

# LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: REFORMAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

## “PASSIVE” EMPLOYMENT POLICIES: REFORMS FOR ACTIVATION OF UNEMPLOYMENT BENEFITS AND THEIR LEGAL LIMITS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Jaén

ORCID: 0000-0001-8830-6941

### RESUMEN

**Palabras clave:** prestaciones de desempleo, Carta Social Europea, políticas pasivas, políticas de empleo, mercado de trabajo

La protección por desempleo ha adquirido un protagonismo especial en la economía y en el mercado de trabajo de los últimos años. Primero con la pandemia covid19, luego con la reforma laboral del año 2021 (socialización de costes de la gestión temporal de empleo, promoción de la fijeza discontinua sobre la base de la cobertura por desempleo en los periodos de actividad) y últimamente con la reforma del nivel asistencial (RDL 2/2024, de 21 de mayo). En todos esos procesos hay un hilo conductor: el reforzamiento del fin de la empleabilidad (retorno al empleo) en una medida clásicamente orientada a la garantía de renta. Este estudio analiza los progresos y disfunciones de esta tensión entre ambas funciones de la prestación por desempleo, también en clave de los compromisos internacionales en la materia, respecto de los que se vislumbra desajustes notables.

### ABSTRACT

**Keywords:** *unemployment benefits, European Social Charter, passive policies, employment policies, labor market*

*In Spain, unemployment protection has acquired a special role in its economy and labor market. First it was with the covid19 pandemic; It was later revealed with the labor reform of 2021 (socialization of costs of temporary employment management, promotion of discontinuous permanent employment based on unemployment coverage in periods of activity, etc.) and recently with the reform of the level of unemployment assistance (RDL 2/2024, of May 21). In all these processes there is a common thread: the reforms reinforce the economic objective of employability (incentives for returning to employment) in a measure classically oriented towards the social guarantee of income to cover situations of need. This study analyzes the progress and dysfunctions of this tension between both functions of unemployment benefits, also in terms of international commitments on the matter, with respect to which notable imbalances can be seen.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: DOBLE ACTUALIDAD LEGISLATIVA DE LAS MAL LLAMADAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO
2. LA INTERACCIÓN DE LAS DOS DIMENSIONES DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: ¿UNA RELACIÓN SINÉRGICA O DE SUBORDINACIÓN?
  - 2.1. Constitucionalización del enfoque integral de las políticas de empleo: ¿justo equilibrio entre sus razones económicas y sociales?
  - 2.2. De la empleabilidad como faceta inherente a la protección por desempleo a la activación como obsesión legal: ¿crear empleo versus garantizar rentas?
3. NUEVAS TÉCNICAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO EN LA REFORMA DEL RDL 2/2024, DE 21 DE MAYO
4. LA TÉCNICA DE LA CUANTÍA DECRECIENTE DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: ¿ES CONFORME CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA?
5. UN EFECTO DISFUNCIONAL DE LA MEJORA DE LA COBERTURA: LA ASISTENCIALIZACION DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
6. REFLEXIONES FINALES: ¿EN LA ANTESALA DE UNA REFORMA MÁS INTEGRAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?

### 1. INTRODUCCIÓN: DOBLE ACTUALIDAD LEGISLATIVA DE LAS MAL LLAMADAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO

En los ámbitos del Derecho y de las Políticas de empleo ha sido un clásico la distinción dicotómica entre “políticas activas” (las que crean las diversas condiciones económicas, contractuales e institucionales para la creación y/o el reparto del empleo) y las “políticas pasivas” de empleo (las que se limitarían a garantizar una renta de existencia digna a las personas desempleadas mientras encuentran un nuevo empleo). Las primeras tienden a su configuración como auténticas “inversiones productivas”, a fin de optimizar los mercados de trabajo, por lo tanto, ofrecen una imagen muy positiva, a incentivar y promover. Por su parte, las segundas, vistas con más recelo usualmente, tienden a configurarse como un “gasto social” y, en consecuencia, como todo gasto, la orientación predominante será la de racionalizarlo, o, reducirlo (reformas de recortes), de un lado, así como procurar su máxima eficiencia en términos de fomento de la empleabilidad (reformas de activación), de otro. La visión dominante de las “políticas pasivas” ha venido siendo, pues, negativa, identificada con una “cultura de vida subsidiada” y con una cierta “ética economicista del riesgo moral”, según la cual, una parte importante de la situación de la persona en paro es “culpa individual” y, en consecuencia, el subsidio de desempleo (no solo el asistencial, también el contributivo -prestación-), cuando se percibe, y mientras se perciba, debería servir de incentivo para el retorno al empleo.

En realidad, la calificación como “pasivas” de una parte de las políticas de empleo nunca ha estado en las leyes de empleo, no existiría, pues, como una categoría

normativa. Se trata de una pura invención doctrinal, de una simple construcción artificial hecha en sede “científico-social”, por oposición a las “políticas activas”.

Éste sí constituye un concepto extensa e intensamente utilizado en las leyes, desde la primera ley de empleo (1980). En estas leyes siempre se habla de “políticas de protección frente al desempleo”, como hace el actual art. 2.3 de la Ley de Empleo (LE)<sup>1</sup>. Una comprensión legal descriptiva que mutó, en la construcción dogmático-social, en una categoría valorativa. No pretendía cumplir tan solo una función taxonómica (científica), también prescriptiva (normativa), esto es, con pretensiones de política jurídica.

En efecto, con la adjetivación doctrinal (asumida institucionalmente) como “pasivas” para hacer la diferencia con las políticas de empleo que, por ser garantía de rentas sociales durante las situaciones de desempleo, no eran “activas” (la intermediación, el fomento, el reparto, la formación para la empleabilidad, etc.), se estaba marcando una doble línea de política jurídica en esta materia, como se anticipó. De un lado, la que buscaría reducir el “gasto”<sup>2</sup> en desempleo, en especial, las prestaciones contributivas, no solo, lógicamente, maximizando las políticas activas de empleo (a más personas ocupadas, menos protección social, como es obvio), rebajando de forma ostensible el ámbito de personas beneficiarias de esta rama prestacional de la seguridad social (caracterizada por tener una cobertura mediante cotizaciones específicas, como se sabe), sino también reduciendo cada vez más su ámbito de cobertura y su intensidad de protección. Esa es la línea de política jurídica que puede sintetizar la historia de los procesos de reforma en los últimos 40 años, desde 1984<sup>3</sup>, de ahí la reducción progresiva de la cobertura contributiva. Coherentemente, ha ido creciendo, hasta llegar a ser ahora dominante, como analizaremos, el nivel asistencial, nacido como puramente complementario, incluso residual, paradójicamente. Una mínima excepción ha sido la recuperación del 60 por ciento de la base reguladora, frente al 50 por ciento, de la prestación pasados los 180 primeros días de su percepción.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo («BOE» núm. 51, de 01/03/2023).

<sup>2</sup> En el Derecho de la UE se incluye como “gasto neto”. Vid. Reglamento UE 2024/1263, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento CE/1466/97, del Consejo. Vid. ampliamente Molina Navarrete, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo: nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos*. La Ley, Madrid.

<sup>3</sup> Vid. Monereo Pérez, José Luis (2003). “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, *Lan Harremanak*, pp. 73-156; De la Casa Quesada, Susana (2008). *La protección por desempleo en España: configuración y régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada.

<sup>4</sup> Así sucedió con la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. Por supuesto, fuera de esa crítica queda el tratamiento en pandemia de las prestaciones por desempleo en el contexto de los ERTE-COVID19, luego trasladado a los ERTE-FM y ERTE-RED (art. 47 bis ET).

De otro lado, esa técnica reformadora legal basada en el recorte de la extensión subjetiva (menor cobertura subjetiva) y de la intensidad protectora (menor cuantía, menor duración) de la prestación contributiva por desempleo, se sumaría a otras, de diferente naturaleza jurídica, dirigidas a incentivar la búsqueda activa de empleo por las personas beneficiarias de las prestaciones (sean subsidios contributivos, sean asistenciales). En consecuencia, la garantía de activación para la empleabilidad de la persona desempleada beneficiaria de una prestación social ínsita en la otrora solo garantía social de rentas para acompañar, y evitar el deterioro profesional, la situación de necesidad consistente en el desempleo cada vez primaria más, hasta el punto de alcanzar una posición dominante en los procesos de reforma legislativa. Ninguna de las leyes de empleo que desde 1980 han sido en España han permanecido extrañas a este tránsito desde su función de garantía de renta a la de garantía de empleabilidad.

Para no razonar en el puro vacío de la especulación científica, merece la pena ilustrar el argumento con varios ejemplos, trayéndolos a colación siquiera enunciativamente en este momento introductorio, sin perjuicio de mayores desarrollos en su desenlace. Desde este prisma pragmático, y respecto al nuevo marco de regulación de las políticas de empleo, de especial interés es recordar que la LE reformó con profusión la regulación de seguridad social relativa a los requisitos a cumplir por las personas beneficiarias de empleo, a fin de intensificar la interacción entre las políticas activas (garantías, servicios, programas para su empleabilidad) a favor de estos colectivos y las políticas “pasivas” (garantías sociales de rentas). La modificación de la práctica totalidad de los preceptos de seguridad social incluidos en la disposición final cuarta de la Ley de Empleo tiene como fin reforzar, por enésima vez, las condiciones de demandantes de empleo de estos colectivos, la conclusión de un “acuerdo de actividad” (art. 300 TRLGSS en relación con el art. 3 LE), la búsqueda activa de empleo, la aceptación de una “colocación adecuada” (art. 301 TRLGSS ahora también en relación con el art. 3 LE), etc.<sup>5</sup>. Como luego se verá, siquiera igualmente de una forma breve, algunos de estos preceptos han vuelto a ser modificados en un sentido de política jurídica (de control disciplinario social -y jurídico-) idéntico, por el reciente Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo<sup>6</sup>.

Precisamente, ahora en lo que concierne a este nuevo marco de regulación de políticas de protección por desempleo, fundamentalmente en el nivel asistencial, introducido por esta enésima ley de urgencia (inicialmente pensada como un real

<sup>5</sup> Afecta también en el ámbito de las prestaciones de cese de actividad. Vid. art. 330.1, letra c) TRLGSS.

<sup>6</sup> por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo («BOE» núm. 124, de 22 de mayo de 2024).

decreto-ley, luego como un anteproyecto de ley, para terminar luego, siempre en el marco del diálogo social, con más o menor vigor y función real, ha vuelto a esta forma excepcional de legislación), merece la pena reseñar la denominación, y el sentido de política jurídica, que recibe, y proyecta, una de las principales novedades incluidas en el nivel asistencial de la protección por desempleo: el “complemento de apoyo al empleo” (CAE). Delimitado legalmente como un instrumento de compatibilidad de la protección por desempleo (tanto del subsidio de desempleo como de la prestación contributiva) con el retorno al empleo, trae causa de la propuesta hecha por el Ministerio de Economía, en su pugna con el Ministerio de Trabajo por el contenido, y por el relato, de la reforma del nivel asistencia comprometida con la Comisión (componente 23, Reforma 10, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-). La concepción y el sentido político-jurídico subyacentes a esta técnica (originariamente ausente del borrador del proyecto de RDL del Ministerio de Trabajo, que establecía una técnica de compatibilidad diferente) quedaban explicitados sin eufemismo ni filtros alguno en el título dado al (muy polémico) borrador de proyecto de RDL que auspiciaba: “Proyecto de Real Decreto-Ley de refuerzo de los mecanismos de activación y apoyo al empleo”<sup>7</sup>.

El título era toda una declaración de intenciones sobre la función instrumental que deberían cumplir las reglas legales de protección (asistencial) de desempleo al servicio de la activación, diluyendo la función de garantía de rentas como finalidad en sí misma. Volveremos sobre este enfoque, afortunadamente difuminado en la reforma final (tanto en el fallido RDL 7/2023, de 19 de diciembre como, todavía más en el RDL 2/2024, de 21 de mayo), pero que ha dejado bastantes más huellas en el marco normativo de las que se quieren reconocer gubernamentalmente. Ahora nos interesa poner de relieve que, en el fondo, esa lógica (economicista y ético-social disciplinaria) de activación no hacía sino perpetuar, con mayor intensidad o menos, con mayor o menor explicitación, una dirección constante de política jurídica relativa a la protección por desempleo, como sucedió, solo por poner un ejemplo antecedente, con el Programa de Activación para el Empleo (PAE). El PAE estuvo concebido como un programa destinado a quienes agotaran las demás medidas de protección frente al desempleo, con especial vulnerabilidad por sus cargas familiares (rasgo luego incorporado de forma indefinida a la técnica que lo sustituyó: el subsidio extraordinario por desempleo -que el RDL 2/2024 deroga-), incorporando entre sus novedades la posibilidad de compatibilizar la ayuda con un trabajo asalariado, si bien era el empleador quien tenía derecho a descontar

<sup>7</sup> Vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2023). “La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: «Cal» (mejoras sociales) y «Arena» (lógica económica del riesgo moral)” *Diario LA LEY*, n. 10413, Sección Tribuna, 26 de diciembre de 2023; Miñarro Yanini, Margarita (2024). “Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-ley 7/2023...para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 478, pp. 7-20.

la cuantía de la ayuda del salario que tiene que abonar a la persona trabajadora-perceptora de desempleo asistencial<sup>8</sup>.

Ciertamente, la doctrina constitucional (que no suele adjetivar las políticas de protección por desempleo de “pasivas”) no ha visto nada extraño en esta estrecha interacción entre ambas facetas de las políticas de empleo, las políticas activas (garantías sociales basadas en medidas -incentivos- y servicios de empleabilidad efectiva ex arts. 35 y 40 CE) y las de protección social (garantías de rentas para cubrir situaciones de necesidad ex art. 41 CE). De este modo, asume el carácter integral “y sinérgico” de las políticas de empleo, concepto “de especto aún más amplio” (STC 133/2019, FJ 4) y recuerda que la misma perspectiva asume el Derecho de la UE, con una expresa cita del principio 13<sup>a</sup> del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS<sup>9</sup>), según el cual las personas desempleadas: “tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo”

Ahora bien, una cosa es entender esta imbricación sinérgica, indisociable e inexorable, y otra bien diferente hacerlo para interiorizar en su función, y en su régimen jurídico, tales cúmulos de exigencias de la función de empleabilidad hasta confundir una faceta y otra. Nacida como una técnica de garantía social del derecho a una renta suficiente para cubrir situaciones de necesidad vinculadas a la ausencia de empleo, la visión convencional como una política “pasiva”, por tanto, de “gasto social”, exigiría cada vez más ceder espacio de regulación a las técnicas de activación, hasta desfigurar su función primigenia de técnica de protección social. Como el propio TC reconoce, si bien a efectos competenciales, pero la afirmación y sus consecuencias prácticas pueden ir mucho más allá de esa cuestión,

<sup>8</sup> Estuvo regulado en el Real Decreto-ley 14/2014, de 19 de diciembre, prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril. Para algunos problemas de constitucionalidad, relativos a la distribución competencial de las políticas activas de empleo (cuya ejecución corresponde a las CCAA, como se sabe) y a las políticas “pasivas” (garantías de rentas sociales) de empleo, resueltos por el Tribunal Constitucional (TC) a favor de la competencia estatal vid. SSTC 100/2017, 20 de julio, 153/2017, 21 de diciembre, 156/2017, 21 de diciembre y 40/2019, 27 de marzo. Para la misma problemática y solución frente al citado subsidio extraordinario por desempleo (que será derogado, como la renta Activa de inserción -RAI- a partir del 1 de noviembre de 2024, según la disposición derogatoria del RDL 2/2024, 21 de mayo), vid. STC 133/2019, 13 de noviembre.

<sup>9</sup> Apartado decimotercero de la proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales (2017/C 428/09). Para un análisis reciente de la regulación de la protección por desempleo en esta clave del PEDS, y sus impactos en el Derecho interno, vid. Álvarez Cortés, Juan Carlos (2024). “Capítulo III. La rama de desempleo de los sistemas de seguridad social y el pilar europeo de derechos sociales: otro reto pendiente”. En AAVV. (Dir. Isabel Villar Cañada-Cristóbal Molina Navarrete). *Pilar europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 65-90.

la complejidad que de ello deriva en la regulación no puede ser tal como para no identificar las debidas diferencias al establecer el régimen jurídico, confundiendo las dos facetas.

Sin embargo, a mi entender, esta dialéctica permanente entre la lógica de la activación (la garantía social de empleabilidad efectiva en el mercado: la prestación como renta para el acompañamiento en el proceso de búsqueda activa de empleo) y la lógica de la protección de situaciones de necesidad (la garantía social de rentas suficientes de sustitución para cubrir la situación de necesidad derivada de la falta de un empleo adecuado) adquiere tintes especialmente agudos en estos tiempos, hasta desnaturalizar algunos aspectos del régimen de prestaciones, contributivas y sobre todo asistenciales, por desempleo. Así se plasmó de forma relevante, pero mucho más aceptable en la LE, adquiriendo un relieve mucho más intenso, e inquietante, en la reforma operada por el referido RDL 2/2024, de 21 de mayo, en ambos niveles, contributivo y asistencial, pero mucho más claro e intenso en el asistencial, que es el más afectado por la reforma comprometida con la UE. Ni que decir tiene que, valorada de forma general, esta reforma amerita una valoración positiva.

En efecto, de un lado, es innegable el esfuerzo de simplificación, luego relativizado sin mucha justificación (al crear dos modalidades nuevas de subsidio: personas emigrantes retornadas y víctimas de violencia de género o sexual-). De otro, y sobre todo, de mejora frente a las lagunas de protección, al extender de forma notable en la cobertura subjetiva (ampliación de colectivos protegidos por el subsidio, equiparación de otros -ej. personal eventual agrario-, etc.), así como la aprobación de una subida, limitada y temporalmente condicionada, de la cuantía (en algún caso del tiempo de duración), etc. La equiparación del tiempo parcial (eliminación de la parcialidad de los subsidios en atención al origen parcial del contrato previo a la situación de desempleo) y la mejora de la compatibilidad irían en esa dirección positiva. Pero, en mi valoración y análisis, estas indudables mejoras no pueden ocultar la persistencia de algunas lagunas de protección y la perpetuación de insuficiencias en la intensidad prestacional que lastran gravemente la efectividad de la función de garantía de rentas de la protección por desempleo, introduciendo técnicas que, solo obedientes a la lógica economicista del riesgo moral, resultan muy criticables (ej. la escala decreciente en la cuantía del subsidio, emulando la técnica del nivel contributivo).

Desde un análisis más sistemático no serían las únicas cuestiones de actualidad que deben exigir una profunda reflexión sobre el régimen actual de protección por desempleo, más allá sin duda del nivel asistencial, el único significativamente afectado por la reforma, si bien ya se ha anticipado que hay cambios que afectan al nivel contributivo también. Incluso hay aspectos de la reforma laboral que conectan directamente con la protección por desempleo sobre los que, quizás, no se ha reflexionado lo suficiente. Como sucedería, al menos parcialmente, con la figura del personal fijo discontinuo (art.267.1 d TRLGSS).

Sabido es -a este último respecto- que esta figura ha presentado históricamente notables deficiencias de protección, entre otras cosas porque arrastraban problemas típicos de esta prestación propias del trabajo a tiempo parcial, con algunos otros específicos añadidos, que incluso los colocaban en situación peyorativa. Y ello tanto en el nivel contributivo como en el asistencial. Ha de recordarse que la reducida calidad de este empleo conllevó no solo una menor cobertura contributiva, sino cotizaciones por periodos cortos y cuantías reducidas. La reforma laboral trató de corregir las deficiencias en el nivel asistencial (art.277 TRLGSS, en la redacción dada por el RDL 3/2022, 1 de marzo<sup>10</sup>), en especial eliminando las restricciones de acceso al “subsidio de prejubilación”, con el fin de abrirles “puentes a la jubilación”, lo que ha de tenerse como una decisión adecuada.

Sin embargo, a mi juicio, menos atención ha merecido el nivel contributivo. Quizás infravalorando esa gran enseñanza de uno de los mejores economistas del trabajo españoles, que gustaba de advertir de los riesgos de usos desviados o disfuncionales de las reformas laborales de los contratos de trabajo cuando se combinan con la prestación por desempleo, porque termina ésta convirtiéndose en una subvención encubierta a la gestión flexible de las empresas más que en un incentivo para la mejora de la calidad de vida y de trabajo de las personas trabajadoras<sup>11</sup>. Convendría hacer un análisis más profundo de esta reforma en términos de protección social en general y de protección por desempleo en particular, no en clave de sostenibilidad financiera del sistema, por supuesto, dado su bajo coste, sino en clave, al contrario, de suficiencia prestacional y de equidad protectora.

Aunque este análisis aún contempla otras dimensiones, también vinculadas al papel clave que la protección por desempleo, paradójicamente llamada “política pasiva”, tiene para el sostenimiento de los paradigmas de flexiguridad en la regulación y gestión del trabajo, como evidencia el favor por la gestión interna (regulación temporal de empleo -ERTE-) en detrimento de la gestión externa (regulación extintiva de empleo -ERE-). La apuesta de la reforma laboral por estas opciones de política jurídica se ve comprometida hoy, en cierto modo, por la retoma no solo de los despidos colectivos (a menudo no precisa llegar a extinciones obligatorias ex art. 51 ET, sino que se formalizan mediante bajas voluntarias incentivadas, donde la protección por desempleo tiene también un papel estelar a la

<sup>10</sup> Vid. SEPE. Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre y del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, 13 de mayo de 2022. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/instrucciones-directrices>

<sup>11</sup> Vid. Toharia, Luis et alii. (2010). “El sistema de protección por desempleo y la salida del paro”. *Papeles de Economía Española*, vol. 124, pp. 230-246. Él se refería a las relativas a la contratación temporal, pero pueden aplicarse también ahora a las de fijeza discontinua, que aspira a desplazar a aquella, siquiera sea parcialmente (otra parte se está haciendo a través de la parcialidad indefinida, así como de la indefinición, a secas, pero con menos duración de estas relaciones “fijas”).

hora de formalizar los programas de prejubilación), sino el creciente número de los despidos individuales realizados en nuestro país, pasen por disciplinarios (aunque con inmediato reconocimiento de su improcedencia) pasen por objetivos. Como relevante sería hacer este análisis en el papel que la protección por desempleo puede tener también a la hora de afrontar procesos transicionales sistémicos de nuestro tiempo, como el digital y, cómo no, el ecológico, especialmente ante la pertinaz sequía en zonas como Andalucía<sup>12</sup>.

Sin duda, la disposición adicional cuarta del RDL 2/2024 parece ser consciente de ello. En ella se compromete, dos años después de la vigencia de las reformas que introduce (la mayoría también diferida en el tiempo -la mayoría a partir del 1 de noviembre de 2024-), una evaluación, en el marco del diálogo social, no solo de la reforma asistencial, sino del “*sistema de protección por desempleo en su conjunto, incluidas las políticas activas de empleo*”. No por casualidad, como luego se verá con más detalle, la disposición final 1ª de la referida norma de urgencia compromete una “*Estrategia global para el empleo de las personas trabajadoras desempleadas de larga duración o de más edad y garantía de servicios para personas beneficiarias de mayores de cuarenta y cinco años*”.

Al margen de la efectividad normativa del compromiso (ya veremos que tiene poca), rebela de forma clara una convicción jurídico-política diferente, sin duda fruto del mayor peso ahora del diálogo social en la elaboración de esta norma de urgencia, superior a la -muy escasa- que supuso el malogrado RDL 7/2023, 19 de diciembre, busca centrar la activación de estos colectivos no en pretendidas responsabilidades ético-económicas individuales (incentivos para la búsqueda activa de empleo) sino en servicios efectivos de empleo, que les ofrezcan oportunidades reales de empleo. En un sistema normativo de protección por desempleo edificado sobre un mercado de trabajo con una persistente alta tasa de paro, la mirada debe dirigirse a la eficiencia de los servicios de empleo más que a las pretendidas responsabilidades de los individuos, de modo que, presuponiendo que no hacen lo suficiente para retornar al empleo, se modifiquen las normas para incentivar una ética individual del trabajo que desactive el riesgo moral identificado por la concepción económica neoclásica y liberal de la protección por desempleo.

Por enésima vez, el sistema normativo y las políticas de empleo expresan de una forma específica, explícita, esa imbricación entre lo contributivo y lo asistencial (genuina lógica de los “vasos comunicantes”), entre la activación para el mercado y la garantía de rentas sociales de desempleo (las mal llamadas políticas “pasivas”). Como es evidente, por los límites de espacio y tiempo no es posible afrontar ahora un análisis de este tipo, si bien ya se ha emprendido recientemente en el marco de un proyecto de investigación, que pronto verá la luz. Por eso, he creído más

<sup>12</sup> Para todo ello, de forma extensa, Molina Navarrete, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo...* Ob. cit.

adecuado elegir un enfoque unitario o hilo conductor único que permita, incluso facilite, analizar, expositiva y críticamente, algunos de los aspectos más relevantes de las dos últimas reformas legislativas, la de la LE y, más en particular, del RDL 2/2024, de 21 de mayo<sup>13</sup>. Ese hilo analítico será la referida tensión dialéctica entre la lógica de la activación para la empleabilidad y la lógica de la pasividad de la cultura de la vida subsidiada asignada la garantía de rentas sociales que ha presidido, durante en los últimos 40 años, la regulación de las políticas de protección por desempleo y que habría encontrado su mayor expresión en la lucha por el relato y el contenido de la reforma del nivel asistencial, primero en el frustrado RDL 7/2023 y, ahora, de forma más matizada, en el convalidado RDL 2/2024. En algún caso, a mi juicio, incluso en contra de los compromisos adquiridos por España con la Carta Social Europea, según los estándares de protección acotados por su órgano de garantías, como veremos en su momento.

## **2. LA INTERACCIÓN DE LAS DOS DIMENSIONES DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: ¿UNA RELACIÓN SINÉRGICA O DE SUBORDINACIÓN?**

### **2.1. Constitucionalización del enfoque integral de las políticas de empleo: ¿justo equilibrio entre sus razones económicas y sociales?**

Por imperativo constitucional, dentro de un marco de garantías multinivel, la protección frente a las situaciones de necesidad derivadas de la inexistencia de un empleo es, antes que nada, un derecho social que los poderes públicos están obligados a asegurar de forma efectiva. No por casualidad la protección por desempleo es la única prestación del sistema de la seguridad social nominado en el art. 41 CE. Ciertamente, se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, su contenido y alcance, dentro de ciertos límites exigidos por los referidos compromisos internacionales, depende estrictamente de lo que en cada momento determinen las leyes. Unas leyes que, como es bien sabido, además de que asocian la situación de necesidad a la pérdida de un empleo previamente desarrollado, no a la ausencia de acceso a un primer empleo (situación que hoy se reconduciría a través de la prestación del ingreso mínimo vital -IMV-, en las

<sup>13</sup> No son las únicas leyes que contienen aspectos de novedad en esta materia. Piénsese, por ejemplo en el Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, que creó un subsidio específico de desempleo para este colectivo. Para las Instrucciones provisionales del SEPE de 21 de febrero de 2023 vid. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/instrucciones-directrices>

condiciones -cambiadas de forma parcial recientemente<sup>14</sup>, si bien todavía de forma insuficiente- por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre -LIMV, en adelante), han seguido una trayectoria casi lineal de recortes. De ahí las lagunas de cobertura y los déficits de intensidad protectora.

Pero es innegable que, junto a esta dimensión jurídico-social primaria, en el diseño de la Constitución, la protección por desempleo ha tenido siempre una importante dimensión económico-ocupacional. Sea en épocas de crisis, incluso tan extraordinarias como la que ha representado la pandemia, sea en épocas estructurales, de normal desenvolvimiento del ciclo económico, la rama de protección por desempleo ha mostrado su eficiencia como amortiguador social de los déficits de empleo. En el primer plano, pese al enorme coste económico que supuso el sostenimiento del empleo en tiempos de covid19, nadie niega su éxito como inversión productiva, porque permitió mantener el consumo y facilitar la recuperación económica y del empleo cuando pasó la tragedia sanitaria y económica, de ella derivada. Los fondos económicos comunitarios, según la técnica del préstamo a las mejores condiciones posibles, no a fondo perdido, puestos al servicio de esta lógica (SURE), son un ejemplo de cómo las garantías sociales de renta frente al desempleo están muy marcadas por una función económica de política “activa” de empleo, porque facilita rentas de sostenibilidad<sup>15</sup> de la vida digna personal y familiar, del patrimonio profesional y del capital humano necesario para facilitar el retorno al mercado de trabajo. La mejor prueba de ello es el éxito de los mecanismos de ERTE, tanto la modalidad CETOP (causas económicas, tecnológicas, organizativas y productivas) como la modalidad FM (fuerza mayor), así como el mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilización (art. 47, bis ET).

En el segundo plano, el de las situaciones normalizadas de los ciclos económicos en los sistemas de mercado, existe un amplio consenso en la ciencia económica, incluso liberal, en reconocer que el coste de la protección por desempleo, tanto contributiva (unos 14.600 millones de €, para algo más de 800.000 personas, con una tasa de cobertura en torno al 68%) como, más aún, asistencial (unos 7.000 millones de € para unas 900.000 personas beneficiarias -incluye renta agraria,

<sup>14</sup> La Disposición final cuarta ha modificado la Ley 19/2021, de 20 de diciembre (LIMV) para facilitar el tránsito de una parte de los colectivos antes protegidos por el subsidio asistencial de desempleo hacia esta nueva prestación de seguridad social “no contributiva”, con un enorme potencial para la racionalización del entero sistema de protección asistencial por desempleo, hoy a medias.

<sup>15</sup> No es casual esta denominación para las prestaciones a favor de personas trabajadoras autónomas para la modalidad sectorial (DA 48ª TRLGSS) como para la modalidad cíclica (DA 49ª TRLGSS Vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2024). “Situaciones legales de desempleo por extinción o suspensión del contrato: propuestas de actualización”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social (en prensa)*

subsidio agrario y renta activa de inserción-), es sostenible<sup>16</sup> y, en consecuencia, no hay un problema específico de financiación del sistema, a diferencia de lo que se dice para el conjunto, especialmente en la rama de jubilación. La media de la prestación por desempleo en España (con límites mínimos y máximos legalmente reducidos) está muy por debajo del SMI, pues se situó en torno a los 960 € el año pasado, si bien conviene advertir del sesgo estadístico, en la medida en que para el nivel asistencial la prestación es muy inferior, el 80 por ciento del Indicador Público de Rentas a Efectos Múltiples -IPREM-, por lo tanto, 480 €, hasta la entrada en vigor del RDL 2/2024 (a partir del 1 de noviembre de 2024), como luego se analizará en detalle. En todo caso, se estima que, con la reforma, cada 100.000 nuevas personas beneficiarias del nivel asistencial se aumentará el gasto en unos 600 millones de €, lo que significaría que, de cumplirse con las estimaciones gubernamentales de un incremento de 400.000 nuevas personas beneficiarias, el coste se elevaría unos 2.500 millones, con un volumen global de 9.500 millones de € para este nivel, unos 24.000 millones en total<sup>17</sup>.

¿Entonces, donde reside el notable interés, desde el punto de vista económico, de incluir notables reformas en el sistema de protección por desempleo, contributiva y asistencial? Dejando de lado el argumento coyuntural, nada desdeñable, por supuesto, como ha sido el garantizar que España percibía 10.000 millones de € procedentes del cuarto tramo de los fondos comunitarios *Next Generation Europe*, en el plano estructural, sea desde el punto de vista doctrinal (ej. FEDEA) sea institucional (Banco de España, el Ministerio de Economía), el enfoque económico insiste en la disfuncionalidad de la actual regulación de la protección por desempleo para activar un mercado de trabajo que, como el español, convive con dos problemas en principios opuestos:

- a) persistentes deficiencias en la creación de empleo, de ahí la alta tasa de desempleo del mercado de trabajo español (12%), aún en tiempo de récords en su creación, comparado con la media europea (que seguimos doblando), de un lado

<sup>16</sup> Vid. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Nota sobre la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (RD Ley 7/2023)*, Fedea, Colección Apuntes, 2024-01, Madrid. Disponible: <https://fedea.net/notas-sobre-el-decreto-de-simplificacion-y-mejora-del-nivel-asistencial-de-la-proteccion-por-desempleo-rdl-7-2023/>. Más extensamente sobre esta dimensión económico-financiera de la rama de protección por desempleo vid. Devesa, Enrique et alii. (2013). “La sostenibilidad financiera del sistema de desempleo contributivo en España. Análisis comparado 2009-2011”. En *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 3ª época, 19, pp. 155-176. Para una visión económica más equilibrada e institucional vid. Toharia, Luis et alii (2008). *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*. Estudio financiado por FIPROS 2008/26.

<sup>17</sup> Para un conocimiento de los datos estadísticos actualizados prácticamente el mes de gran interés resulta (en un magnífico ejercicio de transparencia -que se echa en falta para otros aspectos en este ámbito de la protección por desempleo -ej. situación de personas fijas discontinuas en periodos de inactividad-) la información ofrecida por la web del SEPE: “*Prestaciones por desempleo: Resumen de datos*”.

- b) la creciente dificultad de encontrar personas adecuadas para cubrir un número cada día mayor de vacantes en el mercado de trabajo, de otro.

Aunque el enfoque económico de la protección por desempleo asume su función de cobertura de las necesidades de las personas en desempleo, algo obligado jurídicamente, tienden a poner el acento en su función de incentivo para la reactivación laboral, para el retorno al mercado de trabajo. Siempre desde el trasfondo de la doctrina económica del riesgo moral, advierten de la (más pretendida que real) existencia de “trampas de pobreza” en el sistema legal de desempleo, así como de “usos ineficientes de los recursos públicos” destinados a la prestación por desempleo (también a políticas activas de empleo). Por lo que se apela a reformas que pongan en el primer plano la activación para el empleo, no la perpetuación de mejoras de cobertura asistencial por desempleo, cuando, además, ni tan siquiera se coordinaría con la existencia de otras rentas para personas en situaciones de desempleo de larga duración, repartidas entre diversas Administraciones Públicas<sup>18</sup>.

En suma, vemos cómo el análisis constitucional y el análisis económico convergen a la hora de atribuirle a los distintos instrumentos de la política de empleo las dos facetas, aún en grado diverso. Las acciones orientadas al objetivo de inserción o reincorporación al mercado de trabajo, las llamadas políticas activas, no pueden prescindir de la obligación de atender la situación de necesidad de las personas, que precisan una renta retributiva para su existencia digna, pero tampoco las prestaciones sociales por desempleo, las mal (incorrecta e injustamente) llamadas políticas pasivas, pueden desentenderse del objetivo económico de contribuir a incentivar aquel objetivo. Por tanto, ambos tipos de medidas para la optimización del mercado de trabajo acumularían una pluralidad de funciones y una diversa gama de técnicas de diversa naturaleza jurídica, creando una complejidad de especial significación.

Esta complejidad extrema no solo se refleja en el referido aspecto de la distribución de las competencias entre el Estado (regulación y gestión de las prestaciones por desempleo) y las CCAA (ejecución de las políticas activas de empleo; pero también la regulación y gestión de otras técnicas de garantía de renta asistenciales que convergen con medidas de desempleo), que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TC, como se indicó ut supra, sino también en

<sup>18</sup> Cfr. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Nota sobre la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo... Ob. Cit.* En este sentido, se concluye, respecto del RDL 7/2023, pero no disímil sería la situación derivada del RDL 2/2024 en este punto: “Realizada una lectura detallada de la norma, se observan avances en el segundo de los objetivos mencionados, si bien parece haberse priorizado reforzar el primero de ellos sin tener en cuenta en exceso el conjunto de prestaciones existentes dirigidas a las personas en desempleo de larga duración. (...). La situación del subsidio por desempleo después de la reforma no guarda la necesaria relación y coherencia con el resto de las prestaciones económicas existentes dirigidas a personas en desempleo (IMV y rentas autonómicas)”.

su funcionalidad. En efecto, la eficacia, eficiencia y efectividad de las políticas activas de empleo tendrían como una de sus condiciones la delimitación correcta de las políticas de garantía de rentas sociales, para evitar que estas desincentiven aquéllas, al tiempo que la eficacia y eficiencia de estas dependería en gran medida de la efectividad de las acciones de empleabilidad, en especial de los servicios de empleo. Por lo tanto, la solución reformadora debería estar, como vienen exigiendo las sucesivas leyes de empleo, en asegurar un “justo equilibrio” (paradigma tan querido para la jurisprudencia del TEDH en materia de prestaciones sociales: ej. STEDH 26 de abril de 2018, asunto *Cakarevic*) entre las dimensiones sociales y económicas de las prestaciones por desempleo, así como en una adecuada coordinación entre unas medidas (los servicios de colocación y las acciones de activación para el empleo) y las otras (garantías de rentas).

El problema reside, sin embargo, en que la evolución legal (e institucional) evidencia un notable desequilibrio, además creciente, del favor por la función económica de activación de las prestaciones en detrimento de su función social de garantía de rentas suficientes, en un contexto de persistente descoordinación e ineficiencia de los servicios de empleo, de cuya efectividad dependería realmente el cumplimiento de las prestaciones sociales por desempleo de aquella función económica de reactivación. Ante esta paradoja, cuando no contradicción, las últimas reformas legislativas, parecen haber puesto el acento en la lógica de la responsabilidad individual, sin perjuicio, por supuesto de situarnos, una vez más, en un marco de reglas que responden a diversos fines de política jurídica (garantistas de rentas a personas y colectivos necesitados unas; de desincentivo de la permanencia en situación de cobertura prestacional, otras), con el consiguiente resultado de una marcada ambivalencia, tan típica de la norma social. Aunque, como veremos, los compromisos de naturaleza internacional adquiridos por España exigen una mayor centralidad de la faceta de garantía de rentas suficientes respecto de la función económica de reactivación para la búsqueda del retorno al empleo.

## **2.2. De la empleabilidad como faceta inherente a la protección por desempleo a la activación como obsesión legal: ¿crear empleo versus garantizar rentas?**

Que las personas beneficiarias de una prestación (contributiva o asistencial) de desempleo constituyen, en sí mismas, un colectivo priorizado para las políticas activas de empleo es, además de una consecuencia de lógica elemental, una regla constante de todas las leyes de empleo, también de la vigente (art. 50 LE). De ahí que, por lo mismo, en todas ellas, el Título que dedican a las políticas activas de empleo incorporen un capítulo específico dedicado a la coordinación con las medidas y con los organismos competentes en materia de “protección frente al desempleo” (arts. 47-49 del Capítulo IV del Título III de la Ley de Empleo vigente). En esta clave de reforzamiento de la activación de las prestaciones por desempleo, si la LE (2023) promovió, reformando, la vinculación de la garantía

social de rentas por desempleo con el “acuerdo de actividad”, a fin de intensificar su calificación como colectivos prioritarios de las políticas activas, en especial de los de larga duración, una creciente mayoría, el RDL 2/2024 ha hecho lo propio, dándole otra vuelta de tuerca, previniendo al mismo tiempo -dice- los conflictos competenciales (recurrentes, como se vio), al situar las reformas en la legislación de seguridad social.

En consecuencia, el proceso de reforma legislativa incluido en la Reforma 10 de la Componente 23 del PRTR, se concibe “directamente ligada” con el objetivo transversal de regular e impulsar un “mercado de trabajo inclusivo y resiliente”, coherente con “las políticas públicas para hacer el mercado más dinámico y con capacidad de respuesta para hacer frente a desafíos como el reto demográfico y las transiciones verde y digital.”. Más allá de la recurrente referencia a la utilidad de estas reformas para afrontar los desafíos de las (no muy coherentemente en la UE) llamadas “transiciones gemelas”, junto a la previa “transición demográfica”, cada vez más agudizada, el preámbulo de esta nueva norma de urgencia precisa que la revisión de las características básicas de la protección asistencial por desempleo respondería a los siguientes objetivos:

- 1) Ampliar su nivel de cobertura eliminando lagunas de protección, mejorando los requisitos de acceso y mantenimiento
- 2) Simplificar su ámbito de protección y su gestión, facilitando la automatización.
- 3) vinculación efectiva (se plantea por enésima vez, pues ya está en la LE) de las personas beneficiarios de los subsidios con las políticas activas de empleo (acceso a itinerarios personalizados para mejorar su empleabilidad e inserción laboral)
- 4) reafirmación de la vinculación de las prestaciones por desempleo con el acuerdo de actividad y el seguimiento de medidas de inserción (enésimo reforzamiento de los mecanismos disciplinarios para garantizar la suspensión o pérdida de la prestación por desempleo y del subsidio por interrupción o incumplimiento del acuerdo de actividad)
- 5) facilitar a los ciudadanos el conocimiento de los procedimientos para atender las obligaciones (sobre todo de reintegro<sup>19</sup>) contraídas en materia de desempleo.

Como puede comprobarse, se insiste en el vínculo, ya normativamente intensificado con la LE, de las prestaciones de desempleo con las medidas de activación para el empleo (más bien para la empleabilidad), reforzando la idea

<sup>19</sup> Al respecto, conviene recordar que se da nueva redacción del artículo 295 (en este caso la vigencia efectiva coincide con la vigencia formal: 23 de mayo de 2024, según la DF 14ª. 1 RDL 2/2024), que regula la obligación de reintegro de pagos indebidos. Incluye la posibilidad de compensaciones parciales y el fraccionamiento de pago para el reintegro (incluirá el interés de demora), en los términos reglamentarios. De ahí que el RDL (DDFF 7ª y 8ª), modifique los Reales Decretos 625/1985 y 1044/1985. Estos beneficios exigirán solicitud anterior al inicio de su recaudación en vía ejecutiva. Al respecto, conviene tener en cuenta la importante rectificación

de cumplimiento de obligaciones por parte de las personas beneficiarias de la protección social por desempleo, para compensar (y equilibrar, se pretende) la idea dominante en el imaginario colectivo de vida subsidiada. Es evidente que este redactado preambular responde claramente, si bien no se explicita (salvo difusamente) a la doble transacción a la que responde la norma final. De un lado, la transacción del Ministerio de Trabajo con el Ministerio de Economía, pues el primero ponía el acento en los dos primeros (simplificación y mejora de coberturas subjetivas y de intensificación protectora), mientras que el segundo lo hacía radicalmente en los segundos (primacía de la activación para el empleo). De otro, de ambos, esto es, del Gobierno, con los sindicatos, e dn el marco del diálogo social finalizado con acuerdo, una vez brilló por su ausencia en el primer intento reformador, el que supuso el malogrado RDL 7/2023, 19 de diciembre<sup>20</sup>.

Justamente, como el resultado final se presenta mucho más ambiguo y ambivalente, más difuso y transaccional respecto de los dos programas reformadores originarios en pugna, merece la pena recordar, brevemente, algunos de los términos clave de ese conflicto para entender mejor el conflicto raíz subyacente a estos procesos reformadores y también para una mejor valoración de algunas de las reformas que se han consolidado. Éstas, a mi juicio, si bien se presentan oficialmente de un cierto modo (garantista), tienen un sentido distinto, sino opuesto (primado de la idealizada e ideologizada activación sobre la garantía de renta suficiente). Para ello, es muy útil acudir a la concepción del sistema prestacional por desempleo que exhibía una parte del Gobierno, a través del Ministerio de Economía, en el preámbulo del proyecto de RDL sobre “refuerzo de los mecanismos de activación al empleo”, elaborado para satisfacer el compromiso comunitario en la reforma C23.R10.

En él, primero se reconocía lo positivo. De un lado, la estrategia de política económica seguida en estos años habría mejorado de manera decisiva el funcionamiento del mercado de trabajo español (ej. cambios en sus dinámicas con la reforma laboral -favor por el ajuste temporal frente al extintivo; transición de la temporalidad a la indefinición, etc.-). De otro se modernizó las políticas activas de empleo (la LE pondría énfasis en medidas de reincorporación de las personas desempleadas al mercado de trabajo; reforma de los incentivos a la contratación laboral mediante el ya referido RDL 1/2023) y las “políticas pasivas” (este proyecto sí recogía este término peyorativo), a través de un “instrumento de apoyo social moderno”, como el IMV, porque este nuevo instrumento facilita:

de su jurisprudencia en esta materia, en beneficio de la exención de la obligación de reintegro de la persona beneficiaria de buena fe e imputación del carácter indebido de la prestación a error exclusivo de la Administración. Vid. STS, 4ª, 812/2024, 30 de mayo.

<sup>20</sup> Para un análisis comparado de ambos proyectos de normas de urgencia vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2024). “La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo (...), Ob. cit.; Miñarro Yanini, Margarita (2024). Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-Ley 7/2023 (...), Ob. cit.

*“transitar desde políticas pasivas a políticas activas de empleo en las situaciones transitorias de paro y abordar el resto de situaciones de mayor complejidad con políticas más eficaces de inclusión social”.*

Pero, de inmediato, se ponía de relieve las deficiencias de la regulación del mercado de trabajo persistentes. Así, situado el objetivo central a perseguir por la política económica española en la consecución del pleno empleo resultaría “indispensable proceder a una reforma de las políticas pasivas de empleo...”. ¿En qué sentido? En el de orientarlas “a cubrir de forma ágil situaciones transitorias de desempleo y centre todo el sistema en favorecer la reincorporación del trabajador.”.

Este proyecto -finalmente perdedor, pero solo en parte- se mostraba mucho más realista y apegado a la visión económica de la situación. Los evidentes progresos en el mercado de trabajo español no pueden ocultar, difuminadas por las estadísticas exitosas, el arrastre de diversas anomalías que lastran el progreso económico y social. En este sentido, como ya se apuntó, la tasa de paro española sigue siendo la más alta de la Unión Europea (11,6% frente a 5,8%), con especial incidencia en el paro de larga duración (4,5% frente a 2,25%) y el paro juvenil (27,9% frente a 14,3% para los menores de 24 años), debiéndose añadir que tenemos una tasa de ocupación por debajo de la media (65,8% frente a 70,6%). Sin en este diagnóstico es imposible, seriamente, no estar de acuerdo, porque estos datos son muy reales y contrastados, más discusión merece la causa que identifica como principal para esas persistentes anomalías ocupacionales de nuestra economía y mercado laboral:

“Las estimaciones empíricas apuntan a que dos tercios del diferencial de paro con la UE se deben a la escasa eficacia de las políticas pasivas de empleo españolas para incentivar la reincorporación...al mercado de trabajo. El tercio restante se explica...por las deficiencias en los mecanismos de ajuste entre la oferta y la demanda...”.

Esto es, para el Ministerio de Economía, las deficiencias de creación de empleo en nuestro mercado se deberían más a la ineficacia de las políticas de garantías de rentas -insiste en calificarlas de pasivas- para incentivar individualmente el retorno al empleo que a la ineficacia probada de nuestros servicios de empleo. Este preámbulo no tenía rubor alguno en profundizar en su crítica. Así recordaba que, en comparación con la media europea, y como ya informara el Banco de España, *“las políticas pasivas en España se caracterizan por dar cobertura a un reducido número de trabajadores, por presentar escasos incentivos a la reincorporación al mercado laboral y por reducidos niveles de supervisión y control.”.* Es decir, se reconocen claramente las lagunas de protección contributiva y asistencial, pero en sus propuestas de reforma insistirá esencialmente en:

- a) las técnicas de activación para el empleo, porque el régimen regulador incurriría en notables “errores de diseño de los incentivos” de las prestaciones (contributivas y asistenciales), porque ni por su ámbito, ni cuantía, ni duración

- ni articulación en la práctica incentivaría suficientemente la reincorporación al empleo<sup>21</sup>, y
- b) en las de control disciplinario de las personas beneficiarias, en la medida en que ni los requisitos condicionantes del acceso a la búsqueda activa de empleo efectiva ni las sanciones por su inobservancia serían suficientemente disuasorios

Esta doble tipología de deficiencias tendría un notable impacto negativo sobre la tasa de desempleo, pero también sobre otros desequilibrios cualitativos del sistema. Primero, perjudicaría el crecimiento económico, ralentizando la tasa de empleo y la cobertura de vacantes. Segundo, en consecuencia, reduciría “la sostenibilidad de los sistemas de protección social”, al impedir mutar personas beneficiarias por personas cotizantes.

Tercero, generaría importantes barreras de entrada que agravarían el riesgo en caso de reincorporación al empleo o cambio de situación (transiciones<sup>22</sup>), incentivando continuar en el sistema de subsidios en vez de proporcionar una red de seguridad ágil y eficaz para responder a situaciones sobrevenidas (lo que se querría evitar, precisamente, favoreciendo el tránsito al IMV). Careceríamos, pues, a juicio del Ministerio de Economía (en parte compartido por el Ministerio de Trabajo), antes del RDL 2/2024, de pasarelas entre los sistemas de protección en el ámbito laboral y social, dificultando asignar de forma óptima los instrumentos para satisfacer cada situación de necesidad. En consecuencia, la mezcla o confusión de objetivos en el nivel asistencial de desempleo ni facilitaría la reinscripción al mercado laboral de las personas beneficiarias (enfoque de empleabilidad típica de la protección por desempleo), ni tampoco la lucha eficaz contra la exclusión social

<sup>21</sup> Entre los diversos ejemplos que se ponían para ilustrar este error estructural del diseño del subsidio asistencial de desempleo, se ponía énfasis, conforme a los Estudios del Banco de España y de FEDEA, a la regulación de los umbrales de renta y consideraciones de responsabilidad familiar, considerados como generadores de “incentivos negativos para otros miembros de la familia del beneficiario, en particular cuando las características del hogar ya se toman en cuenta en la determinación de la cuantía del Ingreso Mínimo Vital. Y todo ello eleva el coste implícito de aceptar un empleo en la economía formal, con el consiguiente incentivo para la economía sumergida”.

<sup>22</sup> En este proyecto, esencial era el objetivo de incentivar la recualificación y la reincorporación laboral, para evitar la “pérdida de capital humano fruto de los avances tecnológicos de la economía y del paro de larga duración”. De ahí que apele al impacto de la transición digital en marcha, que también demandaría una profunda adaptación del “sistema de protección” social. La dimensión económica de la lógica prestacional emergen fuerte, una vez más, en esta concepción institucional de las políticas de empleo: “la generalización de tecnologías como la Inteligencia Artificial, el Internet de las Cosas, el 5G, los vehículos autónomos o la robótica avanzada producirán una mejora significativa de nuestro bienestar, pero también alteraciones profundas en la estructura del mercado laboral, que afectarán tanto a la distribución de ocupaciones como a la propia organización del trabajo.”. Estos cambios estarían generando políticas de fuerte inversión creadoras de “oportunidades de empleo en ámbitos de mayor valor añadido y supone una ocasión única para lograr reducir significativamente la tasa de paro, aflorar economía sumergida y aumentar el empleo en la economía española, con un impacto estructural muy significativo sobre las cuentas públicas, el sistema de pensiones, el crecimiento potencial y la reducción de desigualdades”.

y la pobreza infantil en situaciones de máxima vulnerabilidad fuera de lo laboral, adaptadas a la situación específica de cada familia (lógica de protección social de las prestaciones de ingreso mínimo).

Cuarto, el sistema adolecería no solo de lagunas sino de disfunciones generadoras de desigualdades entre las distintas personas trabajadoras y beneficiarias de prestaciones. A tal fin, se hace una referencia doble intergeneracional, destacando nominativamente la doble “discriminación” que supondría (1) el efecto excluyente de las personas jóvenes, que no tiene acceso a algunas prestaciones, lo que califica de “discriminación negativa” y (2) el efecto ventaja que supondría la “sobrecootización social” (125% base mínima de cotización del RGSS) en el subsidio de personas de más de 52 años, calificado como una “ventaja injustificable frente a los trabajadores empleados”. Por tanto, se traduciría -a su entender, rechazado finalmente por la reforma- en una “discriminación positiva injustificada” por razón de la edad. Un efecto perverso jurídico-social de esta regla diferenciadora al que se sumaría otro económico, por cuanto, en tales condiciones, estas personas no tendrían ningún incentivo para incorporarse al empleo, máxime dadas sus especiales dificultades de retorno al empleo, limitándose a pasarela a la prejubilación.

Esta extensa y articulada argumentación institucional, claramente de inspiración de la ciencia económica neoclásica y liberal, se resumía en prensa con un titular muy ilustrativo de la diferencia de enfoques entre el Ministerio de Economía y el Ministerio de Trabajo para afrontar una misma reforma: “*No queremos subsidiar el paro, sino crear 350.000 empleos*”<sup>23</sup>. En efecto, el secretario de Estado de Economía defendía la reforma legal del subsidio por desempleo como imperativo de modernización de las políticas pasivas de empleo en clave de pleno empleo europeo, en radical contraste con la propugnada por el secretario de Estado de Empleo, renegando de la función de garantía de rentas sociales de las personas desempleadas para abrazar su función de incentivo a la creación de empleo. Nada menos que 350.000 empleos nuevos se crearían con su reforma, reduciendo de tal modo el número de personas beneficiarias y mutándolas en cotizantes, con el efecto visto de mejora de la sostenibilidad del sistema de seguridad social. En cambio, en las mismas fechas, los titulares que daba el proyecto en paralelo presentado por el Ministerio de Trabajo destacaban que aumentaría en unas 400.000 personas beneficiarias del subsidio.

El planteamiento no puede ser más contradictorio y la posición diferencial más radical entre Ministerios de un mismo Gobierno. Cada Ministerio abanderó una concepción de las dos frontalmente enfrentadas en la ciencia económica y en la jurídica. La noche y el día, pues. En consecuencia, parecía inevitable un acuerdo transaccional para devenir ley.

<sup>23</sup> <https://elpais.com/economia/2023-12-02/gonzalo-garcia-andres-no-queremos-subsidiar-el-paro-sino-crear-350000-empleos.html>

Conocido es que tanto el RDL 7/2023 como, todavía más, el RDL 2/2024 arrumbó este planteamiento económico en la dinámica reformadora del nivel asistencial, desechándose algunas de las medidas indicadas (ej. pervive el plus de cotización para mayores de 52 años -art. 280 TRLGSS, con nueva redacción, pero continuidad de ese beneficio-; no tuvo aceptación la reducción del periodo de disfrute del subsidio; menores incrementos de la cuantía, hasta incluso llegar a reducirse respecto de la situación anterior a la reforma legal, etc.). Pero ¿seguro que no ha dejado una profunda huella en la reforma, como exigencia de una norma social transaccional en materia de desempleo asistencial que permitiera el acuerdo interno gubernamental, en parte asumida por el diálogo social en su acuerdo, sin perjuicio de ciertas matizaciones? A dar una respuesta, siquiera sucinta y, como veremos, en un sentido parcialmente positivo, dedicamos el siguiente apartado.

### **3. NUEVAS TÉCNICAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO EN LA REFORMA DEL RDL 2/2024, DE 21 DE MAYO**

Sin duda, al menos a mi juicio, el enfoque economicista de una parte del Gobierno para afrontar la reforma del desempleo asistencial comprometida con la Unión ha dejado más huellas de las que, al menos inicialmente, se quieren reconocer, en el sistema normativo renovado con el RDL 2/2024, de 21 de mayo. En realidad, las principales novedades en las técnicas de incentivo al retorno al empleo ínsitas en el subsidio por desempleo tienen un claro código genético y lo firma el Ministerio de Economía. El Ministerio de Trabajo no pudo resistirlas, a diferencia de otras (ej. el Ministerio de Economía proponía reducir del tiempo de subsidio, sobre la idea de depurar el subsidio de su función de cobertura de cargas familiares, dejándolo como mecanismo individual vinculado al desempleo, sin más y dejando la cobertura de esas necesidades al complemento del IMV; sin embargo, se mantiene la duración y mejora en ciertos casos -nueva redacción del art. 277 TRLGSS-).

En efecto, si dejamos de lado las vinculadas a las técnicas de activación conocidas (reforzamiento de la vinculación con el acuerdo de actividad, una priorización de estos colectivos en las políticas activas, mayor control del cumplimiento de los requisitos de activación para el acceso y mantenimiento etc.<sup>24</sup>), las dos técnicas más novedosas a tal fin tienen la firma del Ministerio de Economía. A saber:

- 1) La compatibilidad de la prestación por desempleo (tanto del subsidio como de la prestación -si bien en este caso se difiere más en el tiempo-) con la retribución

<sup>24</sup> Por ejemplo, se da nueva redacción al art. 299 TRLGSS, relativo a las obligaciones de las personas trabajadoras, solicitantes y beneficiarias de la prestación por desempleo, para introducir,

por un trabajo asalariado<sup>25</sup>, a jornada completa o parcial, durante un tiempo máximo de 180 días, reduciéndose los porcentajes de compatibilidad según avanza el periodo de duración del beneficio social (nueva redacción del art. 282 TRLGSS -formalmente vigente desde el 23 de mayo de 2024 pero sin que tenga efectividad hasta el 1 de noviembre de 2024, a excepción de su apdo. 5-)

- 2) La fijación de la cuantía del subsidio mediante una técnica variable decreciente, según el tiempo de duración del beneficio social (art. 278 TRLGSS)

Respecto a la primera técnica de incentivación referida, hay que recordar que el Ministerio de Trabajo proponía una compatibilidad plena entre subsidio y retribución durante 45 días, sin hacer mención alguna al “complemento de apoyo<sup>26</sup> al empleo” (CAE). En cambio, el Ministerio de Economía auspiciaba una novedosa regla generalizadora de la compatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta ajena (también por cuenta propia, si bien se ha descartado en la norma resultante<sup>27</sup>), a tiempo completo o parcial, con un límite máximo de 180 días, en una o varias relaciones laborales. En estos casos, el subsidio se percibirá como un complemento de activación cuya cuantía se determinará trimestralmente, en función de la jornada inicial de la compatibilización y del trimestre en que se halle en cada momento la persona perceptora al inicio del subsidio (se formula una tabla en la ley, que va del máximo del 80% al mínimo del 5%)

El proyecto del Ministerio de Economía explicitaba que con ello se buscaba, de manera temporal, garantizar una *renta complementaria decreciente* que incentivara, de forma similar al incentivo introducido para el IMV en el Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, la reincorporación al trabajo y la afloración

entre las novedades más relevantes (formalmente en vigor desde el 23 de mayo de 2024, pero con vigencia efectiva solo desde el 1 de noviembre de 2024), la desaparición (además de la obligación de renovar la demanda de empleo) del carácter voluntario, durante los 30 primeros días de percepción de la prestación contributiva de desempleo, de participar en acciones de mejora de la empleabilidad adecuada a su cualificación, así como la obligación de comunicar las situaciones de interrupción de la actividad fija discontinua suspensión o extinción de la relación laboral que originó el CAE. A ello se suma la obligación de presentar anualmente la declaración correspondiente al IRPF y, durante la suspensión cautelar o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de un procedimiento sancionador o del incumplimiento, los documentos requeridos por la entidad gestora que pueda afectar a la conservación del derecho.

<sup>25</sup> La norma establece la incompatibilidad de la prestación y del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuya realización no implique la inclusión obligada en alguna mutualidad de previsión social alternativa al RETA (en la versión precedente se refería únicamente a la no inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social).

<sup>26</sup> Sin duda expresión eufemística, porque se está pensando realmente en “complemento de activación para el empleo”.

<sup>27</sup> Esta regla se reservada hasta la reforma únicamente para los colectivos de personas desempleadas mayores de 52 años (subsidio de prejubilación) y para las personas eventuales agrarias incluidas en el REA (disposición transitoria quinta de la Ley 45/2002, que se deroga en la disposición derogatoria única.3 en relación con la disp. trans. cuarta del RDL 2/2024).

de economía sumergida. Algo menos contundente, el preámbulo del RDL 2/2024 explicita esta finalidad ocupacional de no penalizar la reincorporación al trabajo. Añade, más en el plano dogmático, si bien de forma poco coherente, que pese a denominarse complemento no afectaría a su inicial naturaleza de “nueva forma de compatibilidad”, respondiendo el cambio terminológico para “distinguir esta nueva regulación de la compatibilidad de la anterior compatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con el trabajo a tiempo parcial” (así como durante el periodo transitorio hasta la extinción de los subsidios reconocidos antes de la entrada en vigor de la reforma -disposición transitoria cuarta RDL 2/2024-)<sup>28</sup>.

No es cuestión de entrar en estas disquisiciones terminológicas que, innecesariamente, o quizás a modo de *excusatio non petita*, acusatio..., abre el Gobierno. Pero lo cierto es que, appena se compare con la opción técnica preferida por el Ministerio de Trabajo, en la que se contemplaba una plena compatibilidad de 45 días, la situación resultante actúa más como un complemento notablemente decreciente (una persona con empleo a jornada completa podrá añadir al salario entre 120 euros y 480 € al mes, dependiendo del momento temporal de percepción del subsidio en el que se encuentre) que como un régimen genuino de compatibilidad. En todo caso, obedece a una política de activación.

Esta novedad se extiende a las prestaciones contributivas (disposición adicional quincuagésima novena TRLGSS), si bien con un periodo aplazado de vigencia efectiva más dilatado<sup>29</sup>. La norma prevé una tabla específica a tal fin (va desde el máximo del 80 por ciento, para el CAE a tiempo completo desde el 10 al 15º mes, al mínimo del 15 por ciento, para el CAE a tiempo parcial y mes 22 a 24º), determinando la cuantía y duración del CAE, previendo un umbral a partir del cual incurre en incompatibilidad de la prestación contributiva con el trabajo por cuenta ajena: cuando el salario bruto mensual sea superior al 375% del IPREM (2.250 € en 2024). Además, se prevé expresamente que la entidad gestora no esté obligada a ingresar cotizaciones sociales durante el tiempo de percibo del CAE por empleo

<sup>28</sup> Esta regulación se complementa con la nueva disposición transitoria cuadragésima del TRLGSS. En ella se regula la compatibilidad, a partir de 1 de junio de 2025, del subsidio para las personas emigrantes retornadas y el de las personas víctimas de violencia de género o sexual con CAE. Desde el 1 de noviembre de 2024 (fecha de entrada en vigor de las disposiciones 57ª y 58ª) hasta el 31 de mayo de 2025 ambos subsidios serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando lo sea a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá de su importe la parte proporcional al tiempo trabajado. Esa deducción se hará además de cuando se acceda al subsidio manteniendo un contrato a tiempo parcial, cuando se esté percibiendo el subsidio y se obtenga un trabajo a tiempo parcial.

<sup>29</sup> Las prestaciones contributivas nacidas a partir del 1 de abril de 2025 y cuyo periodo reconocido de derecho fuera superior a 12 meses, una vez devengados los primeros 9 meses, serán compatibles con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo y a tiempo parcial en la misma forma, condiciones y efectos previstos para el subsidio por desempleo (art. 282.3 LGSS), si bien la persona beneficiaria podrá desistir de la aplicación de esa compatibilidad presentando la correspondiente solicitud, suspendiéndose la prestación.

completo compatible con la prestación y el subsidio. Sí deberá hacerlo (ingreso de cotizaciones) proporcionalmente si es un CAE de empleo parcial.

Ni el subsidio para mayores de 52 años ni el previsto para el personal artístico-cultural se ven afectados por esta nueva regulación. El preámbulo del RDL 2/2024 (convalidado ya por el Congreso) explica que la continuidad de la cuantía fija queda compensada, de una parte, por la mayor duración del subsidio de prejubilación, y, de otra, por la cotización de la que se beneficia esta modalidad -125% de la base mínima de cotización del RGSS- a cargo de la entidad gestora, beneficios de los que “carece el resto de subsidios”.

En lo que concierne a la cuantía, también se acude a esta técnica de garantía de rentas sociales variable, pero decreciente. Así, se aumenta la cuantía inicial del subsidio (95% del IPREM para el primer semestre de percepción) para luego reducirla (90% del IPREM en el segundo semestre de percepción), hasta dejarla en la cuantía actual (anterior a la reforma: 80% del IPREM a partir del día siguiente al año de percepción), de forma que, al igual que la reforma del sistema de compatibilización con el empleo referida, se fomente el retorno al mercado de trabajo de las personas beneficiarias. La introducción de esta escala (en tres tramos) decreciente estaría en línea con el diseño de las prestaciones contributivas y del incentivo al empleo en el IMV, alineándose así, se decía en el proyecto del Ministerio de Economía, con el diseño aplicado en la mayoría de los países de la Unión Europea.

Nada de todo esto aparece en el preámbulo del RDL 2/2024. El incluido en la ley aprobada finalmente ha preferido limitarse a referencias más escuetas y descriptivas. Opta por dar más relieve a la mejora que supone, a raíz de la petición sindical, la eliminación de la deducción proporcional en función de las horas trabajadas a tiempo parcial. Una reforma que, conviene subrayarlo, tiene un indudable impacto indirecto de género, porque la gran mayoría de las personas en esta situación son mujeres, como es bien sabido, así como las personas más jóvenes, pero ya hemos indicado cómo las personas jóvenes tienen menor presencia en la protección asistencial. Junto al factor sexo-género, muy presente en el ámbito de la protección asistencial por desempleo (como en otros ámbitos de la protección de seguridad social), otro factor importante que sesga esta regulación es el de la edad.

#### **4. LA TÉCNICA DE LA CUANTÍA DECRECIENTE DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: ¿ES CONFORME CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA?**

Más allá de los debates de política del derecho en materia de desempleo que puedan suscitar todas estas cuestiones, entiendo que aspectos tales como la cuantía no pueden ser dejados a una decisión tan puramente discrecional como plantea el Gobierno y parecen asumir, de momento, los sindicatos. Al contrario, a mi juicio,

existen condicionantes jurídicos más comprometidos normativamente que se han pasado por alto en esta reforma. Al respecto, no es ocioso recordar que la norma finalmente resultante vuelve a ser un fiel reflejo del carácter transaccional de la norma social, especialmente radicalizado en este caso. El Ministerio de Economía propuso la siguiente tabla, que evidenciaba una mejora de la cuantía para el primer trimestre del percibo del subsidio, pero un recorte intenso para los periodos finales, sin duda en la línea planteada por el Banco de España y por los teóricos de FEDEA. Así (recuérdese que la propuesta originaria también pretendía utilizar el aspecto de la duración del subsidio como técnica de incentivo para el retorno al empleo) reduciendo notablemente el periodo temporal previsto, que se mantiene tras la reforma-:

Trimestre desde que se inicia el subsidio	Subsidio (%IPREM)
1	100%
2	80%
3	65%
4	50%

Por su parte, la tabla originaria propuesta por el Ministerio de Trabajo era:

Semestre desde que se inicia el subsidio	Subsidio (%IPREM)
1 (180 días)	110% (660 €)
2 (181-360)	90% (540 €)
3 (361-adelante)	70% (420 €)

La tabla resultante ya la conocemos y expresa esa transacción institucional, con un marco puramente político, cuestionado sindicalmente de inicio, pero posteriormente asumido en aras del acuerdo. Así:

Duración del subsidio	Cuantía % IPREM (600€)	Cuantía €/mes
180 primeros días (6 meses)	95% IPREM	570€
360 día siguientes	90% IPREM	540€
Resto hasta 21 meses	80% IPREM	480 €

A mi entender, esta cuestión debe presentarse de una manera análoga a la suscitada en relación bien, en el ámbito de la regulación de las relaciones de trabajo y configuración de uno de los factores clave en las dinámicas económicas del mercado de trabajo, al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) bien, ya en el terreno de la protección social, para las pensiones mínimas y asistenciales. Como es igualmente conocido, sin entrar ahora en profundidades al respecto, ya suficientemente analizadas, en ambos casos ha sido muy importante la nueva

visión o concienciación que en España se tiene de la Carta Social Europea y, sobre todo, del papel de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales. ¿Y en este caso? A nuestro juicio, también debería serlo.

El reconocimiento y garantía, por el art. 12 de la CSE, de un nivel de intensidad protectora objetivado mínimo, que además deberá ser mejorado de forma progresiva, también afecta a las prestaciones por desempleo, desde luego al nivel asistencial. Justamente, España viene recibiendo constantes reprobaciones por seguir con un Derecho social disconforme con la Constitución Social de Europa, con el art. 12 de la CSE en lo que hace a los subsidios de desempleo. Hasta ahora, esa reprobación ha venido a través del sistema de control del (in)cumplimiento basado en la valoración de los Informes de los Estados y emisión de Conclusiones por el CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales) a partir de los Informes de los Estados. Así, entre otras muchas previas a la última en la que ha tenido oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido que en las ocasiones precedentes (recuérdese que el CEDS utiliza indistintamente sus Conclusiones para razonar las Decisiones de Fondo y estas para argumentar en aquellas, evidenciando un cuerpo de valor jurisprudencial coherente), se destaca cristalinamente en las Conclusiones XXII-2 (2021 —publicadas en marzo de 2022—) del CEDS, para España (grupo temático II: «Salud, Seguridad Social y Protección Social»).

En ellas se pone de relieve, sin ambages, que el subsidio por desempleo, al estar por debajo del 50 por cien del ingreso mediano (el ingreso mediano está en España hoy en torno a 1600€ —no hay que confundir con salario medio—), incluso por debajo del 40 por ciento de tal ingreso, sería contrario al art. 12.1 CSE. En consecuencia, al margen del parámetro o indicador que se elija para tratar de dar cumplimiento a este mandato, conviene dejar bien afirmado que no es discrecional para los Estados, como parece haberse entendido hasta el momento. Por lo tanto, debe actuarse en este ámbito como se ha hecho para el SMI, como nos parecería más ajustado al vincularse a una dimensión reguladora de mercado laboral o de empleo (así habría una coherencia, desde un lado proactivo y de garantía de renta, entre la tan proclamada vinculación del subsidio con las políticas activas de mercado de trabajo o de empleo), o, al menos, como se ha llevado a cabo con las pensiones mínimas. En definitiva, no se ajustaría a la Carta Social Europea, según la doctrina vinculante del CEDS:

- (i) Ni la cuantía fijada. Tendría que situarse entre los 640 y los 800 €.
- (ii) ni la técnica establecida a tal fin, como es una escala variable a la baja según se avanza en la duración del subsidio, por lo que debería ser estable, al menos durante más tramos de los ahora previstos
- (iii) ni el indicador objetivo elegido para determinar la cuantía, el IPREM, porque nada indica respecto de la capacidad para garantizar una vida digna

Hay que recordar que una de las principales novedades de la reforma es reconducir una parte del ámbito subjetivo previo del nivel asistencial hacia el IMV.

El preámbulo de la reforma explica que el ámbito del desempleo asistencial sería el de las situaciones que guardan una relación directa con la pérdida inmediata de un empleo, o el agotamiento de la prestación contributiva; en cambio, las situaciones que no guardan relación directa con la pérdida de un empleo anterior, así como las medidas de protección de las personas que agoten los derechos previstos en el Título III del TRLGSS deben ser reconducidas hacia el IMV. Una racionalización que incluirá la RAI (derogada, si bien la protección del colectivo de víctimas de violencia de género y sexual gozan excepcionalmente de un subsidio de desempleo propio). Pues bien, al respecto es útil traer a colación la reciente reclamación colectiva presentada ante el CEDS contra España por la eventual disconformidad de la regulación del IMV con la CSE (n. 241/2024)<sup>30</sup>.

La LIMV, en especial la cuantía, pero no solo, quedaría lejos de satisfacer los estándares exigentes de la CSE sobre los que el CEDS habría venido pronunciándose críticamente, aún respecto de las rentas autonómicas, indicando no conformidades con el artículo 13.1 de la CSE. Para la reclamación colectiva, presentada por una ONG, no por un sindicato, el IMV, además de persistir en los mismos defectos identificados por el CEDS para los incumplimientos relativos al artículo 13, incurriría en nuevos incumplimientos contra otros artículos de la CSE. Veremos la suerte de esta reclamación. En tanto, a mi juicio, es irrefutable que el art. 278 TRLGSS incurre en radical disconformidad con el art. 12 CSE

## **5. UN EFECTO DISFUNCIONAL DE LA MEJORA DE LA COBERTURA: LA ASISTENCIALIZACION DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**

Junto a la simplificación (de cargas administrativas, sobre todo; más relativa de lo que se decía respecto del ámbito subjetivo, por la insuficiente reconducción al IMV, creando dos nuevas modalidades de subsidio -personas emigrantes retornadas y mujeres víctimas de la violencia de género y/o sexual-, a sumar a otras como el subsidio de artistas), el objetivo de la mejora de la cobertura subjetiva del nivel asistencial es el principal efecto que tendrá (no fue inmediato, pues entró en vigencia efectiva el 1 de noviembre del 2024). No puede regatearse a esta reforma una valoración muy positiva en este punto, ampliando de forma muy notable el número de personas beneficiarias (otra valoración merecerá la intensidad protectora, que apenas ha variado, perpetuando el déficit social y jurídico) del subsidio asistencial de desempleo. Se amplía la cobertura del nivel asistencial en algunos tramos de edad excluidos antes de la reforma (ej. personas menores de 45 años sin cargas o responsabilidades familiares -se redefine esta exigencia en el art. 275 TRLGSS-,

<sup>30</sup> [https://rm.coe.int/cc241casedoc1-es/1680b05d18?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAAR0bQcTA7jn9KtwbggyIxmaL6rsYOno2w-2Vv\\_0nyiG3S5Q7SLJxVgRcOUU\\_aem\\_A1356Qvo43pXgkJODFVcDw](https://rm.coe.int/cc241casedoc1-es/1680b05d18?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAAR0bQcTA7jn9KtwbggyIxmaL6rsYOno2w-2Vv_0nyiG3S5Q7SLJxVgRcOUU_aem_A1356Qvo43pXgkJODFVcDw)

siempre que hayan agotado una prestación contributiva de 360 días), así como en favor de aquellas que acrediten periodos cotizados inferiores a 6 meses (aun sin responsabilidad familiar) y de las personas trabajadoras eventuales agrarias (indirectamente también tienen un efecto de género evidente, porque las mujeres están sobrerrepresentadas en estas técnicas de protección asistencial), beneficiadas, además, por la reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio de desempleo agrario. En tal dirección, se reconoce la prestación a las personas trabajadoras transfronterizas de Ceuta y Melilla

Ahora bien, es necesario, entiendo, a efectos de la futura evaluación de su impacto, comprometida en la reforma, tener en cuenta que el resultado será la culminación de un largo proceso del sistema de protección social por desempleo: nacido esencialmente como contributivo parece que terminará siendo eminentemente asistencial. El sistema pasará de las 900.000 personas beneficiarias actuales a unas 1.300.000 personas cubiertas por este nivel, frente a los poco más de 800.000 personas beneficiarias del nivel contributivo. O lo que es lo mismo, prácticamente 6 de cada 10 personas protegidas por desempleo lo serán en el nivel asistencial. Sin duda, con ello se avanza en cobertura universal, pero, al mismo tiempo, significa una reducción relativa y progresiva del estándar cualitativo de protección, por cuanto ya hemos visto lo pírrico de la cuantía. Por tanto, encontraremos una dimensión más de esta evolución (bajo ciertos criterios podría tenerse como auténtica involución o regresión) hacia lo asistencial del entero sistema de seguridad social.

En realidad, si atendemos a las estadísticas oficiales, el nivel asistencial ya supera al nivel contributivo. Este nivel representaba en el primer semestre del año 2024 en torno al 44,3% del total de personas cubiertas y el asistencial el 42,3%. Pero esto era así solo por la diferenciación estadística de otras ayudas asistenciales de desempleo, como la renta agraria (3,7%), subsidio agrario (4,4%) y la renta Activa de inserción (5,3%). Por lo tanto, la suma de todas estas técnicas asistenciales hace un total del 55,7%. Con esta reforma, la reconducción de algunas de estas técnicas al nivel asistencial y el aumento del número de personas beneficiarias de éste ampliará notablemente el porcentaje. El desequilibrio entre el nivel contributivo y el nivel asistencial será muy apreciable.

Pero habrá otros desequilibrios jurídico-sociales, de carácter subjetivo y territorial. El impacto no será homogéneo, incluso equitativo, ni en todos los colectivos potencial y actualmente beneficiarios (brechas subjetivas en la protección asistencial por desempleo), ni en todos los territorios (brechas territoriales en la protección por desempleo), pese a las mejoras en el desempleo asistencial agrario, incluso en el desempleo transfronterizo (Ceuta-Melilla: D.A. 56.<sup>a</sup> de la LGSS). La propia exclusión de un nivel asistencial en la protección por cese de actividad (la denominada “protección por desempleo autónomo”) evidencia estas asimetrías de protección, no resueltas por la reforma.

El carácter asistencial de un sistema apunta hacia su universalización protectora y esa tendencia puede ser una buena noticia, pero, al tiempo, evidencia que estamos ante una garantía de rentas mínimas, a menudo muy por debajo de los umbrales de pobreza contemporáneos, lo que exige una revisión más en profundidad de lo apuntado hasta el momento respecto de sus cuantías, por razones sociales y por exigencias jurídicas, como se ha indicado (compromisos con la CSE). En este sentido, debe tenerse en cuenta que:

- 1) Una institución de la gobernanza económica española, poco sospechosa de derivas hacia el garantismo social, como el Banco de España, ha reconocido que en España existe un grave problema de cobertura por desempleo, siendo el español uno de los sistemas con coberturas más bajas de la UE (solo por detrás de Malta, Eslovaquia y Croacia). Un déficit que contrasta más si se tiene en cuenta que somos el país de la UE con mayor tasa de paro.
- 2) La brecha de género del nivel asistencial es evidente. El diferencial es notable, en torno a los 10 puntos porcentuales de más presencia en él de mujeres, cuando en el contributivo la diferencia es mucho menor.
- 3) Las brechas etarias en la protección (asistencial) por desempleo. Pero no es solo el género la variable sociodemográfica relevante en la protección asistencial por desempleo, también lo es, y mucho, la edad. La mayor parte de las personas beneficiarias de los subsidios asistenciales son para personas de edad madura, lo que genera un nuevo efecto de inequidad intergeneracional (la mayor protección se da a partir de los 55 años), lo que ya fuera objeto de crítica, como se comentó, por el proyecto del Ministerio de Economía. Afortunadamente malogrado, incluía aspectos críticos muy significativos, que convendría retomar en el futuro próximo, por lo acertado de sus diagnósticos, aunque fuesen desacertadas sus terapias.
- 4) Si ciertamente “son todos los colectivos que están” en la ampliación (se trata de colectivos vulnerables sin duda), no están todos los que son (ej. el colectivo de las personas autónomas en situación vulnerable comparable a la de las personas por cuenta ajena -STJUE 12 de enero de 2023, asunto 352/2021-; la disfuncionalidad del subsidio especial para el sector artístico -DA 51ª TRLGSS, introducida por el RDL 1/2023, de 10 de enero-).

## **6. REFLEXIONES FINALES: ¿EN LA ANTESALA DE UNA REFORMA MÁS INTEGRAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?**

Es momento de cerrar este estudio. Es usual, y conviene, hacerlo apuntando reflexiones que, además de sintetizar lo más significativo de las páginas precedentes, avisten algunas líneas de evolución futura, tanto del debate sobre el objeto de análisis, la protección social por desempleo en este caso, mal llamadas interesadamente “políticas pasivas” de empleo, como del cambio legal más deseable, al menos desde

el doble punto de vista de la mejora de la justicia protectora (enfoque de garantismo social) y de la eficiencia del sistema (racionalización económica). Al respecto, entiendo que podría ser más adecuado realizar las siguientes observaciones.

En primer lugar, se ha destacado cómo, en el proceso -más atormentado de lo previsto- de producción de la última reforma de la protección social por desempleo, ha tenido lugar una dura pugna, muy visibilizada institucionalmente, entre las dos funciones básicas de estas prestaciones del sistema: la cobertura suficiente de situaciones de necesidad ligadas a la pérdida de un empleo, de un lado, y la incentivación para retornar a un nuevo empleo. Tan radical fue el conflicto que dos Ministerios diferentes de un mismo Gobierno hicieron sus respectivos proyectos de RDL abanderando un objetivo frente al otro. Se concluye mayoritariamente que tanto en el primer, y malogrado, intento (el no convalidado RDL 7/2023) como en el segundo, parlamentariamente convalidado (RDL 2/2024) la prioridad, dentro de una norma social claramente transaccional entre ambas pulsiones opuestas, en el seno mismo del Gobierno, se habría dado a la primera función, dominando el objetivo de la mejora subjetiva de la cobertura asistencial del subsidio de desempleo.

Ahora bien, convendría -por lo argumentado en el estudio- no infravalorar la intensidad que la incentivación para el retorno al empleo tiene en la reforma finalmente aprobada. Junto a la enésima vuelta de tuerca a las clásicas técnicas de activación (vinculación al acuerdo de actividad, control disciplinario de la búsqueda activa de empleo, etc.), se han incorporado otras nuevas (ej. generalización de la compatibilidad, cuantías decrecientes)

La concepción económica de la protección por desempleo (doctrina del riesgo moral, las evidentes anomalías del mercado de trabajo español en términos de creación de empleo y de cobertura de vacantes se explica mayoritariamente por la escasa cultura del retorno al empleo, la empleabilidad debe ser el santo y seña del diseño institucional de las políticas de protección social, etc.) ha dejado, pues, una intensa huella en el sistema. Aunque todos los análisis evidencian que la necesidad actual de reforma del sistema de desempleo no reside básicamente en un problema de desequilibrio financiero de aquél o de riesgo para su sostenibilidad, se insiste en nuevas reformas a fin de incentivar el retorno al mercado de trabajo de las personas beneficiarias (subsidiadas), como vía fundamental para corregir las referidas persistentes deficiencias del mercado de trabajo (a las que el proyecto propio del Ministerio de Economía daba pábulo y listaba, de forma precisa, dicho sea de paso).

Sin embargo, en segundo lugar, estos avances notables en instrumentación de las medidas prestacionales de protección del empleo al servicio del incentivo a la empleabilidad, ni están contrastados en su eficacia ni, lo más preocupante, han sido escrutados en el marco de las obligaciones jurídicas internacionales sociales de España, por lo que la legitimidad de algunas de ellas es dudosa. En el primer plano, la falacia de la técnica de la reducción de las cuantías para incentivar el

retorno al empleo, decreciendo notablemente según va creciendo el periodo de duración (la cuantía es inversamente proporcional a la duración), es de evidencia cuando estamos hablando de prestaciones tan pírricas, muy por debajo del umbral de pobreza. Es irrazonable a la luz de cualquier criterio de evaluación pensar (incluso creer) que una persona, por cobrar en vez de 540 € 570 € va a tomarse más en serio su retorno. Quizás pueda pensarse, aunque también me cuesta mucho aquí, que, en el plano contributivo, la diferencia entre un 70% y un 60% de prestación pueda servir de acicate para el retorno al empleo (la experiencia no lo confirma). Pero en el asistencial es pura ciencia (económico-moral) ficción. Además, incluso quien cree que puede mover a una actitud más proactiva para salir lo antes posible de la situación, sabe bien que reduce el incentivo de quienes lleven en desempleo más tiempo, una mayoría de ellas.

Con todo, el principal problema de esta técnica de cuantificación económica reside en su marcado desajuste con las exigencias del art. 12 CSE, según la doctrina del CEDS. En este estudio se defiende la clara ilegitimidad internacional de la cuantía del subsidio, de conformidad con la crítica al respecto realizada a España reiteradamente por el CES en sus Conclusiones. Unas dudas de legitimidad que también se han formalizado de manera reciente, a través de una reclamación colectiva, para la prestación a la que, tras la reforma por el RDL 2/2024, se pretende reconducir una parte del nivel asistencial vigente antes de ella, en el debido esfuerzo de simplificación y racionalización: el IMV. Aunque, como se ha dicho, este proceso de racionalización se ha quedado a medio camino, lo que exigirá una reforma más profunda y coherente al respecto, lo cierto es que ahora se encuentra con este contratiempo jurídico-social internacional

En tercer lugar, es indudable ahora ya que la principal condición de eficiencia del sistema de protección social por desempleo, para, y más allá de, las personas mayores de 52 años, pasa por la mejora real de la eficacia y la eficiencia de las políticas activas de empleo. En el RDL 2/2024 se formulan algunos compromisos al respecto, que refuerzan los presentes en la LE. Sin embargo, ni un marco legal ni el otro aseguran que las nuevas garantías de servicios públicos (y privados, socialmente financiados) de las personas beneficiarias sean efectivas, porque ni se establecen indicadores ni concretan recursos financieros

Los compromisos normativos de mejora de la empleabilidad, arrancados sindicalmente al Gobierno en el diálogo social previo al RDL 2/2024, de las personas receptoras del subsidio reforzando las garantías de acceso a políticas activas está muy lejos de cumplirse de forma efectiva, por varios motivos. De un lado, por la fractura existente entre los más definidos derechos y la escasa capacidad práctica de cumplimiento por los servicios públicos de empleo. Ante esta persistente fractura, de muy poco va a servir que se hagan más intensas las vinculaciones de la situación de desempleo a las obligaciones genéricas asociadas a los acuerdos de actividad, cuando se mantienen las notables deficiencias en el desempeño de los servicios públicos de empleo, que carecen sea de recursos de

personal sean de la capacitación económico-empresarial necesaria para mejorar la relación entre las ofertas de empleo y las demandas. De otro, se cuestiona también el desalieneamiento constante derivado de la separación de competencias entre el SEPE y los servicios autonómicos, pese a que se llama, desde hace décadas, a su coordinación<sup>31</sup>.

En cuarto lugar, se ha llamado la atención sobre un aspecto menos más inquietante de la mejora de cobertura subjetiva del nivel asistencial y es que, a partir de que tenga efectiva vigencia, este nivel habrá dado un notable “sorpaso” al nivel contributivo. Nacida esta protección como contributiva esencialmente, siendo el nivel asistencial complementario solo, tendería a convertirse en dominante, sin duda debido a las deficiencias persistentes del nivel contributivo. La positiva tendencia a la universalización de la protección guarda este inquietante efecto. Al tiempo que, con ello, se intensificarán los sesgos de género y de edad del sistema, creando brechas y desigualdades importantes, atendidas de una forma muy indirecta, y solo respecto al género, con la reforma (ej. de las personas perceptoras de prestaciones con parcialidad un 72% son mujeres, solo un 28% de hombres, por lo que la eliminación de la parcialidad en el subsidio favorece más a aquéllas, lógicamente)

En quinto lugar, hay que reformar ya con urgencia también el nivel contributivo. No solo su ámbito de cobertura ofrece importantes lagunas de protección, sino que su intensidad protectora ha mermado notablemente en los últimos años, estando muy por debajo la prestación media del SMI, lo que resulta inconcebible, inasumible, socioeconómica y jurídicamente. Que se mantenga aún como referente el IPREM, para fijar los límites mínimos y máximos de la cuantía, carece hoy de razonabilidad, fuera, lógicamente, del objetivo exclusivo de la garantía de sostenibilidad financiera del sistema por la reducción de la cobertura y de la intensidad protectora. Al respecto, conviene poner de relieve la revalorización del papel de la prestación por desempleo en la conformación económicamente óptima del mercado de trabajo, evidenciando que las políticas de garantía de rentas sociales por desempleo nunca son “pasivas”, ni normativa ni materialmente.

<sup>31</sup> Cfr. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Notas sobre la simplificación y la mejora...* Ob. cit. Añade que persistiría una importante descoordinación entre los diferentes ámbitos prestacionales sociales existentes en este ámbito. Así: “La situación del subsidio por desempleo después de la reforma no guarda la necesaria relación y coherencia con el resto de las prestaciones económicas existentes dirigidas a personas en desempleo (IMV y rentas autonómicas). La opción de simplificar el número de prestaciones identificando las funciones específicas de cada una de ellas podría ser más eficiente para conseguir los objetivos buscados. En concreto, se podría mejorar la cuantía de la prestación económica contributiva limitando el periodo a 12 meses, disponer de un subsidio por desempleo por un periodo máximo de 18 meses y, en caso de mantenerse la persona en desempleo, pasar a percibir el IMV, actuando las rentas autonómicas como complemento de los colectivos con mayores necesidades. Todas las prestaciones deberían ser compatibles con el trabajo, articulándose como un porcentaje adicional al salario que se reduciría progresivamente en el tiempo”.