

El marco jurídico de la activación de los demandantes de desempleo

Jorge TORRENTS MARGALEF

Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.
jtorrents@cps.ucm.es

RESUMEN

En este trabajo se intenta revisar la concurrencia en el ordenamiento jurídico español de cuatro indicadores claves que definen la tendencia actual seguida en otros países europeos sobre la potenciación de la incorporación lo más pronta posible de los desempleados en una ocupación. Para ello, se analiza someramente el régimen legal de las modificaciones introducidas para activar a las personas beneficiarias de la protección de la Seguridad Social, concluyendo con los efectos asociados a la contractualización de la prestación por desempleo.

Palabras Clave: Activación; desempleo; contractualización, work first.

Legal framework of activation for unemployed people

ABSTRACT

This article attempts to observe the concurrence within the Spanish legal system of four keys indicators which define the current trend applied in some European countries in order to quicken the incorporation of unemployed into the labour market. In that sense, it slightly analyses the legal regime of the modifications introduced to activate people receiving economic protection from Social Security, to conclude with the effects related to the contractualisation of unemployment benefits.

Key words: Activation; unemployed; contractualisation; work first.

REFERENCIA NORMALIZADA

TORRENTS MARGALEF, J. 2006. «El marco jurídico de la activación de los demandantes de desempleo». *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 24, num. 2, 2006.

Sumario: 1. La dotación presupuestaria destinada a las políticas activas de empleo. 2. Las reformas en la prestación por desempleo. 3. Un elemento de condicionalidad: el compromiso de actividad. 4. La obligación de aceptar una colocación adecuada. 5. La función activadora del régimen sancionador 6. Conclusión: La contractualización de la prestación por desempleo. 7. Bibliografía.

Si se observa lo que ocurre en el contexto europeo con respecto a la activación de los demandantes de empleo, se constata que se está produciendo una tendencia que incide en ocupar lo antes posible a los desempleados, sin atender sus cualificaciones profesionales o el tipo de empleo que demandan. Este modelo que potencia el acceso al mercado de trabajo se contrapone a otro, cuya esencia está en el desarrollo de los recursos humanos (Lodemel 2001), y que prioriza el desarrollo de las actitudes sociales y las capacidades de inserción en el mercado laboral, de manera que se dota a los individuos de las aptitudes para la búsqueda y mantenimiento de un trabajo adecuado. El modelo de desarrollo del capital humano es considerado, por tanto, como la principal alternativa para proveer la asistencia necesaria a los demandantes de empleo con el objeto de alcanzar un resultado laboral positivo. También, se ve como una inversión social, pues la meta primordial es apoyar a los receptores de prestaciones sociales en el aumento de sus niveles formativo y de destrezas, con carácter previo a las actividades de búsqueda de empleo. De ahí que no plantee el empleo como un objetivo a alcanzar a corto plazo, sino que enfatiza en transiciones laborales duraderas como una perspectiva a largo plazo.

Por el contrario, la meta de las otras políticas —las que parten de la premisa de que cualquier trabajo es mejor que no tener ninguno— no es asegurar una trayectoria profesional a largo plazo, sino reforzar la creencia de que cualquier trabajo puede funcionar como pasarela de inserción laboral, sin importar lo precaria que pueda ser esta ocupación. Esto significa que, como cualquier trabajo es válido, la adecuación no se mide con el grado de correspondencia con las cualificaciones que los demandantes de empleo tenían antes de encontrarse desempleados. En términos prácticos, desde este enfoque, la determinación de realizar la transición hacia estos trabajos «adecuados» se alcanza también con la activación de los receptores de asistencia social, transformándolos en demandantes de empleo. Para lograr estos objetivos, no se duda en recurrir a los regímenes de infracciones y sanciones, lo que deja entrever un doble trasfondo detrás de este planteamiento. Por un lado, la colaboración del demandante de empleo tiene un fuerte carácter obligatorio, con lo que se elimina cualquier vestigio de confianza en el desempleado; por otro, existe un cierto vínculo con la consideración de la teoría económica neoclásica de maximización de la utilidad individual según la cual los demandantes de empleo intercambiarían oportunamente el tiempo libre financiado por la asistencia social y los ingresos del trabajo.

Para examinar hasta qué punto se está ante un sistema de protección por desempleo que sigue una tendencia de este tipo, se pueden usar cuatro indicadores cuya concurrencia ayuda a manifestar la presencia del principio de la pronta incorporación al mercado de trabajo (también conocido como *Work first*): 1) La partida presupuestaria asignada a los programas de políticas activas, así como su composición (de manera que una reducción de los recursos destinados a las acciones a largo plazo o un aumento en las acciones de formación para la búsqueda de empleo suponen una confirmación de la apuesta de actuación en el corto plazo típica de *Work first*). 2) Un sistema de prestaciones por desempleo

más estricto. 3) Una definición más dura de oferta de trabajo adecuado. 4) Las sanciones como elemento sustancial para la activación de los desempleados.

Conviene, por tanto, comprobar si se encuentran estos elementos en la prestación del sistema de Seguridad Social español.

1. LA DOTACIÓN PRESUPUESTARIA DESTINADA A LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

No es necesario insistir para apreciar, a la vista de los documentos de la Estrategia Europea para el Empleo (EEE) en los que se revisa la actuación de la política de empleo de nuestro país que, en este aspecto, se produce una evolución contraria a las tendencias típicas de Work first. Así, en el informe español sobre la evaluación de impacto de 2002 se subrayaba que el gasto en política de empleo, durante el primer período de la EEE, había aumentado en un factor de 1.5 y que la mayor parte había ido destinada a las políticas activas (VV.AA. 2002, 5). El Informe Conjunto de 2004-2005 recogía el avance en España de la actuación encaminada a aumentar la cobertura de las medidas activas del mercado de trabajo para las personas jóvenes y en paro de larga duración¹. Es bien sabido que desde la primera fase de la EEE se viene insistiendo en la idoneidad de las intervenciones con estos dos colectivos de desempleados, puesto que son los que más dificultades tienen para encontrar trabajo y más posibilidades de estancarse en el desempleo. En el balance de 2005-2006, la Comisión europea (2006)² aplaude que en España se considere una clave prioritaria el incremento de la inversión en capital humano a través de la mejora de la educación y las aptitudes profesionales. Pero, también, destaca que, mientras que el alto nivel de desempleo juvenil aparece también entre las prioridades, el programa de actuación se basa en políticas ya existentes y no se presentan nuevas medidas. Es más, si se tienen en cuenta los datos de la inversión en políticas activas en España en relación con PIB, se observa que el porcentaje ha ido paulatinamente descendiendo desde el año 2000.

2. LAS REFORMAS EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Tomando el criterio utilizado por Van Berkel (2005), para observar con más claridad si ha habido una reforma orientada hacia la activación del sistema de protección por desempleo, se puede disgregar entre los cambios surtidos en la

¹ Joint Employment report 2004-2005. Addendum 1. Puede consultarse en http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/report_2004/annex1_20045_1_en.pdf

² Documento consultado en http://europa.eu.int/growthandjobs/pdf/2006_annual_report_spain_en.pdf

política formal —esto es, la regulación de la prestación— y las transformaciones operadas en la política institucional.

A. Modificaciones del régimen jurídico-formal de la prestación.

Se dice que la época dorada en el campo de la protección por desempleo en España fue en 1992, cuando el 82% de los parados recibían prestaciones económicas y se estaba en el momento de mayor crecimiento del esfuerzo en las políticas de activación (Guillén et al. 2002). Pero justo en aquel mismo año se lanza una reforma restrictiva del régimen legal de la prestación, que conllevó una marcada reducción del gasto público destinado a esta protección hasta situarlo a niveles medios de la UE.

En mayo de 2002, el Gobierno consideró que era urgente la adopción de medidas que mejoraran el funcionamiento del mercado de trabajo español, basándose en el cambiante escenario de la economía internacional y la necesidad de incidir en una situación de paro elevada. Sin embargo, la confrontación social que provocó esta reforma causó que se variara parcialmente su contenido en la convalidación por parte del Parlamento de la acción normativa del Gobierno. De ello resultó aprobada, ya en el mes de diciembre, la Ley 45/02, que introdujo nuevas redacciones en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y que son las que en la actualidad regulan el derecho a la percepción de prestaciones por desempleo.

En la Ley 45/02 se exponía claramente que tanto la Estrategia Europea de Empleo como las Directrices sobre Empleo anuales vienen insistiendo en que los países de la Unión Europea deben organizar la protección por desempleo de manera que, junto con las prestaciones económicas necesarias para afrontar las situaciones de paro, los poderes públicos den oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible. La Ley afirma que este principio constituye el eje de referencia en la protección frente al desempleo, y que ha sido refrendado en las Conclusiones del Consejo Europeo. Con respecto a la activación, a parte de la obligación de suscribir un compromiso de actividad y la reformulación del concepto de colocación adecuada —ambos puntos se tratarán más adelante—, aquella Ley añade tres medidas: a) Los beneficiarios de prestaciones por desempleo no estarán obligados a participar en acciones de mejora de su ocupabilidad durante los cien primeros días del cobro de su prestación, pues se entiende que sus capacidades para encontrar un empleo están todavía intactas, con lo que podrán ponerlas en práctica por sí mismos, sin ayuda, si así lo desean, de otro tipo de acciones del Servicio Público de Empleo. En cualquier caso, todas las acciones estarán a su disposición. b) Se favorece que aquellos desempleados mayores de cincuenta y dos años beneficiarios de cualquier subsidio por desempleo puedan compatibilizar voluntariamente una parte del mismo con el trabajo por cuenta ajena, permitiendo así acumular períodos de cotización y recuperar carreras de seguro teniendo en un futuro una mejor pensión de jubilación. c) Todos aquellos beneficiarios de prestaciones que

deseen trabajar en otros lugares con mejores oportunidades de empleo dispondrán de ayudas para facilitarles la movilidad geográfica.

El régimen se ve afectado en algunos aspectos, como el nacimiento del derecho a la prestación pasa a estar condicionado al disfrute previo de las vacaciones anuales si aún están pendientes antes de la situación de desempleo, o que también se varió el momento inicial de dicho nacimiento para los supuestos de despidos improcedentes. No obstante, los cambios no han sido tan trascendentes como los operados en otros países del entorno europeo.

B. Transformaciones de política operativa.

La antigua Ley Básica de Empleo de 1980, en vigor durante algo más de 23 años, se caracterizaba —además de por la obvia diferente situación socioeconómica, tecnológica y de organización territorial del Estado en la que se aprobó— por el hecho de que la implantación de las políticas activas era muy moderada, mientras que la protección por desempleo era concebida exclusivamente como prestación económica en las situaciones de falta de trabajo. Por eso, a finales de diciembre de 2003 se aprueba una nueva Ley de Empleo (LE) que intenta dar respuesta a diversos factores que han afectado al mercado de trabajo a lo largo de esos años, siendo consciente de que tanto la globalización de la economía como el progreso de integración europea ya no permiten pensar y actuar sólo en clave nacional. En esta ley se marca el objetivo de ofrecer a los desempleados una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo, con especial atención a los colectivos desfavorecidos, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no-discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios. También se asienta que las políticas de empleo deben funcionar como instrumentos incentivadores para la incorporación efectiva de los desempleados al mercado de trabajo, estimulando la búsqueda activa de empleo y la movilidad geográfica y funcional. Hay tres ámbitos en los que se contemplan relevantes novedades:

a) La regulación de la coordinación institucional para la aplicación de la Estrategia Europea de Empleo. A grandes rasgos, hay que decir que es competencia de las Comunidades Autónomas el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de las políticas activas de empleo, mientras que el Estado mantiene la gestión y el control de las prestaciones económicas por desempleo. Por lo tanto, se deberán desarrollar sistemas de cooperación entre los dos niveles territoriales a los efectos de garantizar la coordinación entre las políticas activas y las prestaciones por desempleo.

b) La regulación de las políticas activas. La ley establece que la articulación de los servicios y políticas activas en favor de los desempleados se ordenará por los servicios públicos de empleo en un itinerario de inserción laboral individualizado, en colaboración con el demandante de empleo y en función de las circunstancias profesionales y personales de éste. Incluso, cuando sea necesario para los

colectivos más desfavorecidos, los servicios públicos de empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención al desempleado.

Ahora bien, en contrapartida, los demandantes de empleo deberán participar, de acuerdo con lo establecido en sus itinerarios de inserción laboral individualizados, en las políticas activas de empleo, con la finalidad de mejorar sus oportunidades de ocupación.

c) La regulación de la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo. En esta cuestión, además de la necesaria coordinación institucional entre los servicios estatal y autonómicos, el art. 27 LE señala tres obligaciones para los perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo: inscribirse como demandantes de empleo, tener plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y participar en acciones de las políticas activas determinadas en su itinerario. Sin embargo, esta mención resulta superflua, ya que dichos deberes están regulados con más amplitud en la Ley General de Seguridad Social, como se verá en seguida.

3. UN ELEMENTO DE CONDICIONALIDAD: EL COMPROMISO DE ACTIVIDAD

En España, la pretensión de la Ley 45/02 fue reforzar, mediante la reforma del texto de la LGSS, la implicación de los desempleados en la búsqueda activa de empleo a través de la formalización de un «compromiso de actividad». Aunque a primera vista pudiera parecer que la regulación de esta figura suponía una noción absolutamente novedosa en nuestra legislación de Seguridad Social, lo cierto es que no fue tan original. Este compromiso ya se extraía de la regulación de la prestación por desempleo vigente hasta entonces.

También se especuló mucho sobre cuáles podrían ser los objetivos reales de la introducción del compromiso (Torrents 2003). Desde luego, deben quedar descartadas de antemano causas tales como las relacionadas con el fraude por parte de los beneficiarios (puesto que el porcentaje de prestaciones por desempleo con algún tipo de incidencia era muy bajo: un 3,2% de media mensual) o como la situación económica deficitaria de la prestación (la evolución económica favorable de la prestación por desempleo se traduce en un superhábit, de cuyo remanente se costea parte de la ejecución de las políticas de empleo). La verdadera influencia en la aprobación de esta medida se encontraba en la necesidad de traspasar al ordenamiento interno español las líneas marcadas en las directrices de empleo europeas que, desde el principio, han venido recalcando que los Estados miembros deben acentuar el peso de las políticas activas de empleo, de manera que se den oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible. Pero la consecución de este objetivo exige, efectivamente, una actitud de disponibilidad por parte de los trabajadores en paro, de manera que el tránsito en los períodos de desempleo sea lo más breve posibles. Ahora bien, como se comentará más ade-

lante, también es imprescindible que se produzcan los pertinentes cambios en los servicios públicos de empleo (Aragón et al. 2005).

En la legislación de Seguridad Social, es una definición clásica de beneficiarios de las prestaciones por desempleo aquellas personas que «pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo». Por tanto, sólo se concede la protección social a aquellos desempleados que posean la voluntad de trabajar. Con la regulación anterior, esta voluntariedad se desprendía de la inscripción como demandantes de empleo y la consiguiente obligación de aceptar una oferta de trabajo adecuada cuando le era presentada posteriormente al desempleado por los servicios de empleo. Sin embargo, el legislador optó en el año 2002 por controlar de una manera más concisa esta disponibilidad del parado, y ahora se le requiere que acredite que quiere buscar activamente empleo y que aceptará una colocación adecuada por medio de la suscripción del compromiso de actividad.

A. Ámbito del compromiso de actividad y personas obligadas.

El art. 231.2 LGSS establece que por este compromiso se entiende «el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo». Si se hace una comparación con la regulación anterior a la reforma de 2002, hay que volver a decir que el compromiso de actividad no supone ninguna novedad, más allá de lo que es la exigencia de su materialización por escrito en un documento. De este modo, lo que se quiere es asegurar que el desempleado manifieste fehacientemente cuál es su conducta interna con respecto a su disposición a reincorporarse lo antes posible a la vida activa laboral. Así, actúa la presunción legal de que aquellos desempleados que no firmen el citado documento no quieren trabajar, y por tanto no son objeto de protección por el Sistema de Seguridad Social (art. 208.2 LGSS).

La firma del compromiso se exige, por parte de la LGSS, a todas las personas que entren en uno de estos tres grupos: i) los solicitantes y beneficiarios de prestaciones contributivas; ii) los solicitantes y beneficiarios del subsidio por desempleo; iii) los solicitantes como beneficiarios del programa de Renta activa de inserción. Por tanto, no se exige el compromiso de actividad a todos los demás demandantes de empleo; es decir, a casi la mitad de los desempleados que están inscritos en los servicios públicos de empleo y que no perciben ninguna prestación económica. Para estas últimas personas, la simple inscripción como desempleados es suficiente para darles derecho a la participación en acciones incluidas en las políticas activas, pues quedan al margen de la protección que otorga el marco de la Seguridad Social. Ahora bien, una vez que figuran como inscritos, estos demandantes de empleo deberán participar en las políticas activas de empleo, con la finalidad de mejorar sus oportunidades de ocupación, como expresión de la obligación prevista por el art. 24 de la Ley de Empleo.

B. La participación obligatoria en las políticas activas.

Cuando el legislador presentó la Ley 45/02, aseguraba que el compromiso de actividad sería un elemento encaminado a facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, y que sería un instrumento por medio del que el desempleado, desde el inicio de la prestación económica, tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo «determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo». Sin embargo, una vez que se leen atentamente los artículos de la ley, se aprecia algo totalmente distinto, pues ese compromiso aparece como el complicado entramado de obligaciones que se acaba de describir.

Antes de continuar, conviene subrayar algo muy obvio: la importancia que debe otorgarse a los proyectos profesionales. Son el instrumento en el que los demandantes de empleo tienen que conjugar una triple reflexión: sobre su presente, sobre el futuro que desean y, por último, sobre los medios que precisan para conseguirlo. Ahora bien, no existirá proyecto en tanto que el individuo no sea capaz de explicitarlo por sí mismo y desarrollar sus competencias o habilidades. Es necesario, por tanto, un papel preeminente y activo del demandante de empleo, al que se le podrá y deberá acompañar con acciones específicas para ayudarle a descubrir la mejor forma de realizar e implementar sus potencialidades. La meta del proyecto personal está fijada en la adecuada inserción del demandante en el mercado laboral o, con mayor precisión, en la consecución de un empleo adecuado. Pero para ello, los desempleados deberán seguir su propio camino; y al ser el itinerario distinto para cada individuo, también será múltiple la articulación de las distintas acciones, medidas y fases que los componen.

La Ley 45/02, al modificar la LGSS, contempló esta necesidad de que los demandantes de empleo tengan un itinerario profesional. Sin embargo, lo hizo sin aportar una noción clara de en qué consiste y lo ubicó entre las obligaciones para los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, en unos términos que distan mucho de lo que es la esencia del planteamiento de los itinerarios de inserción. Lo normal es que el itinerario se inicie con el conocimiento del perfil de las aptitudes personales y profesionales de cada individuo —normalmente a través de una entrevista—, y en cuyo diseño debe desempeñar un papel importante el propio desempleado. Pero de la ley se desprende que son los servicios públicos de empleo los que determinan el contenido del itinerario de inserción.

Es muy curioso como, contrariamente a lo anterior, la misma Ley 45/02 sí que previó, para los beneficiarios del Programa de Renta Activa, que cada participante y su tutor de empleo «establecerán un diagnóstico de la situación del demandante y, en su caso, el itinerario personal de inserción laboral más apropiado con el calendario y las actividades a desarrollar». Esto equivale a que el legislador ya conocía bien cuál es la lógica de la dinámica de los itinerarios de inserción. Por tanto, también está claro que lo que quería hacer —e hizo— fue configurar un régimen más restrictivo para las personas desempleadas que sean perceptores de prestaciones o subsidios económicos, que se ven obligadas a comprometerse a participar en las acciones que los servicios públicos les determinen.

La reforma legislativa de 2002 pretendió acercarse a toda costa al cumplimiento de los requerimientos de la Estrategia Europea de Empleo, especialmente en lo que respecta al tratamiento del paro de larga duración. Sin embargo, en los medios para alcanzar estos fines, la Ley 42/02 aumentó la discrecionalidad de los poderes públicos en su actuación encaminada a intentar que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible.

En consecuencia, los trabajadores perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo no participan en la determinación de su itinerario de inserción, viéndose compelidos de antemano a suscribir un compromiso por el que deben aceptar las actuaciones que más adelante les asignen los servicios públicos de empleo. Hubiera sido más coherente que o bien se previera en el compromiso de actividad la plena participación del propio interesado en el diseño de su itinerario de inserción, o bien que antes de firmar el documento se presentaran al desempleado los términos en los que los servicios públicos determinarían su itinerario de inserción. Como no ocurre de ninguna de las dos maneras, deben establecerse los cauces para que el trabajador pueda plantear objeciones fundadas frente al itinerario que le es impuesto; entendiéndose en todo caso que una causa justificada del incumplimiento del compromiso de dedicación será el hecho de que aquel itinerario perjudica o tiene poco en común con el proyecto profesional del trabajador desempleado. Incluso cabe cuestionarse la posibilidad de exigir responsabilidades a la Administración por la imposición unilateral de itinerarios de inserción incompatibles con las aptitudes y perspectivas profesionales de estos trabajadores.

La más reciente Ley de Empleo también basa el enfoque preventivo de las políticas activas en los itinerarios de inserción. Por eso, afirma que la articulación de la actuación de los servicios públicos de empleo se ordenará en un itinerario de inserción laboral individualizado, en colaboración con el demandante de empleo, de acuerdo con sus circunstancias profesionales y personales. A partir de ahí, todas las medidas de las políticas activas que se determinen dentro del itinerario individualizado pasan a ser obligatorias para el desempleado (sea o no perceptor de protección económica de la Seguridad Social). Ahora bien, esta ley tampoco indica el procedimiento de determinación del itinerario ni la manera en que la persona afectada puede participar. Ni siquiera más de dos años después de su entrada en vigor se han desarrollado estos aspectos tan fundamentales.

4. LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR UNA COLOCACIÓN ADECUADA

Otra obligación incluida en el compromiso de actividad es aceptar una colocación adecuada cuando le sea ofrecida al desempleado por los servicios de empleo. Si bien ya existía una obligación de parecido carácter en la anterior redacción de la LGSS, la Ley 45/06 introdujo importantes novedades en su regulación (Sobrino 2003). Resultado de ello, el art. 231.3 LGSS construye el actual término de colocación adecuada sobre cuatro pilares:

a) *Criterios profesionales* que afectan al trabajo que se ofrece al desempleado. Desde este componente, la LGSS señala que «se entenderá por colocación

adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas».

El primer comentario a resaltar es el hecho de que el demandante de empleo está obligado a aceptar la oferta de trabajo que se corresponda con la profesión que figura inscrita en los servicios de empleo. La mención que de esta opción hace la norma es claramente lógica, aunque lo que no establece es cómo se actuará, en orden de prioridades, en el habitual caso de que en el expediente del desempleado consten varias profesiones. Por eso la ley recoge que también es adecuada una oferta que se corresponda con la profesión que ha sido habitual en el trabajador. Este aspecto de la habitualidad ya venía funcionando antes de la reforma de 2002, si bien su interpretación por los tribunales había sido muy problemática. Por ejemplo, no se llegó a considerar como profesión habitual la ejercida en un trabajo por más de dieciocho meses; o incluso el Tribunal Supremo dictaminó que la habitual no era la última profesión realizada por el desempleado, sino que debía considerarse como tal otra anterior que el trabajador había ejercido durante más tiempo. Para paliar este tipo de problemas, la ley especifica que, en todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses.

La presunción que lleva a cabo la LGSS, según la cual la habitualidad equivale al último trabajo de más de tres meses, puede colisionar frontalmente con valores jurídicamente protegidos —incluso a nivel constitucional— como son los propios intereses profesionales del trabajador. El hecho de que, por la razón personal que sea, un trabajador hubiera aceptado en los últimos meses anteriores al paro un trabajo de una profesión muy inferior a la que le corresponde según su formación, le marcará significativamente a la hora de tener que aceptar en un futuro una profesión inapropiada a su nivel de cualificaciones o a sus expectativas profesionales. En un sentido muy gráfico, podría decirse que jóvenes abogados o médicos que transitoriamente hubieran prestado trabajo en comercios o panaderías se pueden ver condenados en un futuro por los servicios de empleo a ser cajeros o panaderos.

A esa misma conclusión llegarían los comentarios que se pueden hacer sobre el otro factor por el que la LGSS considera que un empleo será adecuado, y que es cuando una colocación ofrecida al trabajador desempleado se ajusta a sus aptitudes físicas y formativas. Es decir, estará obligado a aceptar cualquier trabajo presentado por los servicios de empleo, con la excepción de los casos en los que el desempleado tenga manifiesta imposibilidad física o insuficiente preparación técnica para desempeñarlo.

Pero si de por sí es amplia esta configuración del concepto de colocación adecuada, la ley ha llevado hasta un límite exacerbado la discrecionalidad de la Administración, pues establece 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.»

b) Criterios referidos a las *condiciones geográficas del trabajo*, donde se combinan distancia y tiempo de desplazamiento. En virtud de ellos la LGSS entiende que una colocación será adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por 100 del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo.

c) *Condiciones contractuales*, laborales y salariales. En cuanto a las características del tipo de contrato que se le ofrece, la ley tiene en cuenta, para que la colocación que se ofrezca al trabajador sea adecuada, la duración del trabajo — es decir, si es una relación laboral indefinida o temporal— o de la jornada de trabajo —esto es, a tiempo completo o parcial—. Además, para entenderse adecuada, dicha colocación deberá implicar un salario equivalente 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. En ningún caso el salario podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados los gastos de desplazamiento.

d) *Circunstancias* relativas a la *persona* del desempleado. Por último, la ley introduce un elemento modulador en la determinación de la adecuación de una ocupación, de manera que, para la aplicación de lo previsto en los párrafos anteriores, los servicios públicos de empleo tendrán en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado. Junto a ellas, también se valorarán la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, 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.

Vistos los términos de esta obligación, se podría admitir que la actitud de los desempleados en la búsqueda de ocupación debe ser responsable, al igual que la postura de los sujetos que pretenden asentarse en el sistema de protección por desempleo no es compatible con los principios de solidaridad social. Pero igualmente se podría reflexionar sobre si la implicación activa de los desempleados puede dilatarse tanto por los poderes públicos hasta el extremo de obligar la aceptación de un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental que tiene el trabajador a que se respete su profesionalidad.

5. LA FUNCIÓN ACTIVADORA DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

La lógica del sistema de infracciones y sanciones ya existía antes de la reforma de 2002, si bien la Ley 45/02 introdujo unas modificaciones con las que se pretendía dar una mayor seguridad jurídica a los desempleados. A partir de entonces se brindan más oportunidades a los desempleados que cometen infracciones

antes de aplicarles la sanción máxima por la que se extinguen sus prestaciones económicas. El régimen sancionador es distinto en función de que se reciba o no protección por desempleo de la Seguridad Social.

1) La principal atención de la legislación a la hora de activar a los desempleados se dirige hacia aquellos que perciben protección económica de la Seguridad Social. Ello se ve claramente tanto en la LGSS (que ignora totalmente al colectivo de personas que no percibe prestaciones) como en la más reciente Ley de Empleo. Las infracciones se gradúan en leves, graves y muy graves, pero los incumplimientos de las obligaciones relacionadas con el compromiso de actividad se encuentran en los dos primeros grupos:

a) De manera general, se establece que es una infracción leve el hecho de no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, a no ser que estén tipificadas como otras infracciones leves específicas (cual sería el caso de no comparecer ante los servicios de empleo cuando fueran requeridos, o no devolver el justificante de haber comparecido a las citas para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los servicios de colocación, públicos o privados sin ánimo de lucro) o como otras infracciones graves. Las sanciones que se aplicarán a los desempleados es la pérdida de las prestaciones económicas según la siguiente escala:

- La primera infracción supondrá la pérdida de un mes de prestación
- La comisión de una segunda infracción equivale a 3 meses de prestación perdidos
- La tercera infracción implica 6 meses de prestación menos
- La cuarta infracción leve supondrá la extinción del derecho a protección económica.

Esta escala se aplicará siempre que no haya transcurrido más de un año entre una infracción leve y otra. Es decir, que el paso de 365 días desde la última infracción deja la cuenta a cero.

b) Por otro lado, se consideran infracciones graves dos tipos de comportamientos: i) cuando el desempleado rechaza una oferta de empleo adecuada; ii) cuando se niegue a participar en las acciones de las políticas activas o en trabajos de colaboración social. Las sanciones que se les impondrá es acorde con este baremo:

- La primera infracción grave comporta la pérdida de tres meses de prestaciones.
- La segunda 6 meses
- Con la tercera se extingue el derecho del desempleado.

Igualmente, se considera que hay esta reincidencia cuando entre una falta grave y la siguiente no medien más de 365 días.

2) Para el otro grupo de solicitantes de empleo, los que no perciben protección económica, las normas de la reforma de 2002 no dejaban claro si estaban obligadas o no a suscribir un compromiso de actividad. Sin embargo, a partir de 2004 entró en vigor una nueva modificación del régimen sancionador de la que

sí se desprende con claridad que estas personas no están legalmente obligadas a firmar el compromiso. No obstante, la ausencia de dicho documento no impide que estos desempleados queden sometidos a parecidas obligaciones, cuyo incumplimiento acarrea las correspondientes infracciones.

Son infracciones leves dos hechos: la incomparecencia ante los servicios de empleo cuando fueran requeridos, y la no devolución del justificante de haberse presentado a las citas para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los servicios de colocación. Por otro lado, se consideran infracciones graves tanto el rechazo de una oferta de empleo adecuada como la negativa a participar en las medidas de las políticas activas ofrecidas por los servicios de empleo. Pero está claro que aquí el castigo a aplicar no puede tener relación alguna con la pérdida de mensualidades de prestaciones económicas, por lo que la sanción prevista consiste en cambiar la situación administrativa de la demanda de empleo de la persona afectada. De modo que ante un incumplimiento leve su demanda pasa a la situación administrativa de baja durante un mes, mientras que en los casos graves permanecerá en baja a lo largo de tres meses.

Los efectos de la baja suponen que en esta situación los demandantes de empleo no participarán en procesos de intermediación laboral ni serán beneficiarios de las acciones de mejora de la ocupabilidad contempladas en las políticas activas de empleo. No obstante, cuando estas personas trabajen y queden en paro, podrán inscribirse nuevamente en el servicio público de empleo y, en ese caso, solicitar las prestaciones y subsidios por desempleo si reúnen los requisitos exigidos para ello.

Como se ha dicho, si se compara con el que estaba vigente con anterioridad, el actual régimen sancionador es más flexible, al tolerar una mayor reincidencia antes de aplicar la pena máxima.

6. CONCLUSIÓN: LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Las obligaciones comprendidas en el compromiso de actividad introducido en España en 2002 no son nuevas. Por ello, desde un planteamiento «deseable», se podría decir que la utilidad del compromiso deberá recaer en la función integradora de todas las facetas pertenecientes a la búsqueda de ocupación que afectan a cada uno de los desempleados, ejerciendo de garante de los derechos profesionales derivados de sus proyectos personales, plasmados en los respectivos itinerarios de inserción, frente al incremento de las facultades decisorias de la Administración; para ello será imprescindible contar con la participación de los demandantes de empleo en la determinación de su itinerario de inserción, ya que lo contrario significaría depender en última instancia de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, en el modelo legal la suscripción del compromiso se ha convertido en una auténtica obligación jurídica previa a la adquisición del derecho a la protección por desempleo, de modo que si el solicitante de la prestación no lo firma, la LGSS entiende que ese trabajador no se encuentra legalmente en

una situación de desempleo. De aquí se desprenden dos rasgos que caracterizan al marco normativo de la protección por desempleo: su doble dimensión contractualizadora y disciplinaria.

Al tener que manifestar su voluntad previa a comprometerse a cumplir unas obligaciones de determinado comportamiento, se está produciendo un rasgo típico de la contractualización en la actual prestación de la Seguridad Social. Ahora bien, la suscripción de esta especie de contrato debería implicar también para el desempleado una serie de derechos que la ley no contempla; es decir, se trataría de las obligaciones para la contraparte del contrato, que no es otra que los servicios públicos de empleo. Por tanto, aunque no hay un reconocimiento expreso en la norma, el compromiso de actividad debe ir acompañado del derecho de los beneficiarios a que se pongan a su disposición los medios necesarios y adecuados para su efectiva inserción laboral. Tanto la Ley 45/02 como la Ley de Empleo han previsto la dotación de medios humanos y materiales adecuados para que los servicios públicos puedan atender convenientemente a los ciudadanos desempleados, pero ya se sabe que por el momento muchos de estos aspectos esenciales permanecen aún sin desarrollarse.

Ligado a la contractualización, hay un cierto rasgo disciplinario en la regulación de la prestación por desempleo. Se manifiesta en la prevalencia que la ley concede a la plena disposición a trabajar por encima del derecho que el desempleado tiene a percibir una prestación que realmente le corresponde por haber contribuido con sus cotizaciones. Pero, contrariamente a lo que ocurre en el Convenio nº 44 OIT —donde se reconoce al desempleado el derecho al rechazo de una medida inapropiada—, el legislador español ha optado por obligar a los desempleados a la aceptación. La contractualización y el cambio del sentido de las obligaciones producen jurídicamente un ruptura importante en la lógica de la Seguridad Social española, al difuminar el vínculo entre la pérdida involuntaria del empleo y la protección de la situación de necesidad que de ella se deriva mediante la correspondiente prestación económica.

Si se acepta que la predisposición contractualizadora de la prestación por desempleo española conecta con la reorientación de los sistemas de protección social a nivel internacional, hay que preguntarse, llegados a este momento, si las modificaciones introducidas se dirigen hacia las tendencias de *Work first* dominantes en otros países de nuestro entorno. Para conocer la respuesta es necesario saber si los cambios producidos vienen dispuestos en la dirección de los cuatro criterios definidores de esa tendencia que se han expuesto más arriba. Se puede decir que uno de dichos indicadores no concurre en el caso español, pues —al menos hasta el momento— no se ha experimentado un descenso drástico de recursos públicos destinados a las políticas activas para los desempleados de larga duración. En cambio, los otros tres indicadores sí se han materializado: se ha reformado la regulación de la prestación por desempleo, se ha redefinido el concepto de trabajo adecuado y se ha retocado el régimen sancionador. No obstante, estos cambios formales no han conllevado, con respecto a la situación material anterior a las reformas, las transformaciones de trascendencia que han sufrido otros países. Pero los cambios de rumbo no tienen que ser siempre por

medio de virajes bruscos, sino que pueden realizarse paulatinamente. Por ejemplo, no es indispensable una nueva reforma normativa en el caso de que las autoridades quisieran que el sistema de prestaciones por desempleo español fuera más riguroso, sino que bastaría con que dotaran a los servicios de empleo de más recursos para aplicar las herramientas sancionadoras previstas en la ley.

A pesar de todo, la apuesta por la opción política de priorizar la colocación más rápida en el mercado laboral no está exenta de dificultades. Concretamente, habría que destacar tres. En primer lugar, las políticas de activación de bajo coste típicas de Work first sólo son viables si se desarrollan en un contexto en el que el mercado de trabajo es fuerte, capaz de ofertar posibilidades de empleo sostenibles. A veces se aprecia una reticencia entre los actores políticos en aceptar que la empleabilidad de las personas requiere una actuación tanto desde el lado de la oferta como de la demanda. Es así que el problema de desempleo de ciertas áreas refleja una dificultad de la debilidad de la demanda de empleo local, que no puede ser solucionada sólo con políticas dirigidas únicamente al lado de la oferta de mano de obra (Lindsay 2006).

El segundo problema está ligado al criterio selectivo que se aplica a las políticas de activación. El enfoque Work first, encaminado a incentivar la obtención de cualquier trabajo lo antes posible, puede comportar importantes problemas de segmentación entre los desempleados; esencialmente por considerar que algunos merecen mejor atención mientras que otros quedan prácticamente relegados de ella. El efecto elitista no viene causado sólo por las pautas selectivas, sino que la dinámica que se desprende de la lógica de las políticas de activación de bajo coste engendra un tercer orden de problemas, que tienen que ver con la calidad del trabajo que se consigue: a) Se detecta una creciente contrariedad para los desempleados con bajas cualificaciones y los de larga duración, que consiste en que su participación en los programas adopta el sentido de «puerta giratoria». Significa que dichas personas rotan sucesivamente entre trabajos precarios y de baja remuneración, el desempleo y la inactividad. b) Los enfoques de Work first encierran el peligro de acentuar la exclusión social. Aunque la vía del trabajo es una solución para la inserción social, lo cierto es que la preponderancia de la escasa remuneración y la eventualidad de la actividad profesional aumentan a la larga la formación de una clase social de trabajadores pobres (Barbier 2006). c) Hay una progresiva pérdida de capacidades de la sociedad en su conjunto, tanto por el desaprovechamiento del potencial de los trabajadores como por la reducción de los fondos presupuestarios destinados a la formación que se desprende de la subcontratación de los servicios de activación (Bruttel y Sol 2006).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, Jorge; ROCHAS, Fernando; SANTANA, Ana; TORRENTS, Jorge
2005 «El compromiso de activación y las políticas de empleo en España»,
paper presentado en el Seminario «Activation policies and labour
market regimes», organizado por ETUI. Bruselas, 7 de febrero

BARBIER, Jean-Claude

2006 «The French activation strategy in a comparative perspective», en *Reshaping welfare states and activation regimes in Europe*, Amparo Serrano Pascual, ed. Próxima publicación. Bruselas: Peter Lang.

BRUTTEL, Oliver y SOL, Els

2006 «Work first as a European model? Evidence from Germany and the Netherlands», en *Policy & Politics*. Vol 34. Núm. 1, pp. 69-89

COMISIÓN EUROPEA

2006 *Time to move up a gear. Country chapters. Part 2*. Communication from the Commission to the Spring European Council. Bruselas, 24.1.2006.

GUILLÉN, Ana; ÁLVAREZ, Santiago y ADAO E SILVA, Pedro

2002 *European Union Membership and Social Policy: The Spanish and Portuguese Experiences*. Center for European Studies working Papers. Núm 85. Cambridge: Harvard University

LINDSAY, Colin

2006 «The United Kingdom's 'work first' welfare state and activation regimes in Europe», en *Reshaping welfare states and activation regimes in Europe*, Amparo Serrano Pascual, ed. Próxima publicación. Bruselas: Peter Lang.

LODEMEL, Ivar

2001 «Discussion: workfare in the welfare state», en *An offer you can't refuse: workfare in international perspective*, Ivar Loemel y Heather Trickkey, Ed., pp 294-343. Bristol: The Policy Press

SOBRINO GONZÁLEZ, Gemma

2003 «La colocación adecuada del desempleado», en *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*, Pedro Gete Castrillo y Fernando Valdés Dal-Ré, Eds., pp 75-87. Madrid: Cinca

TORRENTS MARGALEF, Jorge

2003 «El compromiso de actividad», en *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*, Pedro Gete Castrillo y Fernando Valdés Dal-Ré, Eds., pp 60-74. Madrid: Cinca

VAN BERKEL, Rik

2006 «Activation in the Netherlands: the gradual introduction of a paradigm shift», en *Reshaping welfare states and activation regimes in Europe*, Amparo Serrano Pascual, ed. Próxima publicación. Bruselas: Peter Lang.

VV.AA.

2002 *Assessment of the European Employment Strategy. Spain. Final Report*. En http://europa.eu.int/comm/employment_social/eval/eval_es.pdf