante el fatal desenlace de la grave enfermedad de un familiar muy próximo (cónyuge, hijo, padre), del que, además, el trabajador era su cuidador ¹⁷². En tal supuesto, resulta claro que «la no exigibilidad» a aquél «de otra conducta, en tan corto y penoso lapso de tiempo, volatizan la intencionalidad (de no trabajar) que se hace precisa en materia de sanciones» ¹⁷³. b) Se halla en situación de incapacidad temporal (art. 222.3, LGSS), pues tal situación es lo suficientemente grave como para actuar como causa justificada aun cuando la misma no se ponga en conocimiento de la empresa o del INEM el mismo día de la convocatoria, sino en los siguientes, especialmente en el expediente sancionador ¹⁷⁴. c) Se dedica a realizar gestiones en orden a su futura reincorporación al mercado de trabajo, por ejemplo, en relación con la constitución de una cooperativa ¹⁷⁵.

En todos estos casos, se valora el que la ausencia no tenga «un móvil renuente u hostil a la finalidad perseguida» por la convocatoria, ni que aquélla implique «una conducta de inhibición, desgana, desinterés o cualquier otra de entorpecimiento» a dicha finalidad, que dificultase la reinserción del trabajador al mercado laboral, aumentando así, de forma artificial, la percepción de la prestación ¹⁷⁶. Ciertamente, como precisó la jurisprudencia, sucede todo lo contrario, cuando la ausencia en cuestión se dedica a la realización de gestiones en orden a la constitución de una cooperativa, pues entonces la finalidad también es la de la reincorporación al mercado de trabajo ¹⁷⁷. En los otros casos, existe causa lógica y razonable para no sancionar al trabajador, dado que la no aceptación de la oferta no resulta imputable a la voluntad de aquél, quien se ve superado por las circunstancias e impedido desde un punto de vista real y fáctico. Al no resultar humanamente exigible otra conducta al trabajador, su rechazo de la oferta no es sancionable.

Por el contrario, no se considera causa suficiente para el rechazo de una oferta de empleo:

a) *La enfermedad en determinados supuestos*, por ejemplo, cuando aquella sólo es tributaria de esporádicos períodos de ILT, pues, como es obvio, éstos no son causa suficiente para rechazar un trabajo, «salvo prescripción expresa de los facultativos de la sanidad oficial»¹⁷⁸. Con más razón, otro tanto sucede cuando se está ante una leve alteración de la salud que se prevé de rápida curación, aunque en el momento de la oferta el trabajador esté de baja (v. gr., problemas odontológicos)¹⁷⁹, o que no impide hacer una vida normal ni exige fuerte medicación en el momento en cuestión, aun cuando requiera una futura intervención quirúrgica¹⁸⁰. Lo mismo ocurre cuando se está ante una enfermedad cuyo origen y gravedad todavía no se ha determinado, por lo que entonces no cabe que el desempleado alegue su incompatibilidad con el desarrollo del trabajo ofertado. Así, por ejemplo, aquél no puede justificar el rechazo de éste en base al sufrimiento de aislados accesos de tos y disnea de etiología desconocida, pues puede suceder que, una vez perfectamente diagnosticado, aquél sólo requiera de aislados períodos de ILT, sin llegar a impedir la prestación de servicios¹⁸¹.

Por lo demás, aun sin ser una enfermedad, también cabe aludir aquí al embarazo, pues éste no es causa justificada para rechazar una oferta de trabajo, ni siquiera cuando exige reposo absoluto. En tal caso, la situación de la trabajadora podría resolverse con un período de incapacidad temporal por enfermedad común¹⁸². Ahora bien, cuestión más compleja es la de la posibilidad de rechazar la oferta de trabajo cuando de éste derivan riesgos laborales para la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Aunque en principio resulta claro que no se puede obligar a la trabajadora a prestar servicios en ese puesto, puede que no exista causa justificada para el rechazo si la empresa está dispuesta a adaptar aquél a la situación de la trabajadora eliminando sus riesgos o, incluso, ofrecer otro puesto de igual o similar categoría compatible con la situación de la trabajadora. En este sentido, debe seguirse la filosofía de la Ley 39/1999, cit., que prevé la suspensión del contrato y la prestación de riesgo durante el embarazo como una solución última, esto es, cuando la conciliación de la situación personal y laboral se acredita imposible.

b) *La alegación de determinadas circunstancias personales imputables al desempleado*, como, por ejemplo, el estar preparando oposiciones en orden a conseguir un puesto mejor a los anteriores¹⁸³ o realizando prácticas para obtener el permiso de conducir¹⁸⁴ o esperando el inicio de un cursillo de formación profesional¹⁸⁵ o, incluso, de una futura contratación¹⁸⁶. En estos dos últimos casos, repárese en que, aunque se relaciona con la futura reincorporación del desempleado al mercado de trabajo, la causa alegada no se considera justificada, porque una oferta de trabajo real y actual tiene prioridad sobre una acción de mejora de la ocupabilidad o un futuro trabajo. En otras palabras, si existe la posibilidad de comenzar a trabajar, debe hacerse ya, pues no tiene sentido el posponer la oferta para prepararse con el mismo fin o esperar por otra más interesante. Tampoco se ha admitido la alegación de que próximamente se va a contraer matrimonio, aunque se esté dispuesto a trabajar después del mismo¹⁸⁷, o la de que, a raíz de aquél, se va a cambiar de residencia¹⁸⁸, pues, en caso contrario, se concedería al desempleado una posibilidad que no tendría si estuviera trabajando, dado que, entonces, no podría extinguir la relación laboral por esa misma causa

y percibir la protección por desempleo. Desde luego, siempre la podría extinguir por dimisión o abandono, pero, en tales supuestos, no estaría en situación legal de desempleo, como tampoco sucede si alega la mencionada causa, y

- c) *La falta de notificación de la oferta cuando aquélla resulta imputable al desempleado*, como sucede cuando, tras un infructuoso (por ausencia a causa de viaje) intento de realizar ésta por telegrama, aquél hace caso omiso del aviso que se le deja para recoger la notificación en la oficina de correos ¹⁸⁹. Ciertamente, cuando la Entidad gestora hace todo lo que está en su mano para entregar la comunicación al desempleado (telegrama, aviso) y éste no llega a conocerla por causa imputable a él (viaje personal), parece claro que debe asumir las consecuencias. En este sentido, cabe recordar la que es una de las obligaciones fundamentales del desempleado –sino la que más–, cual es «la de estar a la plena disposición» de la Entidad gestora que concede la protección por desempleo, dado que con la misma se posibilita el cumplimiento de las restantes. Dicha obligación obliga a aquél a tomar las medidas correspondientes cuando se ausenta del domicilio que en su día comunicó a la Entidad gestora. Por lo demás, queda claro que, en este caso, el rechazo de la oferta es implícito o tácito, pues, a raíz de la no recepción de la notificación, el trabajador no acude a la empresa. La alegación de la falta de notificación se hará en el expediente sancionador administrativo.

La inexistencia de causa con entidad suficiente para justificar el rechazo convierte a éste en una conducta ilegal y sancionable, pues refleja el desinterés del trabajador en aceptar oferta de trabajo adecuada, lo que choca frontalmente con la filosofía de la LGSS, cual es la de proteger a quien queriendo trabajar no encuentra trabajo o «involuntariamente» carece de empleo ¹⁹⁰.

Precisión importante es la de que el cumplimiento de la obligación de disponibilidad adquiere –si cabe– aún una mayor importancia de la que tiene cuando quien obtiene la protección económica lo hace sin contraprestación alguna por su parte, como sucede con los beneficiarios del subsidio por desempleo. En este caso, el desempleado ha de adoptar «una actitud de especial diligencia» ante cualquier posible llamada del INEM o de los demás organismos que cooperan en esta materia a los fines de la reinserción laboral de aquél ¹⁹¹. Por lo tanto, en este caso parece que el trabajador tiene una mayor obligación de, por un lado, estar disponible o atento y, por otro, también de aceptar la oferta de empleo adecuada o el curso de formación de que se trate. No se olvide que se está ante un desempleado que ya lucró la prestación contributiva y que ahora se beneficia de otra a mayores.

D) Relación con el rechazo de las acciones de mejora de la ocupabilidad.

Aparte de si se está ante un desempleado que percibe prestación o subsidio por desempleo, también resulta necesario distinguir si la oferta se refiere a un puesto de trabajo o a una acción de mejora de la ocupabilidad (v. gr., curso o acción de información o formación). Ciertamente, aunque, en principio, tienen un régimen jurídico similar, pues en ambos casos existe obligación de aceptar

la oferta, salvo causa justificada, so pena de sanción, cabe reconocer que pueden existir diferencias significativas entre uno y otro. Así sucede, por ejemplo, con la manifestación del rechazo por parte del desempleado y el momento en que éste se considera realizado o con la alegación de ciertas causas en orden a rechazar válidamente la oferta.

En relación con el primer aspecto, se ha entendido que, por ejemplo, una mera manifestación de desinterés por parte del desempleado puede ser suficiente para considerar producido el rechazo de un puesto de trabajo, pero no de una de las acciones a que se alude ¹⁹². En este caso, resulta necesario un «rechazo categórico», por lo que, aun constándole el desinterés del desempleado respecto de una determinada acción, el Servicio de empleo tendría que convocarle oficialmente y esperar su posterior reacción, por lo que hasta que la Entidad gestora tenga conocimiento del «inequívoco y expreso rechazo» del desempleado, éste no puede ser sancionado. Sin embargo, la conclusión es distinta cuando se está ante una oferta de empleo, pues entonces la manifestación por el desempleado de su falta de interés ya supone, por sí sola, la negativa a aceptar aquélla. Ciertamente, no cabe olvidar que el contrato de trabajo se configura como un pacto consensual nacido de la libre voluntad de ambas partes, por lo que ninguna de ellas puede ser forzada a aceptar aquél. Así las cosas, «la simple pasividad del que recibe la oferta supone categórica e incuestionable negación de su consentimiento contractual; es decir, rechazo expreso del empleo» ¹⁹³. Como se aprecia, ante ambos tipos de ofertas, el desempleado tiene que estar dispuesto a aceptarlas si no quiere ser sancionado, lo que sucede es que, como la incidencia del rechazo de una acción de mejora de la ocupabilidad en la obtención de un empleo es menos directa e inmediata, los criterios hermenéuticos que valoran la negativa de aquél admiten matices.

En relación con las causas que pueden avalar o no el rechazo de una acción de mejora de la ocupabilidad, cabe señalar que, en general, resulta aplicable la doctrina ya sentada respecto de la oferta de empleo. Así, tampoco se ha admitido la alegación de, *v. gr.*, circunstancias familiares (cuidado de niños pequeños ¹⁹⁴) y personales (preparación de oposiciones ¹⁹⁵) para renunciar a la correspondiente acción. Ahora bien, sucede que, por la propia naturaleza tan distinta de la oferta de empleo y de este tipo de acciones, ciertas causas pueden resultar suficientes en un caso pero no en el otro. En este sentido, puede aludirse, por ejemplo, a una situación de enfermedad que no requiera baja médica, que puede justificar la ausencia a la convocatoria de una acción informativa o formativa cuando su duración coincide exactamente con la de la acción en cuestión ¹⁹⁶, lo que en el caso de un empleo no sería admisible. Ciertamente, en este supuesto, no podría rechazarse el puesto de trabajo por el hecho de que el día de la entrevista el desempleado se indispusiese, pues podría acudir a la empresa con posterioridad. Lógicamente, en el caso de la acción, la justificación se relaciona con la imposibilidad objetiva y física de acudir a aquélla en el momento que resulta necesario, sin que tal ausencia pueda suplirse *a posteriori*.

De otro lado, puede ocurrir que la alegación de una misma causa juegue de forma diferente, o, más claramente, exija una conducta distinta por parte del Servicio de empleo, según se trata de una oferta de trabajo o de una acción de mejora de la ocupabilidad. Cabe tomar como ejemplo el cuidado de los hijos pequeños, pues, si la oferta es de trabajo, el desempleado ya sabe –porque así lo prevé expresamente el ET– que dispone de mecanismos legales (reducción de jornada, una hora de

ausencia) para compatibilizar el cuidado de aquéllos con el normal desarrollo de su prestación laboral, por lo que para que su alegación al respecto quede sin efecto no hace falta que el empresario o el Servicio de empleo le informen expresamente de tal posibilidad; sin embargo, en el caso de una acción de formación, ningún precepto legal prevé dichos mecanismos, por lo que para que el rechazo del desempleado fuera sancionable tendría que haber sido informado de los mismos ¹⁹⁷. No cabe duda de que el fundamento de esta posición se relaciona con la necesidad de tener en cuenta las responsabilidades familiares del desempleado.

Otra diferencia importante se halla en las causas relacionadas con el criterio profesional, pues mientras que el desempleado puede rechazar la oferta de empleo que no se ajuste a su trayectoria profesional o aptitudes físicas y formativas puede que en el caso de una acción de mejora de la ocupabilidad no suceda así. En efecto, en éste, se ha apreciado una mayor flexibilidad a la hora de valorar la adecuación o no de la correspondiente acción al perfil profesional del desempleado ¹⁹⁸. Así se ha precisado que, por ejemplo, los cursos de formación no deben analizarse rígidamente respecto del referido perfil, pues no cabe olvidar que su objetivo es el de «aumentar los conocimientos y aptitudes del desempleado a fin de poder abarcar un campo más amplio de posibles ofertas de trabajo», sin que, por lo demás, quepa presumir ya que la formación ofertada resulta siempre «totalmente lejana y desconectada de las facultades» que inicialmente aquél manifiesta al inscribirse en la correspondiente oficina como demandante de empleo ¹⁹⁹. Así las cosas, esta amplitud del contenido profesional de las acciones de que se trata va a determinar que el desempleado no pueda rechazar, automáticamente, toda oferta de las mismas que no se ajuste a su trayectoria profesional. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la oferta de trabajo, el desempleado va a tener que realizar las acciones en cuestión aunque no coincidan, exactamente, con lo por él solicitado. En esta línea se pronunció alguna decisión judicial, que consideró injustificado –y, por lo tanto, objeto de sanción– el rechazo de un curso de formación ocupacional sobre telemarketing, correspondiente al área comercial, a pesar de que la trayectoria del trabajador se situaba en el área administrativa y de que éste estaba dispuesto a participar en cualquier otro que fuera más adecuado a ésta ²⁰⁰. En sentido similar, tampoco se aceptó la alegación del desempleado sobre su carencia de nivel suficiente para realizar el curso propuesto, deseando participar en otro de inferior nivel ²⁰¹.

Por lo demás, cabe añadir que tampoco se ha considerado causa justificada para rechazar una acción de mejora de la ocupabilidad el alegar la falta de tiempo por dedicar éste a buscar empleo ²⁰². Ciertamente, la participación en la acción de que se trate también supone, en cierto modo, una manera de buscar empleo, en tanto en cuanto aquélla incrementa las posibilidades de encontrarlo.

E) El rechazo como derecho del trabajador:

Una última cuestión interesante es la de la posible configuración del rechazo de la oferta de empleo como un derecho del trabajador. Ciertamente, la configuración de la LGSS es la contraria, pues la aceptación de la oferta de empleo adecuada se prevé como una obligación si el tra-

bajador quiere evitar la correspondiente sanción de la Entidad gestora (pérdida de la prestación por desempleo). Ahora bien, lo que en este momento se plantea es la posibilidad de que el trabajador pueda renunciar a la oferta de empleo no sólo cuando aquélla es inadecuada (posibilidad ya prevista por el legislador), sino también cuando es adecuada desde el punto de vista legal. En este sentido, no cabe más que reconocer tal posibilidad, pues, como ya se apuntó, el contrato de trabajo es consensual, por lo que se perfecciona por el libre consentimiento de ambas partes. En otras palabras, nadie puede ser obligado a trabajar en contra de su voluntad, por lo que, aun siendo adecuado, el desempleado puede rechazar el trabajo ofertado, si así lo estima conveniente. Lógicamente, cosa diferente será la de los efectos que tal renuncia, en su caso, conlleve. La misma libertad que se tiene para renunciar al trabajo cuando se está prestando (dimisión o abandono) se tiene para aceptarlo o no inicialmente, pues así lo exige el carácter personalísimo de la prestación laboral. En cualquier caso, el efecto final es el mismo: no trabajar por causa imputable al trabajador, por lo que no procede la protección por desempleo.

La renuncia de que ahora se trata no exige ni una determinada forma ni una causa para desplegar sus efectos, por lo que, en este último extremo, aquélla se distingue de la renuncia que busca la intangibilidad de la protección por desempleo que percibe el trabajador. En efecto, mientras que, en este último caso, la causa alegada tiene que estar justificada, en el primero ni siquiera tiene que existir. Así, cuando se trata de renunciar porque la oferta no interesa lo único que importa es que tal acto no contraríe el interés u orden público ni que perjudique a terceros, porque entonces la validez del mismo «no sería factible», tal como deriva del artículo 6.º 2 C. c.²⁰³. Fuera de esos supuestos, cualquier renuncia será válida en orden a impedir la vinculación del desempleado con la empresa. Desde luego –reitero–, otra cosa serán los efectos que tal renuncia conlleve, según esté o no justificada.

Sea como fuere, el rechazo de la oferta de trabajo –ya expreso, ya tácito– es una declaración de voluntad del desempleado de carácter recepticio, por lo que sólo despliega sus diferentes efectos una vez que llega a conocimiento de la empresa y del Servicio público de empleo. Además, el rechazo es un acto vinculante e irrevocable, del que el desempleado no puede retractarse con posterioridad sin consentimiento de aquéllos. Respecto de la empresa, porque el rechazo genera derechos para terceros. En efecto, el rechazo de la oferta por un trabajador puede ir seguido de su ofrecimiento a otro, por lo que la expectativa o el derecho de éste a acceder al mismo no puede quedar enervado por la posterior voluntad unilateral del trabajador que inicialmente lo rehusó. Como excepción, lo único que en determinadas circunstancias podría llegar a admitirse sería la nulidad de la declaración de voluntad extintiva cuando el trabajador probase que en el proceso de formación interna de la misma han resultado determinantes ciertos estímulos empleados por alguien con ánimo torticero y que producen una voluntad viciada. En relación con el Servicio público de empleo, el rechazo también tiene carácter recepticio, porque sólo tras su conocimiento por aquél puede suspenderse o extinguirse la prestación por desempleo. También en este caso, el arrepentimiento unilateral del trabajador es insuficiente para el reinicio de aquélla.

IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

1. Visión general.

A) Inicio, desarrollo y conclusión.

Cuando se sospecha que el desempleado incurre en alguna infracción que puede ser sancionada con la suspensión o pérdida de la prestación por desempleo, debe abrirse un procedimiento sancionador. Según el artículo 37.2 RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad social (en adelante, RGPIS) ²⁰⁴, en el caso de infracciones leves y graves (*v. gr.*, rechazo injustificado de una oferta de empleo adecuada o acción de mejora de la ocupabilidad) en materia de prestaciones del sistema de la seguridad social, el procedimiento sancionador «se iniciará por comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad social a la respectiva Entidad gestora (INEM o Servicio de empleo de la comunidad autónoma que tenga la competencia sancionadora transferida ²⁰⁵), o como resultado de los antecedentes o datos obrantes en la propia entidad». De las dos posibles vías de iniciación del referido procedimiento, la más clara y habitual es la segunda, pues lo más frecuente es que aquél se inicie directamente por la propia Entidad gestora como consecuencia de la información a que accede en virtud de las competencias que tiene asignadas (*v. gr.*, tarjeta de presentación aportada por el trabajador rechazando la oferta o comunicación de la empresa ²⁰⁶, agencia de colocación o entidad asociada del servicio integrado para el empleo informando del rechazo de la oferta).

Por su parte, la primera vía de inicio resulta más confusa, pues suscita dudas sobre el concreto órgano que puede poner en marcha el procedimiento en cuestión. En otras palabras, si es la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que, con su comunicación a la Entidad gestora, inicia aquél o si es esta última la que lo hace, tras recibir la referida comunicación. La interpretación más razonable parece la segunda, pues tanto la LISOS ²⁰⁷ como el RGPIS ²⁰⁸ se encargan de precisar en varios preceptos que será la Entidad gestora la que puede iniciar el procedimiento de imposición de sanciones. Ahora bien, de aceptarse esta interpretación, resulta claro que la Inspección de Trabajo puede impulsar el inicio de aquél siempre que lo estime oportuno y, en tal caso, la Entidad de que se trata no podrá negarse a ello, pues el sentido del artículo 37.2 RGPIS no parece ser el de conceder a la Entidad gestora la potestad de iniciarlo o no en función del contenido de la comunicación del mencionado órgano. Cuando es la Inspección de Trabajo la que impulsa el comienzo del expediente sancionador, resulta claro que la Entidad gestora no actúa de oficio, sino a instancia de parte.

Así las cosas –aunque hay dos vías de inicio–, el único órgano competente para poner en marcha el procedimiento sancionador por rechazo injustificado de una oferta de empleo o acción de mejora de la ocupabilidad es la Entidad gestora, y ello aun cuando aquélla proceda de una agencia de colocación sin fines lucrativos o una entidad asociada de los servicios integrados para el empleo ²⁰⁹. Ciertamente, dado que carecen de competencia sancionadora, éstas tienen que limitarse a poner en

conocimiento de la referida Entidad el incumplimiento del desempleado para que sea esta última la que inicie el susodicho procedimiento. Aclaradas las dudas respecto de la fase de inicio, éstas siguen con la de instrucción, pues el RGPIS no hace alusión a ella ni a su autonomía respecto de la de iniciación, por lo que parece que ambas se confunden y encargan a un mismo órgano administrativo ²¹⁰. De hecho, la adopción de la suspensión cautelar de la prestación –a que se aludirá de seguido– y su notificación al inculpado, al igual que la del documento iniciador del procedimiento sancionador, se atribuye expresamente a la propia Entidad gestora.

Sea como fuere, el escrito de iniciación del procedimiento sancionador (acta de infracción de la Inspección de Trabajo ²¹¹ o, en su caso, escrito *ad hoc* de la propia Entidad gestora) deberá observar un contenido mínimo, del que necesariamente debe formar parte la exposición de los hechos constatados, la forma de su comprobación, la infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado, la reincidencia, en su caso, y la propuesta de sanción. Se apreciará la existencia de reincidencia cuando el desempleado cometa una infracción del mismo tipo y calificación que otra ya sancionada en firme en el plazo de un año anterior al de comisión de la que se está examinando.

En aras a posibilitar su defensa, la Entidad gestora debe poner en conocimiento del afectado –parece que por escrito («se notificará»)– el documento que inicia el expediente sancionador y, en su caso, la suspensión cautelar de la prestación, concediéndole un plazo de quince días hábiles ²¹² para que alegue, también por escrito, lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que considere necesarias ²¹³. Con este fin, dentro del mismo plazo y sin que, por lo tanto, pueda ampliarse, aquél puede solicitar el examen de la documentación que fundamente el inicio del expediente sancionador. Con esta audiencia al inculpado y la posibilidad de aportar en su defensa lo que estime conveniente se garantiza que dicho expediente sea contradictorio, a modo de lo que es regla general en este tipo de expedientes –e, incluso, en otros ²¹⁴–, pues ya el artículo 52. 1, b), LISOS prevé como uno de los principios básicos de la tramitación de aquéllos el que se dé audiencia al imputado por un plazo igual al ya citado.

Finalmente, a la vista de lo actuado y, en su caso, de las alegaciones y pruebas aportadas por el inculpado, la Entidad gestora dictará la resolución que estime oportuna ²¹⁵, la cual, como es lógico, deberá notificarse a aquél con indicación de los recursos, plazos y órganos ante el que cabe interponer aquéllos. En este sentido, el contenido de aquélla admite tres posibilidades: a) imposición de la sanción que corresponda, cuando queda probada la infracción; b) no imposición de sanción, cuando se acredita la suficiencia de la causa alegada para el rechazo de la oferta ²¹⁶; y c) declaración de nulidad del procedimiento sancionador, si no se ajusta a la legalidad (*v. gr.*, falta de audiencia al inculpado). Con independencia de su contenido, la resolución en cuestión pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutiva. En el caso de imponerse sanción, dado que ésta se relaciona con la pérdida temporal o definitiva de la prestación, se entiende que la Entidad gestora tiene competencia para decretar, por sí misma, tal pérdida, sin necesidad de acudir posteriormente al órgano jurisdiccional laboral para revisar el acto de concesión de aquélla ²¹⁷. En todo caso, aquélla será recurrible ante los órganos jurisdiccionales del orden social ²¹⁸, previa reclamación ante la Entidad gestora en la forma prevista en el artículo 71 LPL ²¹⁹, esto es, en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución. La referida Entidad deberá contestar expresamente en el plazo de cuarenta

y cinco días siguientes, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá denegada por silencio administrativo. Llegados a este punto, si aún se desea interponer la demanda, ésta habrá de formularse en el plazo de treinta días, contados desde la notificación de la denegación de la reclamación previa o desde el día en que ésta se entiende denegada tácitamente por el mencionado silencio.

En el caso de apreciarse infracción por parte del desempleado, cabe reparar en que sobre éste recae, con independencia de la posible sanción que se le imponga, la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, especialmente importantes si ha transcurrido mucho tiempo desde la infracción y durante el procedimiento sancionador no se ha adoptado la suspensión cautelar de la prestación. Dicha obligación no se configura como una sanción complementaria, sino como una medida ordinaria de carácter restitutorio de una cantidad indebidamente percibida y, por lo tanto, de un enriquecimiento injustificado. Ahora bien, a diferencia de lo ya apuntado respecto de la sanción de pérdida temporal o definitiva de la prestación, la Entidad gestora no puede exigir, por sí misma, el referido reintegro al sancionado, sino que debe solicitar éste ante los Tribunales laborales (art. 145.1 LPL) ²²⁰.

Por último, repárese en que nada impide la apertura de dos o más expedientes sancionadores por conductas infractoras diferentes relacionadas con una misma oferta de empleo o acción de mejora de la ocupabilidad, aunque ello se condiciona –lógicamente– a que el expediente previo haya concluido sin sanción o con la de la pérdida temporal de la prestación ²²¹.

B) Suspensión cautelar de la prestación.

Una vez iniciado el procedimiento sancionador, la Entidad gestora podrá proceder a la ya mencionada suspensión cautelar del disfrute de la prestación por desempleo ²²² en los términos establecidos en el artículo 47.4 LISOS ²²³. En efecto, en el caso de que el desempleado rechace injustificadamente una oferta adecuada de empleo o una acción de mejora de la ocupabilidad, como dicho incumplimiento supone una transgresión de sus obligaciones que afecta al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación por desempleo, la Entidad gestora ya podrá suspender cautelarmente ésta hasta que la resolución administrativa sea definitiva (art. 47. 4 LISOS). Esta suspensión cautelar se configura como una medida protectora de índole pública, en cuanto la privación de la prestación al desempleado presuntamente incumplidor tiende a proteger los recursos públicos destinados a los casos de desempleo ajustados a la legalidad. En palabras de algún autor, «la autotutela de la Administración se lleva hasta el extremo de poder adoptar de oficio medidas cautelares en su propio beneficio» ²²⁴. La adopción de esta medida cautelar se configura como una potestad discrecional de la Administración, por lo que se adoptará o no en función de las circunstancias concurrentes. La efectividad de dicha medida jugará desde el mismo mes en que se inicie el procedimiento sancionador y se concretará en la interrupción del abono de la prestación económica y de la cotización a la seguridad social, por lo que es compatible e independiente de las sanciones pecuniarias. Nada se dice sobre la inscripción como demandante de empleo del inculpado, por lo que, en principio, parece que la misma debe mantenerse.

Cuestión interesante es la del contenido de la resolución y su interrelación con la, en su caso, medida de suspensión cautelar ²²⁵. De no imponer aquella sanción y haber existido ésta, resulta claro que debe procederse a reparar la situación reiniciando de oficio el abono de la prestación, incluso con carácter retroactivo desde el momento de su suspensión y hasta que el beneficiario reúna los requisitos para ello. Ahora bien, si el desempleado ya no estuviese inscrito como demandante de empleo, cabe entender que dicha inscripción debe realizarse de oficio para que aquél pueda percibir aquello de lo que indebidamente se le privó ²²⁶. Sin embargo, de acordarse una sanción, ésta sustituirá la suspensión cautelar que haya podido adoptarse. Si aquélla consiste en la suspensión del abono de la prestación por desempleo, la misma implica también la suspensión por igual período de la cotización a la seguridad social, al igual que sucede con la suspensión cautelar.

2. Prueba de la justificación del rechazo.

La suficiencia de la causa alegada por el desempleado para rechazar el puesto ofertado tiene que quedar acreditada por aquél ²²⁷, bien en el momento de su alegación ante la Entidad gestora, bien posteriormente cuando aquél impugna judicialmente la extinción de la prestación por desempleo. En efecto, dado que corresponde al demandante la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama (art. 1214 C. c.), la alegación y prueba de la suficiencia de la causa constituye una carga para el desempleado. Dado que la acreditación en cuestión va a depender de la concreta causa alegada en cada caso, parece oportuno tratar ambas cuestiones conjuntamente. Para tal acreditación, en principio, se aceptan todos los medios de prueba admitidos en derecho.

En el supuesto de que la causa alegada sea la alteración de la salud del trabajador, cabe distinguir según aquélla vaya o no acompañada de baja médica. En el primer caso, se estaría ante un supuesto de incapacidad temporal que debe acreditarse a través del correspondiente parte médico oficial de baja, que ha de ser extendido y fechado por el facultativo del Servicio público de salud que haya reconocido al trabajador el mismo día en que se solicita y presta la asistencia médica ²²⁸. Como es sabido, el parte de baja debe expedirse por cuadruplicado en el correspondiente modelo oficial, en el que necesariamente debe constar el diagnóstico, limitación de la capacidad funcional y duración probable del proceso de incapacidad. El original se destina a la Inspección de los Servicios sanitarios del INSALUD o Servicio público de salud equivalente; y las copias, una es remitida por el Servicio público de salud a la Entidad gestora (INSS) o mutua, según proceda; y las otras dos se entregan al desempleado, el cual debe enviar –en el plazo de tres días– a la Entidad gestora la destinada para ella. Como se aprecia, cuando la situación de incapacidad temporal sobreviene estando el trabajador en situación de desempleo, la Entidad gestora pasa a ocupar el lugar de la empresa, pues si aquél estuviese trabajando la copia se entregaría a ésta. Así las cosas, queda claro que la referida Entidad tiene constancia, desde el principio, de la situación en la que se halla el trabajador, por lo que ya evitará comunicarle ofertas de trabajo. Ahora bien, si aquélla todavía no conociese dicha situación, el trabajador puede fácilmente informarle a través de la copia que queda en su poder.

En el caso de que la alteración de la salud (enfermedad o accidente) no vaya acompañada de baja médica, la prueba de la misma admite una cierta flexibilidad, pues no siempre se exige el correspondiente certificado médico oficial, sino que se acepta cualquier documento de formato análogo, como, por ejemplo, una simple receta médica ²²⁹. Así, lo que prima es la acreditación, por cualquier medio de prueba, de la imposibilidad cierta de asistir al curso o aceptar la oferta de trabajo. La validez de ese documento de formato análogo al certificado oficial resulta, si cabe, reforzada cuando el facultativo que lo extendió ratifica su contenido en el expediente sancionador o, en su caso, en el acto de juicio oral ²³⁰.

Ahora bien, cuando se trata de justificar el rechazo de la oferta de trabajo o de la correspondiente acción formativa por motivos de salud, lo importante es que de la prueba aportada derive una presunción de veracidad o certeza. En este sentido, si aquella se concreta en la aportación del correspondiente certificado médico, se exige que éste sea expedido por los facultativos de la medicina oficial, esto es, del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio público de salud equivalente en cada comunidad autónoma o, en su caso, de la mutua o del INSS. Se excluye, por lo tanto, la validez del informe del médico privado del trabajador, en orden a evitar la quizá posible connivencia entre uno y otro de cara a falsear la verdadera situación del segundo y poder rechazar justificadamente la oferta de trabajo. Por analogía, cabe traer aquí a colación la doctrina ya sentada sobre el informe médico que ha de acreditar la situación de riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, según la que la no admisión del informe del médico privado «trata de asegurar la seriedad y oficialidad de la apreciación médica frente a posibles abusos en los que puede incurrir un facultativo más próximo y de confianza» del trabajador, ajeno al sistema nacional de salud e inmune, por lo tanto, «a la disciplina y eventual sanción por parte de dicho sistema y contra el que, básicamente, sólo se puede reaccionar por la muy difícil vía del colegio profesional» ²³¹.

Ciertamente, la sospecha de que el médico privado puede incurrir en fraude se refleja, con claridad, en la STSJ Murcia de 11 de febrero de 1998, cit. En el caso de autos, el informe de aquél prohibía –con «rotundos términos»– al trabajador el realizar su trabajo, lo cual es una redacción cuando menos «anómala, pues lo normal es que los facultativos privados se limiten a aconsejar, ya que es a la medicina oficial» a la que corresponde tomar tal decisión. Además, en el referido supuesto extraña que dicho informe, emitido a instancias del trabajador, se presentase por éste diez días después de haber rechazado la oferta sin motivación alguna, máxime cuando en el momento del rechazo se aceptó pacíficamente que el funcionario del INEM plasmase por escrito que la contestación del trabajador a la oferta de trabajo era su falta de interés (literalmente se indica: «no le interesa esta oferta»).

3. Infracciones y sanciones.

En cuanto a la calificación como infracción del incumplimiento del compromiso de actividad (y de las diversas obligaciones que derivan de su contenido, como el rechazo de la oferta adecuada de empleo) y su correspondiente sanción, cabe estar a la LISOS, la cual también ha sido profundamente reformada en 2002 para adaptarse a las modificaciones introducidas en la LGSS. Ahora bien, cabe empezar señalando que aquella norma, al actuar en el plano sancionador, asume pacíficamente,

los conceptos definidos por ésta, tal y como prevé su artículo 17.2, según el que, «a los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por compromiso de actividad, por colocación adecuada y por trabajos de colaboración social los que reúnan los requisitos establecidos», respectivamente, en los apartados 2 y 3 del artículo 231 y 3 del artículo 213 LGSS. Tal técnica resulta positiva, pues evita reiteraciones inútiles o, lo que podría ser peor, contradicciones inaceptables, y, además, refleja la pacífica y clarificadora separación de contenidos entre ambas normas.

A) Sanción principal.

Ratificando la importancia del deber de disponibilidad del desempleado, el artículo 17.2, párrafo primero, LISOS ha venido considerando falta grave de los trabajadores el «rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por el servicio público de empleo o por las agencias de colocación sin fines lucrativos, o negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada²³², ofrecidos por el servicio público de empleo o por las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo». Como es fácil apreciar, el presupuesto ideológico sobre el que construye este tipo infractor es «la responsabilización del perceptor de desempleo de su situación cuando no realiza, o no acredita que realiza, conductas proactivas para la búsqueda de empleo con objeto de procurarse la reinserción»²³³. En este sentido, sorprende el que se haya desaprovechado la reforma del precepto analizado para incluir en el mismo la referencia a la búsqueda activa de empleo, que es otra de las obligaciones fundamentales del compromiso analizado.

Cuestión interesante es la relativa a la posible duda que podría suscitar la conducta del desempleado cuando, ante una citación del Servicio de empleo, no comparece ante el mismo. En efecto, en principio, podría dudarse si se está ante la falta leve –*vide infra*– consistente en no comparecer, previo requerimiento, ante aquél o ante la falta grave de rechazo (tácito o implícito) a una oferta de empleo o a una acción de mejora de la ocupabilidad. La duda debe resolverse entendiendo que si la citación se refiere a una de estas últimas, se está ante la falta grave, pues, en caso contrario, siempre se eludiría el deber de trabajar o participar en acciones de formación a través de la simple incomparecencia al correspondiente proceso de selección, burlándose así el cumplimiento de una de las obligaciones fundamentales de todo beneficiario de la protección por desempleo²³⁴.

Por lo que respecta a las consecuencias de la infracción grave que supone el rechazo injustificado de una oferta adecuada de empleo, ésta se sancionará –según sea la primera, segunda o tercera– con la pérdida de tres o seis meses de prestación o con la extinción de ésta, respectivamente, tal y como prevé el artículo 47.1, b), LISOS. La aplicación de esta escala es novedad introducida por el RD-ley 5/2002, que la posterior Ley mantiene en iguales términos, pues con anterioridad una sola infracción ya se sancionaba directamente con la extinción de la prestación. No cabe duda de que la graduación sancionatoria supone el reconocimiento de mayores garantías en la aplicación del tipo administrativo y, por ende, resulta más favorable para el desempleado que la regla única anterior. Se está, pues, ante una novedad importante, que determina una respuesta más matizada por parte del ordenamiento jurídico ante cada tipo de incumplimiento, lo que no resulta baladí al hallarnos en el

ámbito «sancionador» y no en el «prestacional»²³⁵. En este sentido, resulta evidente que la nueva redacción supone un mayor ajuste al principio de proporcionalidad –tan importante en dicho ámbito– e introduce una notable flexibilidad frente a la hasta entonces excesiva rigidez del mencionado precepto, sobre todo si se comparaba con las sanciones de los empresarios, que sí admitían graduación en atención a una serie de circunstancias (arts. 39 y 40 LISOS).

La escala en cuestión se aplicará «a partir de la primera infracción y cuando entre la comisión de una infracción grave y la anterior no hayan transcurrido más de los trescientos sesenta y cinco días que establece el artículo 41.1 de esta Ley, con independencia del tipo de la infracción», esto es, cuando existe reincidencia [arts. 47.1, b) y 41 LISOS]. La expresión «con independencia del tipo de infracción» indica que la reincidencia y, por lo tanto, la determinación de la sanción aplicable, toma en cuenta todas las infracciones previas en materia de empleo con independencia de su gravedad. Se excluye, así, que el tipo de infracción pueda aludir a su naturaleza (materia de empleo y de seguridad social), lo que se ratifica por la tradicional singularización e independencia de las sanciones relacionadas con las prestaciones por desempleo²³⁶. Además, repárese en que el artículo 47.1, b), LISOS separa claramente las infracciones cometidas en materia de empleo y relativas a prestaciones y subsidios por desempleo (art. 17.2) de las referentes a la materia de seguridad social y realizadas por beneficiarios de cualquier prestación de la seguridad social (incluidas las de desempleo). Por su parte, el plazo de los trescientos sesenta y cinco días juega a partir de la resolución sancionadora firme de la primera o sucesivas infracciones, según se trate.

Cuestión interesante es la del ajuste a la legalidad internacional de las sanciones de que se trata. En efecto, el artículo 10 Convenio 44 OIT no parece compartir dicha sanción de pérdida ni temporal ni definitiva de la prestación, pues prevé que el rechazo de un empleo conveniente podrá sancionarse solamente con la suspensión del subsidio «durante un período adecuado». Dicha suspensión temporal debe entenderse como la interrupción temporal en su abono, pero sin reducción de su cuantía ni período de percepción. Así las cosas, parece claro que, con independencia de la adecuación o no de la sanción extintiva, existe un desajuste entre la LISOS y el Convenio 44 OIT, que debería solucionarse con las correspondientes reformas de una u otra norma²³⁷.

De las otras obligaciones que integran, en sentido amplio, el compromiso de actividad (art. 231.1 y 2 LGSS), el artículo 17.1 LISOS sólo ha venido aludiendo expresamente –en sus letras a) y b)– al incumplimiento de dos de ellas, calificándolo como falta leve (no comparecer, previo requerimiento, ante el organismo correspondiente o no renovar la demanda de empleo en la forma y fecha determinadas, por un lado, y no devolver en plazo al servicio que proceda el justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir la oferta de empleo, por otro)²³⁸. Ante tal situación, el tan citado RD-ley añadió un nuevo párrafo c) al mencionado precepto en orden a complementar el listado de las faltas leves de los trabajadores en materia de empleo, especialmente en relación con el compromiso analizado. Así, aquél se cierra con una cláusula abierta que prevé, genéricamente, también como infracción leve el «no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave» en el referido precepto. Como matiz importante, cabe señalar que la Ley 45/2002 elimina la referencia que la norma de urgencia

había introducido a «la no acreditación de la búsqueda activa de empleo», dejando intacto el contenido restante. Dicha supresión parece obedecer a razones puramente técnicas, con el fin de evitar reiteraciones, pues la calificación como infracción del incumplimiento del compromiso de actividad ya incluye todas las obligaciones que integran su contenido, sin necesidad de mencionar expresamente una de ellas. Por su parte, la mención a la subordinación a otras infracciones leves o graves deja claro el carácter residual y abierto de este apartado c), que alude al incumplimiento del resto de obligaciones del referido compromiso, no previstas expresamente en los otros apartados del artículo 17 LISOS (v. *gr.*, no cotizar por la aportación correspondiente a la contingencia de desempleo o no proporcionar la documentación e información pertinente a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones) ²³⁹.

Una ausencia destacable de la LISOS es la relativa a la excepción temporal de la vigencia del régimen sancionador que el artículo 231. 1, i), LGSS establece en relación con la participación del beneficiario de una prestación contributiva en acciones de mejora de la ocupabilidad durante los cien primeros días de percepción de aquélla. Aunque la falta de referencia a este particular en la LISOS puede deberse a que aquel precepto ya indica expresamente que, en tal caso, no habrá sanción para el desempleado (la no participación «no conllevará efectos sancionadores»), quizá en esta ocasión no sobraría una mención expresa al respecto ²⁴⁰, sobre todo a efectos de evitar pensar que se está ante un olvido del legislador. La importancia de esta excepción al régimen sancionador debería ratificarse en su propia sede normativa, o sea, en la LISOS, lo que, además, permitiría unificar en una sola norma todo lo relativo a dicho régimen, aportando una mayor seguridad jurídica.

En cuanto a la sanción de estas faltas leves, cabe señalar que la misma también ha sido reformada por el RD-ley estudiado (y ratificada por la posterior Ley), por lo que ahora aquéllas se sancionarán –según se esté ante la primera, segunda, tercera o cuarta– con la pérdida de uno, tres y seis meses de la prestación y con la extinción de ésta, respectivamente [art. 47. 1, a), LISOS]. Con anterioridad, la sanción era siempre la pérdida de la prestación durante un mes, salvo en caso de reincidencia en que aquélla se extinguía. Como ya se vio con las faltas graves, la aplicación de esta escala sancionatoria será efectiva a partir de la primera infracción leve y cuando entre la comisión de una infracción de esta gravedad y la anterior no hayan transcurrido más de trescientos sesenta y cinco días, también con independencia del tipo de infracción. Sobre el significado de esta expresión y el cómputo del plazo, cabe tener aquí por reproducidas las consideraciones antes efectuadas para las faltas graves.

B) Sanción complementaria.

Aparte de las sanciones anteriores, los trabajadores que incurran, entre otras, en infracciones en materia de empleo «perderán los derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos, quedando sin efecto la inscripción como desempleados» (art. 47.3 LISOS). Aunque esta sanción complementaria ya existía con anterioridad, el RD-ley 5/2002 mejora la dicción legal del precepto que la prevé, manteniéndose invariable por la Ley reformadora posterior. El principal efecto de esta sanción consiste en la pérdida de toda labor de asesoramiento y ayuda,

mejora de la ocupabilidad e intermediación contractual propia del Servicio público de empleo, orientada a la pronta reinserción del desempleado. En efecto, al no cumplir con lealtad y buena fe con las obligaciones derivadas de su posición como demandante de empleo oficial (inscrito en las oficinas de empleo), el legislador lo excluye del sistema y ámbito protector legal dejando sin efecto su inscripción como demandante de empleo. Desde luego, seguirá siendo un desempleado –al menos hasta que por su cuenta encuentre trabajo–, pero ya sin las ventajas que hasta entonces podía disfrutar. En palabras del Alto Tribunal, esta sanción adicional supone ser «expulsado de un estatuto favorable y tributario de varias ventajas», entre ellas, la de «aprovecharse de los diversos planes de fomento del empleo, y ser considerado en situación de alta por asimilación», expresamente establecida por el artículo 36.1, 1.º RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social ²⁴¹. En efecto, este último precepto condiciona la consideración de la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, como una situación asimilada a la de alta al hecho de que en tales casos «se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo».

Ahora bien, la imposición de esta sanción complementaria parece excesiva porque, por un lado, juega automáticamente, sin depender de la voluntad de la Entidad gestora –como sucede con la suspensión cautelar de la prestación–, ni atender a las circunstancias concurrentes; y, por otro, acompaña a todo tipo de sanción. En efecto, si en el caso de la extinción definitiva de la prestación, la sanción complementaria analizada puede estar justificada, pues ya se está ante una tercera infracción y, por lo tanto, una clara reincidencia en la conducta incumplidora, en el caso de la pérdida temporal de aquella quizá resulte exagerada, máxime si dicha pérdida está relacionada con la alegación de circunstancias familiares y personales no tenidas en cuenta ni por la Entidad gestora ni, en su caso, por el órgano jurisdiccional para rechazar justificadamente la oferta de empleo o la correspondiente acción de mejora de la ocupabilidad.

NOTAS

- ¹ La referencia a este compromiso es novedad –respecto del texto del RD-ley 5/2002– de la Ley 45/2002.
- ² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección del desempleo», *RL*, 2002, núm. 13, p. 7.
- ³ Cotizar por la aportación de la contingencia por desempleo; proporcionar la información necesaria a efectos de reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones; participar en programas de colaboración social o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que determine el INEM o las entidades asociadas de los Servicios Integrados para el empleo y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por aquél o la agencia de colocación; renovar la demanda de empleo en fecha y forma; solicitar la baja de las prestaciones por desempleo cuando proceda; reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas y devolver al INEM o agencia de colocación el justificante de haber comparecido a la oferta de empleo ofrecida por aquéllos).
- ⁴ Así, STS de 12 marzo 1998 (Ar. 2565): «la nota de la involuntariedad en el desempleo comporta su exteriorización mediante una manifestación de voluntad acreditativa del deseo de volver a trabajar, revelándose la inscripción como demandante de empleo en la oficina correspondiente del INEM, como instrumento justificativo de esta involuntariedad en el paro».

- 5 No se comparte, pues, la opinión de que la obligación de acreditar la disponibilidad para buscar empleo resulta innecesaria, al derivar ésta de la inscripción en las oficinas de empleo [Así, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., en el volumen *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, dirigido por Sempere Navarro y Cardenal Carro (Murcia, 2002), p. 124].
- 6 Cfr. DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma de la protección por desempleo en el Real Decreto-ley 5/2002», en el volumen *AAVV Comentarios de urgencia a a reforma del sistema de protección por desempleo* (Valladolid, 2002), p. 26.
- 7 La adecuación viene definida por los «términos vinculantes propios de la interpretación auténtica» hecha por el propio legislador (STSJ Asturias de 15 septiembre 1995; AS 3208).
- 8 Instrumento de ratificación de 8 abril 1971 (BOE de 18 mayo 1972).
- 9 En concreto, las siguientes: 1) un empleo cuya aceptación implique la residencia en una región donde no pueda conseguirse un alojamiento adecuado; 2) un empleo cuya tasa de salario sea inferior o cuyas condiciones de trabajo sean menos favorables que: a) 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; b) el nivel que generalmente se observe en aquel momento en la profesión y en la región donde se le ofrezca el empleo; 3) un empleo que se encuentre vacante en virtud de una suspensión del trabajo causada por un conflicto de trabajo; y 4) 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.
- 10 Cfr. artículo 6.º Decreto de 16 junio 1954, sobre el seguro de paro tecnológico; artículo 7.º Decreto 2082/1959, de 26 noviembre, sobre el seguro de paro por dificultades económicas y artículo 9.º 2 Ley 22 julio 1961, del seguro nacional de desempleo.
- 11 Sobre los antecedentes del mismo, *vid.* CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción del desempleo* (Granada, 1997), pp. 17 y ss.
- 12 Se entenderá por colocación adecuada «aquella que se corresponda con las aptitudes físicas y profesionalmente pueda ser cumplida por el parado y no suponga cambio en la residencia habitual del mismo, salvo que tenga posibilidades de alojamiento apropiado en el lugar del empleo» (art. 23).
- 13 Así, STSJ Andalucía (Sevilla) de 25 septiembre 1998 (AS 7709).
- 14 CRUZ VILLALÓN, J.: «El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada», *RL*, 2003, núm. 4, p. 88.
- 15 STSJ Castilla y León (Burgos) de 5 mayo 1994 (AS 2160).
- 16 Así, STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 octubre 1996 (AS 3664), en el caso de autos, el trabajador estaba inscrito como agente de seguros y su profesión era la de organizador comercial.
- 17 Así, STSJ Canarias (Las Palmas) de 26 enero 2001 (AS 184248), en el caso de autos, la última ocupación era la de conductor y el puesto de trabajo ofertado de albañil, también solicitado.
- 18 Para GORELLI HERNÁNDEZ, J. [«Una nueva reforma del desempleo y el despido: análisis general de la ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad», en el volumen *AAVV El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo (Análisis de la Ley 45/2002)* (Murcia, 2002), p. 25] el plazo de tres meses es «excesivamente corto».
- 19 CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 85.
- 20 Cfr. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo* (Valencia, 1990), pp. 281-282 y CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 31.
- 21 Así, STSJ Canarias (Las Palmas) de 31 enero 1994 (AS 193: a la trabajadora se le ofrece el puesto de cajera de grandes almacenes, ya desarrollado anteriormente, tras la obtención del título de Técnico auxiliar).
- 22 Cfr. STCT de 17 diciembre 1977 (Ar. TCT 6587). También stcias. TJSJ Cataluña de 5 diciembre 1990 (AS 4396) y STSJ La Rioja de 30 noviembre 1992 (AS 5418).
- 23 STSJ Madrid de 23 enero 1996 (AS 757). En el caso de autos, el trabajador tiene la categoría de tornero oficial de primera y las máquinas que debe utilizar en el puesto ofertado son una mandrinadora, una rectificadora y una fresadora, por lo que parece lógico pensar que un trabajador que ha alcanzado la referida categoría «tenga conocimientos suficientes para el manejo de todas ellas», aunque requiera una pequeña instrucción.
- 24 Así, STSJ Cataluña de 20 mayo 1994 (AS 2086), relativa a un caso en que tanto la profesión habitual de la trabajadora como la última actividad desempeñada por la misma correspondían a la categoría de ATS diplomada universitaria. En igual sentido, STSJ La Rioja de 12 mayo 1993 (AS 2322), en relación con un puesto de remalladora.
- 25 ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-ley 5/2002* (Valencia, 2002), p. 20.
- 26 Cfr. MERCADER UGUINA, J. R. y DESDENTADO BONETE, A.: *El desempleo como situación protegida (un estudio de los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)* (Madrid, 1996), p. 45.

- 27 AS 2556.
- 28 CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 27.
- 29 Así, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La noción de "colocación adecuada" ante la reforma de la protección por desempleo», *AS*, 2002, núm. 5, p. 16.
- 30 STSJ Cataluña de 5 diciembre 1990, cit.
- 31 *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 86.
- 32 *Ibidem*, p. 90: ahora se establece una presunción *iuris et de iure* de que «cualquier empleo ofrecido por el SPE, por el mero acto de la oferta se convierte en adecuado».
- 33 Para VALDÉS DAL-RÉ: [«Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (y II)», *RL*, 2002, núm. 17], el nuevo artículo 213.3 LGSS «ha quebrado el carácter unitario de la noción de colocación adecuada, introduciendo dos modalidades cuyos respectivos ámbitos de imputación se delimitan en función no de los criterios de cualificación profesional del demandante de empleo, sino de un parámetro rudamente temporal».
- 34 SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y. («Comentario al artículo primero, once, Ley 45/2002, Capítulo I: Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo»), *DL*, 2003-I, núm. 67, p. 80.
- 35 En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 89 y LUJÁN ALCARAZ [en el volumen *La reforma del despido y del desempleo...*, cit., p. 205]; este último incluso considera que «no se alcanza a ver» cuáles pueden ser tales colocaciones.
- 36 Para RODRÍGUEZ PIÑERO (*op. cit.*, p. 15), la previsión legal comentada «adolece de excesiva indefinición» y supone una «remisión en blanco a una apreciación subjetiva que no parece tener otro límite que la posibilidad material o física de realizar el trabajo, al margen de la racionalidad y proporcionalidad de la oferta desde la aptitud profesional del desempleado».
- 37 Sobre la excesiva discrecionalidad del referido Servicio, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J.: «Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad: Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Tr. S.*, 2002, núm. 139, p. 27; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 26.
- 38 ST Const. 69/1989, de 20 abril (RTC 1989, 69).
- 39 ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 21.
- 40 CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 90.
- 41 Así, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La noción de "colocación adecuada"...», cit., p. 23; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 26.
- 42 Según la STSJ Extremadura de 28 julio 1994 (AS 2830), si, en el momento de realizarla, la oferta de empleo se sitúa en la localidad de residencia habitual del trabajador, no cabe que éste la rechace por el simple hecho de que en un futuro próximo tenga pensado cambiarla.
- 43 Así, stcias. TSJ Cataluña de 22 abril 1994 y Andalucía (Granada) de 6 marzo 2001 (AS 1474 y 2434); la primera desde 30 y la segunda desde 40 km.
- 44 STSJ Castilla y León (Burgos) de 5 mayo 1994, cit.
- 45 Para ROMÁN VACA, E., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T. («La nueva regulación del desempleo en la Ley 45/2002», en el volumen AAVV *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo...*, cit., p. 135), se está ante una «prueba diabólica».
- 46 No se olvide, tampoco, que si el desplazamiento implica cambio de residencia se tiene derecho a las ayudas del programa de fomento de la movilidad geográfica, previsto en la disposición transitoria séptima Ley 45/2002, a desarrollar por Real Decreto.
- 47 AS 157100.
- 48 *Cfr.* CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, pp. 33-34.
- 49 *Cfr.* GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 28.
- 50 Así, STSJ Cataluña de 14 febrero 1997 (AS 1217), relativa a un caso en que el contrato era temporal (tres meses) y a tiempo parcial (tres horas diarias), sin que se alegase nada en contra de su legalidad.
- 51 *Vid.*, por ejemplo, stcias. TSJ País Vasco de 13 enero 1998 (AS 5102) y Andalucía (Málaga) de 13 marzo 1998 (AS 1679).
- 52 *Cfr.* ARUFE VARELA, A.: «El nuevo "compromiso de actividad", de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo», *AL*, 2002, núm. 33, p. 722.
- 53 CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 94.
- 54 Este término debe entenderse como sinónimo de «análogo en cuantía» (STSJ Cataluña de 27 julio 1993; AS 3594).
- 55 Para DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA (*op. cit.*, p. 29), en la norma anterior era retribución adecuada «cualquiera que fuera equivalente a la establecida en el sector» en que se ofreciese el puesto de trabajo.

- 56 Así, STSJ Galicia de 30 octubre 2000 (AS 4697). En el caso de autos, a la trabajadora se le ofrece un puesto de coseadora en máquina industrial con un salario de 50.000 pesetas, inferior al mínimo legal, jornada de nueve horas diarias, sin vacaciones y firma anticipada de finiquito.
- 57 DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *op. cit.*, p. 29.
- 58 STSJ Asturias de 15 septiembre 1995, cit.
- 59 Stcias. TSJ Cataluña de 27 julio y 24 noviembre 1993 (la primera ya cit.; la segunda en AS 4913).
- 60 STSJ Madrid de 23 enero 1996, cit.
- 61 Así, STSJ Asturias de 11 noviembre 1994 (AS 4268).
- 62 Una crítica a tal posibilidad en DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *op. cit.*, pp. 31-32 y ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 22.
- 63 Así, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo (La «reforma» de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo)* (Valladolid, 2003), p. 35: se está ante «una norma más inocua que se limita a proporcionar al organismo gestor una serie de criterios para valorar la adecuación».
- 64 SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y., *op. cit.*, p. 82.
- 65 STSJ Cataluña de 28 abril 1995 (AS 1624).
- 66 Así ocurrió en el caso analizado en la STSJ Andalucía (Granada) de 6 marzo 2001, cit.
- 67 AS 5569.
- 68 STSJ Galicia de 26 septiembre 1995 (AS 3189).
- 69 STSJ Murcia de 11 noviembre 1999 (AS 3797).
- 70 STSJ Cataluña de 22 enero 1992 (AS 308).
- 71 Así, stcias. TSJ Extremadura de 12 febrero 1996 (AS 1052) y Cataluña de 14 febrero 1997, cit.; en el caso de autos de la primera, el trabajador alegaba la incompatibilidad del horario del trabajo con el cuidado de su hijo de cinco años.
- 72 STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 73 Cfr. stcias. TSJ Cataluña de 22 enero 1992 y Galicia de 26 septiembre 1995, cits.
- 74 STSJ Andalucía (Granada) de 6 marzo 2001, cit.
- 75 STSJ La Rioja de 14 diciembre 1999 (AS 4716). También STSJ Cataluña de 16 abril 1998, cit.
- 76 Vid. STSJ País Vasco de 19 abril 1994 (AS 1420).
- 77 STSJ Madrid de 8 mayo 1997 (AS 1575). Así sucedía en el caso de autos, en el que la operación de la niña exigía que permaneciese boca abajo.
- 78 Así, stcias. TSJ Cataluña (dos) de 22 enero 1992, cit. y 10 mayo 1993 (AS 2494); en el primer caso había dos hijos; en el segundo, cuatro.
- 79 Así, STSJ Cataluña de 14 febrero 1997, cit., que rechaza la alegación de la trabajadora sobre el cuidado del hijo en atención a que su esposo trabajaba por cuenta propia cerca del hogar familiar y que el empleo ofertado era a tiempo parcial (sólo tres horas diarias).
- 80 STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 81 STSJ Madrid de 8 mayo 1997, cit.
- 82 Sentencia de 8 febrero 1995 (Ar. 786).
- 83 Sobre este argumento, *vide infra*, 6. C), b).
- 84 Sentencia citada.
- 85 *Ibidem*.
- 86 STSJ Comunidad Valenciana de 3 febrero 1998 (AS 98).
- 87 STSJ Madrid de 8 mayo 1997, cit., en el caso de autos la trabajadora tenía una niña de corta edad operada desde hacía dos meses.
- 88 STSJ Extremadura de 31 marzo 1998 (AS 5339).
- 89 STSJ Cataluña de 29 mayo 1998 (AS 3071).
- 90 *Ibidem*.
- 91 Así, MOLINA NAVARRETE, C.: «El concepto de "colocación adecuada": "profesionalidad" versus "empleabilidad" del trabajador», *Tr. S.*, 2002, núm. 143, p. 20: «la nueva regulación introduce una regla correctora o rectificadora de la rigidez demostrada hasta el momento por los Tribunales, excesivamente inflexibles en la configuración de la "causa justificada" del rechazo de una oferta objetivamente adecuada».

- 92 STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit. También stcias. TSJ Galicia de 26 septiembre 1995 y Extremadura de 31 marzo 1998, cits.
- 93 STSJ Extremadura de 28 julio 1994, cit.
- 94 CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 101.
- 95 Artículo 14.3: «se estimará infundada la negativa a someterse a medidas de formación profesional ... cuando, autorizadas por las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y ofrecidas al beneficiario, supongan para el mismo la percepción de becas o salarios de estímulo que, sumadas al subsidio de desempleo, representen un ingreso total igual o superior al 100 por 100 de la base de cotización que sirvió para fijar la cuantía del subsidio».
- 96 La reincidencia en el rechazo para merecer la sanción de la extinción de la prestación por desempleo tiene su antecedente en la Orden de 7 septiembre 1976.
- 97 Stcias. TSJ Cataluña (dos) de 2 mayo y 27 junio 1995 (AS 1925 y 2427).
- 98 Así, STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996 (AS 343): la voluntad de rechazo del trabajador «debería ser expresa, sin embargo, en ciertos casos, y a tenor de las circunstancias concurrentes, puede admitirse, a efectos de la procedencia de la sanción, el acogimiento de la negativa tácita».
- 99 STSJ Aragón de 3 junio 1998 (AS 6137).
- 100 STSJ Castilla-La Mancha de 24 noviembre 2000 (AS 3809). En la doctrina, CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 37: «el rechazo se produce tanto por acción positiva de oposición expresa y terminante, como por actitudes omisivas».
- 101 STSJ Comunidad Valenciana de 2 abril 1992 (AS 1970): en el caso de autos, queda acreditado que la trabajadora rechaza la oferta de trabajo «sin ofrecer explicación adicional».
- 102 STSJ Extremadura de 12 febrero 1996, cit.
- 103 STSJ Galicia de 19 enero 1998 (AS 276).
- 104 STSJ Madrid de 18 diciembre 1998 (AS 6558).
- 105 STSJ Galicia de 10 diciembre 1997 (AS 4474).
- 106 STSJ Castilla y León (Burgos) de 23 noviembre 1994 (AS 4231).
- 107 *Ibidem.*
- 108 Así, STSJ Cataluña de 28 abril 1995, cit.: «el rechazo de la oferta de empleo, sea expreso o tácito, ha de deducirse de la abierta inaceptación o de presentar excusas o motivaciones irrelevantes» que descubren «el mismo propósito».
- 109 STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996, cit.
- 110 STSJ Cataluña de 14 febrero 1997 (AS 1217). También, de igual Tribunal, sentencia de 16 abril 1998, cit.
- 111 *Ibidem.* También stcias. TSJ Cataluña de 4 enero 1999 (AS 303).
- 112 *Cfr.* STSJ Castilla y León (Valladolid) de 16 diciembre 1997 (AS 4344).
- 113 STSJ Cataluña de 22 abril 1992 (AS 2317).
- 114 STSJ Cataluña de 16 septiembre 1994 (AS 3498).
- 115 *Ibidem.*
- 116 STSJ Andalucía (Granada) de 3 enero 1997 (AS 425).
- 117 STSJ Cataluña de 21 octubre 1993 (AS 4554), según la que el trabajador fue avisado a las 10^h52 horas del día 13 de noviembre de 1991 de la existencia de la carta, la cual estuvo en Correos hasta el 28 de diciembre sin haber sido retirada.
- 118 *Ibidem.*
- 119 *Ibid.*
- 120 *Cfr.* MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario (un estudio de los requisitos previstos en el Estatuto de los trabajadores)* (Granada, 1999), pp. 163 y ss. y toda la jurisprudencia allí citada.
- 121 STSJ La Rioja de 14 diciembre 1999, cit.
- 122 STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996, cit. También STSJ Cataluña de 20 mayo 1994, cit., en el caso de autos, se estima que el rechazo del trabajador es imputable al mismo por cuanto se da por correcta la comunicación que la empresa remitió al INEM a título de información sobre el cierre de la oferta y en la que aquella hacía constar como razón de la no selección la no aceptación por el trabajador «de las condiciones económicas y/o laborales». Lo curioso del caso es que, en ningún momento, se cuestiona la posibilidad de un error en la comunicación de la empresa (a pesar de que se había admitido como hecho probado que el trabajador había sido rechazado por aquella «por carecer de experiencia y no considerársele idóneo para el puesto»), sino que se parte de que la empresa hizo constar la razón de la no selección en uno de los apartados del escrito que implican «rechazo por falta de interés del trabajador», por lo que, «de haber sido otra la causa», aquella podría haberlo hecho constar «en la casilla correspondiente».

- 123 STSJ Galicia de 21 enero 1999 (AS 5203).
- 124 *Ibidem.*
- 125 STSJ Cataluña de 22 septiembre 1993 (AS 3846), que añade que, si la cláusula relativa a jornada vulnerase la legalidad, se tendría por no puesta, y el trabajador podría negarse a trabajar las horas previstas en convenio o, en su caso, reclamar la retribución en forma.
- 126 STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996, cit.
- 127 STSJ Canarias (Las Palmas) de 26 enero 2001, cit.
- 128 STSJ Castilla y León (Burgos) de 16 junio 1994 (AS 2365), según la que, la no selección del trabajador fue provocada por él mismo con la manifestación alegada, lo cual, si bien no constituye –tomado en sentido estricto y formal– un rechazo de oferta de empleo adecuado, sí debe equipararse ... «a un rechazo expreso».
- 129 STSJ Cataluña de 24 julio 1992 (AS 4073).
- 130 STSJ Castilla y León (Burgos) de 31 octubre 1991 (AS 5511).
- 131 STSJ Madrid de 13 julio 1995 (AS 2908). También STSJ Castilla-La Mancha de 24 noviembre 2000, cit.: en el caso de autos, el trabajador «alega, aun antes de conocer las concretas condiciones laborales del contrato, padecer diversos problemas de salud, dando con ello a entender al empresario la futura existencia de problemas de disponibilidad por tal motivo», induciendo a éste a prescindir de él y a contratar a otro.
- 132 STSJ Cataluña de 14 enero 1992 (AS 277): el trabajador alegó que «tenía muchos problemas y que le tenían que operar de la rodilla», lo que provocó su no selección por la empresa, pero tal conducta ha de equipararse al rechazo de la oferta de empleo, máxime cuando ninguna prueba intentó al respecto.
- 133 STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 marzo 1998 (AS 1668).
- 134 STSJ Aragón de 3 junio 1998, cit.
- 135 STSJ Castilla y León (Burgos) de 9 junio 1997 (AS 1876): «el no demostrar interés en obtener la plaza es una forma de rechazarla».
- 136 *Vid.*, por analogía, STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 137 STSJ Cataluña de 25 octubre 1993 (AS 4560): la trabajadora invirtió un tiempo de 8'50 minutos en coser una camiseta, frente a un tiempo real de 2'75 minutos.
- 138 *Ibidem.*
- 139 *Ibidem.*
- 140 STSJ Cataluña de 14 enero 1992, cit.
- 141 Así, STSJ Murcia de 26 marzo 2001 (AS 141311), según la que, del comentario del trabajador, no se desprende una «voluntad manifiesta» de rechazar la oferta de empleo, «sino que más bien estamos ante un supuesto en que la empresa lo ha rechazado por carecer ... de medio de transporte».
- 142 *Cfr.* STSJ Murcia de 9 abril 2001 (AS 171964).
- 143 STSJ Comunidad Valenciana de 9 noviembre 2000 (AS 707).
- 144 STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996, cit.
- 145 STSJ La Rioja de 12 mayo 1993, cit.
- 146 *Ibidem.*
- 147 *Stcias.* TS de 6 noviembre 1986 y 11 abril 1989 (Ar. 6288 y 2962). También, entre otras, *stcias.* TSJ La Rioja de 6 marzo 1990 (AS 2252) y 8 febrero 1993 (AS 638).
- 148 Así, STSJ Murcia de 9 abril 2001, cit., según la que «no existe un auténtico y real rechazo de la oferta de empleo, pues lo que la trabajadora hizo fue comunicar que iba a tener algún problema hasta que sus hijos entrasen al colegio a las nueve horas (el trabajo comenzaba a las ocho horas) y es la empresa la que, ante tales manifestaciones, la elimina».
- 149 STSJ Castilla-La Mancha de 6 febrero 1996, cit. En el caso de autos, la única manifestación efectuada por la actora a la encargada de la empresa fue «su necesidad de acudir con frecuencia al médico, circunstancia acreditada como cierta a la vista de las pruebas practicadas y motivada por problemas de esterilidad», ante lo cual aquélla, «y sin llevar a cabo las oportunas pruebas selectivas, procedió a rechazarla sin ninguna otra consideración».
- 150 STSJ Comunidad Valenciana de 9 noviembre 2000, cit.
- 151 *Ibidem.*
- 152 *Vid.*, a *sensu contrario*, STSJ Castilla y León (Burgos) de 3 julio 1996, cit.
- 153 STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 154 STSJ Castilla y León (Burgos) de 6 noviembre 1996 (AS 4417).

- 155 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 14 julio 1998 (AS 6197).
- 156 *Ibidem*.
- 157 STSJ Cataluña de 20 mayo 1994, cit. También stcias. de igual Tribunal de 2 mayo y 27 junio 1995 y 16 abril 1998, cits.
- 158 Así, STSJ Andalucía (Málaga) de 29 abril 1992 (AS 2221): la disponibilidad es «un elemento esencial del concepto de desempleo protegido» y alude a que «el trabajador se encuentre en situación de poder actualizar su capacidad para el trabajo y su voluntad de acceso al mismo en cualquier momento».
- 159 STSJ Castilla y León (Burgos) de 23 noviembre 1994, cit.
- 160 STSJ Murcia de 29 abril 2002, cit. También, entre otras, STSJ Cataluña de 4 enero 1999, cit.: «cualquier actitud que impida o tienda a impedir la ocupación de los inhalaborantes les veda el acceso a la correspondiente prestación, dada la bipolar y previa exigencia de "querer" y "poder trabajar"».
- 161 STS de 8 febrero 1995, cit. También, entre otras muchas, stcias. Cataluña de 14 febrero 1997, cit. y Cantabria de 20 mayo 1999 (AS 1709) y Murcia de 31 octubre 2000 (AS 4267).
- 162 STSJ Murcia de 2 septiembre 1997 (AS 3379).
- 163 STSJ Galicia de 26 septiembre 1995, cit. También STSJ Extremadura de 31 marzo 1998, cit.
- 164 Así, STSJ Cataluña de 4 enero 1999, cit.: si el trabajador alega «circunstancias personales resulta evidente que no puede poner en entredicho la necesaria disponibilidad de la colocación, ya que, en caso contrario, haría a los trabajadores en paro en situación de privilegio en relación con los trabajadores en activo y en iguales circunstancias». También stcias. TSJ Extremadura de 28 julio 1994 y 12 febrero 1996 y Cataluña de 16 abril 1998, todas cits.
- 165 STSJ Cataluña de 29 mayo 1998, cit.
- 166 STSJ Cataluña de 14 febrero 1997, cit.
- 167 *Cfr.*, entre otras, stcias. Cataluña (cuatro) de 20 mayo 1994 y 28 abril, 2 mayo y 27 junio 1995, cits., Madrid de 23 enero 1996 y Murcia de 11 noviembre 1999, cits.
- 168 STSJ La Rioja de 14 diciembre 1999, cit.
- 169 STSJ Cataluña de 22 abril 1992, cit. También STSJ Extremadura de 28 julio 1994, cit.
- 170 STSJ Murcia de 31 octubre 2000, cit. También, de igual Tribunal y en iguales términos, sentencia de 29 abril 2002, cit.
- 171 STSJ Cataluña de 28 abril 1995, cit.
- 172 STSJ Andalucía (Granada) de 16 septiembre 1999 (AS 4458).
- 173 *Ibidem*.
- 174 STSJ Castilla y León (Burgos) de 4 diciembre 1997 (AS 4569), según la que el mencionado retraso «no puede dejar sin efecto la justificación de la causa para rechazar el empleo ofertado».
- 175 STSJ Castilla y León (Burgos) de 6 noviembre 1996, cit.
- 176 *Ibidem*.
- 177 *Ibidem*.
- 178 STSJ Murcia de 11 febrero 1998 (AS 97865).
- 179 STSJ Murcia de 2 septiembre 1997, cit.
- 180 STSJ Madrid de 13 julio 1995, cit., en el caso de autos, cuatro meses después.
- 181 STSJ Murcia de 11 febrero 1998, cit.
- 182 STSJ Extremadura de 12 febrero 1996, cit.
- 183 *Cfr.* stcias. TSJ Andalucía (Málaga) de 29 abril 1992, Castilla y León (Burgos) de 23 noviembre 1994 y Galicia (dos) de 10 diciembre 1997 y 19 enero 1998, todas cits. Según la primera, el preparar unas oposiciones, si bien puede generar unas expectativas de colocación, no es causa suficiente para rechazar una oferta de empleo, pues «no se alcanza a comprender la incompatibilidad que puede existir entre realizar un trabajo por cuenta ajena y el opositar» a una determinada plaza.
- 184 STSJ Galicia de 21 enero 1999, cit.
- 185 STSJ Cataluña de 4 enero 1999, cit.
- 186 Así, STSJ Madrid de 18 diciembre 1998, cit., en el caso de autos, el trabajador alegaba estar pendiente de un trabajo con un familiar a cuatro meses vista. También STSJ Murcia de 31 octubre 2000, cit., según la que el desempleado rechaza la oferta alegando «estar a la espera de unos tratos con una empresa», lo que obedece a «una mera situación de conveniencia».
- 187 STSJ Aragón de 3 junio 1998, cit.
- 188 STSJ Extremadura de 28 julio 1994, cit.

- 189 STSJ Andalucía (Granada) de 3 enero 1997, cit.
- 190 STSJ Canarias (Las Palmas) de 26 enero 2001, cit.
- 191 *Ibidem*.
- 192 Así, STSJ Asturias de 3 mayo 1996 (AS 1510), que, sin embargo, reconoce que la Entidad gestora no suele entenderlo así.
- 193 *Ibidem*.
- 194 Así, entre otras, stcias. TSJ Cataluña de 22 enero 1992, cit., Cantabria de 20 mayo 1995, cit. (en el caso de autos, el niño era menor de dos años y medio) y Castilla y León (Valladolid) de 16 diciembre 1997, cit.
- 195 STSJ Asturias de 16 junio 1995 (AS 2541).
- 196 Así, STSJ Cataluña de 16 enero 1998 (AS 547), relativa a un supuesto en que el trabajador no puede acudir a una acción informativa de cuatro horas de duración porque, ese mismo día, cae enfermo. En efecto, el trabajador fue atendido de un «proceso digestivo de náuseas y deposiciones diarreicas con plenitud abdominal y múltiple regurgitación gaseosa», que precisó tratamiento con Primperan.
- 197 STSJ Murcia de 18 mayo 1995 (AS 2090): aunque la normativa de desempleo no contiene previsiones análogas a las del ET (permisos para cuidado de hijos), «es evidente que el carácter tuitivo para la salud del hijo que late en el origen de tales permisos obliga a aplicarlos a los casos de asistencia obligatoria a un curso de formación, con la diferencia del sujeto que exige la presencia».
- 198 Así, CABEZA PEREIRO (*op. cit.*, p. 50): «el nexo que existe entre la previa formación o capacitación del trabajador y los contenidos de las actividades para las que es convocado podrá ser más tenue que en el caso de las ofertas de empleo, sin que dichas actividades deban estimarse inadecuadas».
- 199 STSJ Cataluña de 4 diciembre 1993 (AS 5276).
- 200 *Ibidem*. *Vid.*, también, STSJ Extremadura de 28 junio 1995 (AS 2466): no se acepta el argumento del trabajador relativo a que el curso no era adecuado a su titulación, pues se trata de «una mera opinión» de aquél, «que, de prosperar, dejaría la aplicación de la causa extintiva a (su) simple voluntad».
- 201 STSJ Cataluña de 27 junio 1995, cit.
- 202 STSJ Cataluña de 2 mayo 1995, cit.
- 203 STSJ Galicia de 10 diciembre 1997, cit.
- 204 Sus antecedentes más inmediatos son: a) el RD 396/1996, de 1 marzo, por el que se aprobó el Reglamento General sobre el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas a la seguridad social; y b) el Decreto 1860/1975, de 10 julio, que aprobó el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas a la seguridad social. *Cfr.*, también, artículo 52.2 LISOS.
- 205 *Cfr.* apartado B). 5 RD 1375/1997, de 29 agosto, sobre el traspaso a Galicia de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.
- 206 *Cfr.* STSJ Cataluña de 25 octubre 1993, cit.
- 207 Artículo 48.4.
- 208 Artículos 1.º 3 y 13.2.
- 209 *Cfr.* artículo 17.2 LISOS.
- 210 Así, BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social* (Valencia, 1998), p. 350; MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho administrativo sancionador* (Valencia, 2000), p. 620.
- 211 Aunque el artículo 37.3 RGPIS alude al acta de infracción como medio de inicio del procedimiento sancionador, no falta quien considera que tal acta no procede, pues si el inspector de trabajo conoce el rechazo de una oferta adecuada de empleo, lo que debe hacer no es extender dicha acta, sino poner dichos hechos en conocimiento de la Entidad gestora para que ésta actúe en consecuencia [BENEYTO CALABUIG, D.: *Las infracciones laborales y el procedimiento sancionador* (Valencia, 2000), p. 269; SEMPERE NAVARRO, A. V., CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Derecho sancionador público del Trabajo* (Madrid, 2001), p. 379].
- 212 Sin embargo, en algunas ocasiones se aplicó el artículo 6.º 4 RD 625/1985, de 2 abril, que desarrollaba la Ley 31/1984, de 2 agosto, de protección por desempleo, y se concedió un plazo de diez días [stcias. TSJ Galicia (dos) de 10 diciembre 1997 y 19 enero 1998 y Cataluña de 29 mayo 1998, cits.].
- 213 Artículo 37. 4 RGPIS. También artículo 52. 2 LISOS: «la entidad o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma notificarán los cargos al interesado, dándole audiencia, todo ello con sujeción al procedimiento que reglamentariamente se establezca». *Vide infra*, 2.

- 214 En efecto, así sucede con el expediente sancionador de un representante de los trabajadores [art. 68, a), ET].
- 215 Sobre la competencia de dicho órgano, STSJ Galicia de 19 enero 1998, cit., que niega que corresponda a la Dirección provincial de Trabajo.
- 216 Así, STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 217 STS de 11 diciembre 1992 (Ar. 9051).
- 218 Se reitera, así, lo ya dispuesto en el Reglamento anterior de 1996, que había puesto fin a la controversia judicial hasta entonces existente sobre la jurisdicción competente para revisar las sanciones impuestas en materia de protección por desempleo. En efecto, se entendía competente la jurisdicción social o la contencioso-administrativa, según la sanción hubiese sido dictada por el INEM o la Dirección provincial de Trabajo. *Cfr.* BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 354.
- 219 Artículo 233 LGSS.
- 220 Así, stcias. TS de 10 febrero (dos) y 10 y 24 diciembre 1997 (Ar. 2155 y 2166, 9312 y 9560, respectivamente).
- 221 Sucede lo primero en el caso analizado en STSJ Murcia de 11 noviembre 1999, cit.
- 222 Así sucedió en los casos analizados en las stcias. TSJ Cataluña de 29 mayo 1998 y Murcia de 11 noviembre 1999, cits.
- 223 Artículo 37. 3 RGPIS.
- 224 BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 128.
- 225 Artículo 37. 6 RGPIS.
- 226 BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 353.
- 227 Así, stcias. TSJ Murcia de 2 septiembre 1997, 11 febrero 1998 y 31 octubre 2000, todas ya citadas.
- 228 *Cfr.* RD 575/1997, de 18 abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal, y artículos 1.º a 5.º OM de desarrollo de 17 junio 1997, que deroga el anterior artículo 17. 2 OM de 13 octubre 1967 (según redacción de la OM de 21 marzo 1974). *Vid.* stcias. TSJ Castilla y León (Burgos) de 4 diciembre 1997 y Cataluña de 16 enero 1998, cits.
- 229 Así, STSJ Cataluña de 16 enero 1998, cit.
- 230 *Ibidem.*
- 231 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en el volumen AAVV *Seguridad y salud en el trabajo* (Madrid, 1997), p. 45.
- 232 *Vide supra*, III. 6, B).
- 233 MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El régimen jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000», *JL*, 2001, número extraordinario, p. 185.
- 234 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 16 diciembre 1997, cit.
- 235 STSJ Cantabria de 20 mayo 1999, cit.
- 236 *Cfr.* TORTUERO PLAZA, J. L.: «Infracciones y sanciones», *DL*, 2003-I, núm. 67 (monográfico), pp. 134-135.
- 237 Así, CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 104, para quien la sanción extintiva resulta adecuada especialmente cuando hay reincidencia en la infracción.
- 238 Obligaciones previstas, respectivamente, en las letras d) y g) del artículo 231.1 LGSS.
- 239 *Vid.* letras a) y b) del artículo 231.1 LGSS.
- 240 *Cfr.* TORTUERO PLAZA, J. L., *op. cit.*, p. 131.
- 241 Sentencia de 26 septiembre 2000 (ILJ 1923), dictada en unificación de doctrina.