

Las “prohibiciones” de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural

The “bans” on dismissal due to the invasion of Ukraine: purposes, functions, similarities with Covid measures and coordination with structural legislation

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular. Universidad de Oviedo

ORCID ID: 0000-0003-0721-467X

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Profesor Titular. Universidad de Oviedo

Experto Nacional en la European Labour Law Network

ORCID ID: 0000-0001-6311-7773

Recibido: 16/5/2022

Aceptado: 28/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7062>

Resumen: La imprevista invasión rusa del territorio ucraniano ha generado, amén de un inmenso drama humanitario, un impacto económico a escala mundial que repercute en las empresas y, por extensión, en los trabajadores. Para afrontar la situación, el Gobierno ha adoptado medidas de apoyo financiero urgente, principalmente a través del RD-L 6/2022, de 29 de marzo, que prevé ayudas económicas directas e indirectas para minimizar las consecuencias negativas que ese conflicto provoca en algunos sectores. Seguramente por influjo de la experiencia Covid, esas ayudas se han acompañado de dos “prohibiciones de despido”: la que afecta a las empresas que han recibido ayudas directas para hacer frente al “aumento de costes energéticos” y la vinculada a los ERTes por causas relacionadas con la invasión de Ucrania. La naturaleza y alcance de ambas restricciones extintivas, formuladas en el art. 44 de ese RD-L 6/2022, es el objeto de estudio en este trabajo, en el que se analizan también sus similitudes y diferencias con las restricciones Covid, y se ofrece un primer balance sobre las complicaciones que pueden producirse en la convivencia de estas reglas con el Derecho de Trabajo estructural.

Palabras clave: Despido, ERTE, prohibición de despedir, guerra de Ucrania, crisis energética.

Abstract: In addition to an immense humanitarian drama, the unforeseen invasion of Ukraine by Russia has generated a worldwide economic impact that has repercussions for undertakings and, by extension, for workers. To deal with the situation, the Spanish Government has adopted urgent financial support

measures, mainly through Royal Decree-Law 6/2022 of 29 March, which provides for direct and indirect economic aid to minimise the negative consequences of this conflict on certain sectors. Probably due to the influence of the Covid experience, this economic aid has been accompanied by two “dismissal bans”: the one that affects undertakings that have received direct aid to face the increase in energy costs and the one linked to the temporary lay-offs for reasons related to the invasion of Ukraine. The nature and scope of these dismissal restrictions, formulated in art. 44 of Royal Decree-Law 6/2022, is the subject of study in this paper, which also analyses their similarities and differences with the precedent Covid restrictions, and offers a first assessment of the complications that may arise from the coexistence of these temporary rules with the structural/permanent Labour Law.

Keywords: Dismissal, temporary lay-offs, dismissal ban, Ukrainian war, energy crisis.

1. La restricción de las facultades empresariales de extinción del contrato durante situaciones de emergencia: una nueva estrategia de protección del empleo

El Derecho del Trabajo ha debido transitar por varias etapas en las últimas décadas, como es consustancial a su objeto y finalidad. Si el Derecho ha de dar respuesta a las demandas de la sociedad, el ordenamiento laboral debe atender a los avatares del mercado de trabajo en cada momento. Las transformaciones que han experimentado la sociedad, los medios de producción y las formas de prestación de servicios y ejecución del trabajo exigen a la norma laboral una constante atención y adaptación. En tiempos de bonanza, no tan lejanos, las reformas laborales aspiraban a impulsar y consolidar un “empleo estable y de calidad”. Sin embargo, en los últimos quince años el Derecho del Trabajo se ha centrado sobre todo en proporcionar al empresario herramientas para superar coyunturas poco propicias, procurando el menor impacto posible en el empleo.

En los albores de este siglo, la –frustrada– flexiseguridad convertía la extinción de contratos –flexibilidad externa– en una consecuencia de las dinámicas de un mercado cambiante, y esa pérdida del trabajo no se consideraba un estigma, sino una circunstancia más en una carrera profesional en la que el paso por distintas ocupaciones, sectores o formas de trabajar (con impulso decidido del emprendimiento o autoempleo) debían concebirse con plena naturalidad en un marco de constante evolución y aprendizaje personal y profesional. Sin embargo, durante los últimos tres lustros se han encadenado adversidades de diferente origen y naturaleza, que han agrietado notablemente los cimientos sobre los que se construyó el ciclo precedente de bonanza. La crisis económica y financiera que comenzó en 2008 fue más profunda y duradera de lo que en un principio cabía esperar (y se vio agudizada por la inestabilidad política), y cuando parecía que sus efectos remitían y conducían a una nueva etapa de prosperidad, la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19 ha generado otro período de zozobra mundial, que, aparentemente ya en sus momentos de estertor, se ha concatenado con las consecuencias de la invasión de Ucrania por parte de Rusia.

En ese escenario, el Derecho del Trabajo ha asumido una función diferente a la tradicional, y distinta a la de los años inmediatos precedentes, porque ya no se trata –o

no sólo— de facilitar el tránsito del trabajador entre diferentes empresas y sectores, sino de garantizar la viabilidad misma de las propias empresas, y de contener en lo posible la destrucción de empleo, pues la pérdida del trabajo puede abocar a períodos de desempleo de larga duración y a un sobrecoste para las arcas públicas en forma de prestaciones sociales (y menores cotizaciones). El Derecho del Trabajo, así pues, asume hoy un papel más activo, involucrándose en la propia pervivencia de las empresas, pero exigiendo a cambio ciertos sacrificios y compromisos en orden a mantener el empleo.

Aunque este proceso de cambio de paradigma se inauguró de forma tibia con ocasión de la crisis de 2008, mediante la atribución de mayores —y seguramente mejores— facultades al empleador para adaptarse a las circunstancias, configurando la “flexibilidad interna” como una alternativa frente al despido, ha adquirido carta de naturaleza a raíz de la pandemia. En efecto, inicialmente esa flexibilidad interna pretendía relajar la “rigidez” que los empleadores apreciaban en la norma laboral, concibiendo las dificultades económicas como una justificación para proporcionar al empresario instrumentos útiles de respuesta a las amenazas que pusiesen en jaque la buena marcha del negocio. Sin embargo, el potencial éxito de esta vía quedó en buena medida oscurecido porque los empresarios, que podían elegir entre flexibilidad interna o externa, continuaron prefiriendo el despido a esas otras medidas menos traumáticas, bien por inercias derivadas de la cultura empresarial tradicional, bien por razones estrictamente económicas (escaso atractivo de los incentivos).

La pandemia Covid alteró profundamente ese escenario. El legislador optó por no correr riesgos y directamente limitó las facultades extintivas del empresario cuando la dificultad venía motivada por la propia pandemia, advirtiendo que las causas temporales no justificaban medidas definitivas. En efecto, a partir de marzo de 2020 se restringieron las causas lícitas de extinción de contratos de trabajo, remitiendo al empresario a instrumentos de flexibilidad interna, ya conocidos pero remodelados y mucho más atractivos (mayor agilidad en el procedimiento y generosas bonificaciones en la cotización), como las reducciones de jornada y suspensiones de contratos de carácter temporal a través de los ya populares ERTE¹, que en esa versión particular vinculada a la Covid han perdurado hasta 31 de marzo de 2022².

Los ERTE Covid no se configuraban estrictamente como una alternativa a la extinción de contratos, sino como la única opción viable por una limitación expresa el despido por causa Covid hasta 28 de febrero de 2022 (art. 2 del RD-L 9/2020, primero, y art. 2 de la Ley 3/2021, después)³. Además, las empresas que solicitaron un ERTE Covid quedaban afectadas por la “cláusula de salvaguarda del empleo” (DA 6ª del RD-L

¹ Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, La Covid-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo, *RTSS (CEF)*, nº 446, 2020, pp. 5-30; Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, Covid-19 y expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, pp. 435-449; Menéndez Sebastián, Paz, *Las facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 28 y ss.

² DA 1ª Real Decreto-ley 2/2022.

³ Art. 5.6 Real Decreto-ley 18/2021.

8/2020), que impedía al empresario extinguir los contratos de los trabajadores afectados por el ERTE durante seis meses ⁴.

El alcance y la eficacia de esa “prohibición de despedir” y de la “cláusula de salvaguarda” son cuestiones jurídicas controvertidas, todavía sin respuesta del TS, pero cuando la primera ya había decaído y la segunda, la “cláusula de salvaguarda” Covid, se encontraba en sus últimos momentos de vida (aunque sus efectos podrían extenderse hasta septiembre de 2022, o incluso más allá si se concatenan varios compromisos de esa índole en los términos del art. 5 del RD-L 30/2020), la guerra en Ucrania ha vuelto a generar un riesgo evidente de destrucción de empleo, llevando al legislador a introducir una medida con claros paralelismos con esas restricciones pandémicas, que además convivirá con las cláusulas de salvaguarda que acompañan a los nuevos ERTE estructurales de los arts. 47 y 47 bis ET.

En este sentido, el art. 44 del RD-L 6/2022, de 29 de marzo, y que entró en vigor el 31 de marzo, recoge dos diferentes –y temporales– limitaciones al despido por causas objetivas para las empresas afectadas por las consecuencias de ese conflicto (una para las que reciban ayudas públicas y otras para las que se acojan a un ERTE) que recuerdan a la prohibición de despedir Covid y a la cláusula de salvaguarda. Sin embargo, una aproximación más detenida demuestra que no se trata de medidas estrictamente equivalentes, sino que cuentan con singularidades propias y generan una problemática específica. Aun así, esta nueva operación normativa parece consolidar un punto de inflexión. En apariencia, ante crisis sistémicas, y no estrictamente laborales, el Estado ha decidido intervenir muy activamente para amortiguar las consecuencias sobre el empleo, aportando capital público con el fin de contribuir a la viabilidad de las empresas a cambio de una restricción temporal de las facultades empresariales del despido. De algún modo, el legislador crea un derecho paralelo o una “burbuja” regulatoria donde las normas estructurales no actúan y son sustituidas temporalmente por reglas *ad hoc* dirigidas a combatir la adversidad. Esta línea de actuación es probable que se reproduzca en el futuro ante crisis temporales, que, por lo que parece, cada vez serán más frecuentes.

2. La primera limitación a la extinción de contratos por las consecuencias de la guerra en Ucrania: rasgos y consecuencias de la “prohibición de despedir por el aumento de costes energéticos”

Tras la modificación operada por el RD-L 11/2022, de 25 de junio, el art. 44 RD-L 6/2022, en su primer inciso, dispone que “en aquellas empresas beneficiarias de las ayu-

⁴ Vid. Cabeza Pereiro, Jaime, ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas, *Revista de Derecho del Trabajo (CEF)*, nº 456, 2021, pp. 11 y ss.; Molina Navarrete, Cristóbal, La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de Covid-19: “vicios” de una “legalidad (administrativa) sin derecho”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, octubre, 2020, pp. 84 y ss.; Cavas Martínez, Faustino, Los expedientes de regulación temporal de empleo por Covid-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, 2020, pág. 109.

das directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022” (inicialmente se estableció como límite temporal el 30 de junio), y añade que “el incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida”. Pese a su aparente claridad, este precepto requiere interpretación en cuatro aspectos concretos para delimitar correctamente su ámbito de aplicación y sus consecuencias. En primer lugar, el concepto de “ayudas directas”. En segundo lugar, el significado de “aumento de costes energéticos”. En tercer lugar, el alcance de la limitación a las facultades empresariales, pues ese aumento de costes no puede “constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022”. Y en cuarto lugar, las consecuencias y responsabilidades jurídicas y económicas del incumplimiento. No obstante, conviene empezar con precisiones sobre su naturaleza y efectos, para distinguir esta medida de las precedentes restricciones a la extinción de contratos por causa Covid.

a) Diferencias con las limitaciones pandémicas

Esta novedosa y temporalmente acotada restricción a los poderes empresariales no resulta equiparable a la prohibición de despedir Covid, ni tampoco a la cláusula de salvaguarda, pues, aun cuando se inspire en ellas, cuenta con idiosincrasia propia. Como se sabe, la (mal llamada) “prohibición de despedir” por causa Covid desplegabá efectos generales, pues hasta 28 de febrero de 2022 ninguna empresa podía extinguir lícitamente un contrato de trabajo aduciendo fuerza mayor o causas ETOP “relacionadas con el Covid-19”. Por su parte, la cláusula de salvaguarda (DA 6ª RD-L 8/2020) únicamente alcanzaba a las empresas que habían solicitado un ERTE disfrutando de exoneraciones de cotización, y exigía el “mantenimiento del empleo” de los trabajadores afectados por el ERTE durante seis meses, protegiendo no sólo frente al despido, sino también frente a otras causas de extinción.

En cambio, y a diferencia de la prohibición de despedir Covid, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 no establece una prohibición general para cualquier empresa, porque no impide sin más despidos objetivos o colectivos, sino que circunscribe su aplicación a las empresas que hayan obtenido “ayudas directas” reguladas en esa norma, de modo que la restricción a las facultades empresariales se configura como una contrapartida por el disfrute de esos fondos públicos. La prohibición de despedir por causa Covid, además, pretendía incentivar el uso de los ERTE, que se convertían en la mejor –y en ocasiones única– posibilidad para continuar con la actividad empresarial. Esa es una consecuencia que no parece perseguir esta primera restricción del art. 44 del RD-L 6/2022, pues las empresas podrían renunciar a la ayuda directa y decantarse por otras opciones (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, desplazamientos de trabajadores, etc.), así como por la extinción contractual a través de cualesquiera vías lícitas, inclusive la extinción por causas objetivas conectadas con el incremento de costes energéticos. El art. 44 no conduce *per se* a un ERTE, y es probable que la concesión de ayudas directas pudiera incluso facilitar que la empresa en dificultades pueda eludir esa medida.

Evidentemente, esta primera limitación tampoco puede equipararse a la cláusula de salvaguarda, que sólo nace cuando el empleador solicita un ERTE, aunque desde luego sí cabe encontrar paralelismos con las medidas de fomento del empleo. En este sentido, la contratación de trabajadores no requiere de colaboración económica pública, pero si el empleador decide acudir a esas ayudas debe asumir las contrapartidas correspondientes, particularmente la obligación de mantener vivo el contrato durante un determinado plazo, so pena de afrontar las responsabilidades pertinentes, como la devolución de las cantidades indebidamente percibidas o ahorradas. Desde esa perspectiva, tanto la cláusula de salvaguarda como esta limitación a los despidos por la invasión de Ucrania son medidas particulares, o asistemáticas, de fomento del empleo, que no ponen el acento en la contratación de trabajadores desempleados, sino en la conservación de puestos de trabajo.

b) La percepción de “ayudas directas” como presupuesto de activación

La restricción al despido contemplada en el primer inciso del art. 44 RD-L 6/2022 únicamente resulta de aplicación a las empresas beneficiarias de “ayudas directas”, expresión que no encierra grandes incertidumbres. La propia norma concreta los sectores a los que se dirigen esas “ayudas directas”: la industria intensiva en consumo de gas (art. 3), algunos servicios de transporte (art. 25), empresas ferroviarias privadas (art. 27), productores de leche (art. 31), empresas armadoras de buques pesqueros (art. 32), productores de los sectores agrarios (art. 33), producción en pesca (art. 34) y producción en acuicultura (art. 35).

No es descartable que si los efectos del conflicto se incrementan y/o perduran en el tiempo pueda ampliarse ese elenco, lo que obligará a atender a la norma que proceda a esa extensión. El art. 44 RD-L 6/2022, y es importante destacarlo, se refiere a las ayudas directas “previstas en el presente real decreto-ley”, de modo que si una futura norma modifica el RD-L 6/2022 y amplía el ámbito de las ayudas directas, también ampliará el radio de acción de la restricción al despido. En cambio, si esa eventual norma es independiente y cuenta con vida propia, se requeriría una previsión expresa para extender esa limitación a los nuevos sectores. El RD-L 11/2022, de 25 de junio, alargó las ayudas directas hasta el 31 de diciembre, pero, aun cuando ha modificado la configuración de alguna de ellas, no ha creado otras nuevas o distintas.

Además de las “ayudas directas”, el RD-L 6-2022 contempla otras medidas para combatir los efectos del incremento de los costes energéticos, como reducciones en la factura eléctrica (art. 1) o bonificaciones a carburantes y combustibles (art. 15). En estos casos no se alude a “ayudas directas”, sino que se consideran medidas de “apoyo”, lo que supone que las empresas beneficiarias no quedan afectadas por la restricción al despido. Más dudas podrían generar los créditos ICO, toda vez que la DF 38ª RD-L 6/2022 los califica como “línea de ayuda [...] en régimen de concesión directa”, pero dichos créditos no están previstos para las consecuencias de la invasión de Ucrania, sino para paliar los efectos de la sequía en el sector agrario. El RD-L 6/2022 ni establece limitaciones a

la extinción contractual por razones de la sequía, ni contempla la intervención del ICO para mitigar las consecuencias de la invasión de Ucrania.

Por consiguiente, el concepto de ayudas directas queda perfilado con claridad, si bien cabría plantear cuál es el momento preciso *–dies a quo–* en el que se activa esta restricción, porque a resultas de la tramitación ordinaria de un procedimiento administrativo transcurrirá un tiempo entre la solicitud de la ayuda y su concesión y efectivo disfrute. Dicho de otro modo, el RD-L 6/2022 no activa la prohibición de despido desde su entrada en vigor, sino que esa “activación” depende de la ayuda pública, pero no es claro si la mera solicitud impide automáticamente los despidos por causa objetiva o si esa limitación nace tras el reconocimiento y/o disfrute efectivo.

El art. 44 se refiere a las “empresas beneficiarias de las ayudas directas”, y “beneficiario”, en atención al Diccionario RAE, es quien “recibe una prestación”, de modo que la mera solicitud no activaría automáticamente la limitación al despido. Es imprescindible el reconocimiento en vía administrativa, momento en el que el solicitante se convierte en beneficiario. Por tanto, hasta el reconocimiento (la solicitud podría ser denegada si no se cumplen los requisitos correspondientes) las facultades de la empresa en orden a decidir un despido por causas objetivas permanecen intactas, sin perjuicio de que una actuación de esa índole pudiera afectar al reconocimiento mismo de la ayuda directa, pues la extinción de contratos durante ese período vulnera el espíritu y la finalidad de una medida dirigida, precisamente, a evitar la destrucción de empleo. Sea como fuere, el día de efectos del reconocimiento de la ayuda directa nace esa “prohibición de despedir”, aunque materialmente el pago se demore, pues la empresa ya se ha convertido técnicamente en “beneficiaria”. Cuestión distinta es que el retraso de la Administración en el pago resulte excesivo, un incumplimiento grave de sus obligaciones, situación que, amén de la pertinente responsabilidad patrimonial, quizá pudiera justificar una renuncia formal a la ayuda y la recuperación íntegra de las facultades empresariales.

c) El incremento de los costes de la energía como causa de despido objetivo temporalmente deshabilitada

El “aumento de costes energéticos” no podrá ser invocado como causa de despido objetivo o colectivo hasta 31 de diciembre de 2022, si bien la redacción legal no concreta cuál es la causa de ese incremento de costes, ni tampoco a qué fuentes de energía se refiere. Es imprescindible una interpretación contextual, y a tal fin el título de la norma resulta suficientemente explicativo, al contemplar una batería de “medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania”. El incremento de los costes energéticos, así pues, debe conectarse inescindiblemente con las consecuencias económicas de la invasión de Ucrania. La Exposición de Motivos explica que ese aumento de precios comenzó en 2021, pero que “se ha agravado con la invasión de Ucrania por Rusia”, que ha provocado un “contexto de emergencia energética, económica, climática y social”.

Por consiguiente, el art. 44 RD-L 6/2022 no alcanza al incremento de los costes energéticos que no esté provocado por la invasión de Ucrania (*v.gr.*, eventual aumento del precio de la energía eólica), aunque probablemente es una cuestión más dogmática que práctica, pues esa referencia a “costes energéticos” queda subsumida en la de “ayudas directas”. Esta limitación es completamente dependiente de la concesión de la “ayuda directa”, por lo que no es en el marco del art. 44, sino en el de la ayuda directa, en el que deben identificarse qué energías o qué sectores se han visto afectados. Y esa identificación ya se encuentra contemplada, de forma exhaustiva sin posibilidades de analogía, por el propio RD-L 6/2022.

Nótese que este primer inciso del art. 44 se refiere al “aumento de los costes energéticos”, a diferencia del segundo, que se decanta por una fórmula mucho más amplia (“causas relacionadas con la invasión de Ucrania”). De ahí que esta primera “prohibición de despedir” no alcance a cualesquiera adversidades que una empresa deba afrontar a consecuencia de la guerra de Ucrania, sino exclusivamente a las que deriven del “aumento de los costes energéticos”, lo que podría reducir su efectividad⁵. Sin embargo, conviene tener presente que el propósito de esta concreta restricción no es impedir toda clase de extinciones contractuales, sino únicamente aquellas que sean incompatibles con las ayudas públicas concedidas en este concreto escenario de emergencia. Por tanto, es lógico suponer que, recibida la ayuda correspondiente, se presumirá *iuris tantum* que hasta 31 de diciembre de 2022 las dificultades que afronta la empresa se deben, precisamente, a esas circunstancias, y se requerirá un esfuerzo probatorio adicional, superior al ordinario, para desligar la causa de despido invocada de esos sobrecostes en el precio de la energía.

Por supuesto, cabría plantearse si el incremento de los costes energéticos ha de ser la única o principal causa que aduce el empleador, o bien puede ser una más que agudice las dificultades que ya se venían sufriendo con anterioridad. Esa es una cuestión que a buen seguro resultará controvertida, y que exigirá un análisis casuístico. No parece razonable que la percepción de una “ayuda directa” derive automáticamente en la ilicitud de despidos por causa objetiva si se acredita un perjuicio estructural. Sin lugar a dudas, debe extrapolarse a estas situaciones la doctrina reciente del TS, a la que luego se aludirá, que en relación con el Covid admite el despido colectivo durante la pandemia precisamente porque las dificultades empresariales, aunque más acuciantes durante la crisis sanitaria, habían comenzado con anterioridad y no podían solventarse razonablemente con medidas de flexibilidad interna.

Cuestión distinta es que esas dificultades sean consecuencia exclusiva de la invasión de Ucrania, en cuyo caso la limitación parece operar con toda su intensidad, al menos mientras su duración en el tiempo se encuentre acotada en unos términos razonables, pues difícilmente podría entenderse que en un período corto el problema se ha “cronificado” y justifica medidas definitivas, como sí ha sucedido durante la pandemia al haberse

⁵ Vid. Valdeolivas García, Yolanda, El alcance de la prohibición de despedir como consecuencia de la guerra en Ucrania: el artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2022, *Briefs de la AEDTSS*, disponible en <https://www.aedtss.com/el-alcance-de-la-prohibicion-de-despedir-como-consecuencia-de-la-guerra-en-ucrania-el-art-44-del-real-decreto-ley-6-2022/> [consulta: 13-4-2022].

prolongado mucho más de lo inicialmente previsto, o como podría ocurrir si el legislador decidiera extender la aplicación del art. 44 del RD-L 6/2022 mucho más allá de lo que se contemplaba originalmente. En este sentido, el RD-L 11/2022, de 25 de junio, ha ampliado la duración de estas limitaciones, que inicialmente se previeron para tres meses (hasta 30 de junio), pero que se han alargado seis meses más, hasta final de 2022. A mayor duración, mayor probabilidad de “cronificación” de los problemas empresariales, y, por consiguiente, de que la causa inicialmente temporal se torne en definitiva y se reactive la posibilidad de invocar lícitamente motivos objetivos para proceder a un despido.

d) El contenido de la restricción: extensión temporal y significado de “causa objetiva de despido”

En su redacción inicial, el art. 44 del RD-L 6/2022 establecía que el incremento de costes energéticos no puede “constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022”, formulación que de algún modo justifica esa denominación de “prohibición de despedir”. La expresa acotación temporal hasta el 30 de junio de 2022 no ha excluido eventuales extensiones, como sucedió con los precedentes durante la pandemia; de hecho, como ya se ha señalado anteriormente, el RD-L 11/2022, de 25 de junio, amplió la duración de esta restricción hasta 31 de diciembre de 2022.

Conviene dejar constancia de que esta prórroga no ha venido acompañada de disposiciones transitorias, o de precisiones sobre su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, es posible interpretar que la restricción al despido que afecta a las empresas que solicitaron una ayuda directa antes del 27 de junio de 2022, fecha de entrada en vigor del RD-L 11/2022, no decae el 30 de junio, como se contemplaba en el momento de la solicitud/concesión, sino el 31 de diciembre de 2022. Debe tenerse en cuenta que el RD-L 11/2022 modificó el art. 44 del RD-L 6/2022, y que ese art. 44 se decanta por una formulación autorreferencial, pues alude a las ayudas públicas “previstas en el presente real decreto-ley”, el RD-L 6/2022, sin efectuar ninguna acotación temporal que distinga entre las ayudas concedidas antes o después de su modificación.

Sin embargo, una interpretación contextual y sistemática debería conducir a otro resultado, de forma tal que esa ampliación temporal quede supeditada a la obtención de otra ayuda bajo la vigencia del nuevo marco normativo, pues una prórroga impuesta unilateralmente por el poder público (una especie de *factum principis*) suscita dudas de proporcionalidad, y quizá pudiera invocarse la cláusula *rebus sic stantibus*, porque, si bien no media un contrato entre la Administración que concede la ayuda y la empresa que la recibe, esta restricción nace como un compromiso de mantenimiento del empleo vinculado a la percepción de una ayuda. Y tampoco debería subestimarse el alcance de la libertad de empresa (art. 38 CE), ni de las libertades fundamentales de establecimiento y prestación de servicios reconocidas por el Derecho de la UE.

Por su parte, el contenido concreto de la restricción (el incremento de costes no podrá “constituir causa objetiva de despido”) genera mayores dificultades interpretativas, algunas coincidentes con las que ya apuntamos en otro lugar para la prohibición de des-

pido Covid⁶, aunque es probable que no todas las consideraciones que hacíamos en aquel momento resulten extrapolables. Recuérdese que esa limitación pandémica no admitía que la fuerza mayor o las causas ETOP vinculadas con la Covid se utilizaran como causas “justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Sin embargo, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 contiene una formulación no estrictamente equivalente (el aumento de los costes energéticos “no podrá constituir causa objetiva de despido”), que únicamente restringe el despido por circunstancias objetivas, ya sea el individual del art. 52.c) ET, ya sea el colectivo, lo que obligará a los tribunales a un esfuerzo exegético notable cuando el empresario acuda a otras causas de extinción, con previsible protagonismo de la doctrina sobre el fraude de ley.

En cualquier caso, entre el 31 de marzo y el 31 de diciembre de 2022 se reduce el catálogo de justas causas de extinción, pues las empresas que reciban ayudas directas para compensar el incremento de costes energéticos no podrán invocar esta razón para justificar un despido por fuerza mayor o por causas ETOP. Ello no equivale, por cierto, al mantenimiento del empleo en los mismos niveles, ni impide que los contratos se extingan lícitamente, siempre que se acredite otra causa distinta, como la dimisión, el despido disciplinario, la jubilación o la incapacidad permanente –del empresario o del trabajador–, y ni siquiera están vedados los despidos por causas objetivas cuando se pruebe una causa diferente a la del incremento de los costes energéticos, como puede ser la ineptitud o la falta de adaptación a las modificaciones introducidas por la empresa⁷.

De este modo, la restricción para empresas que obtengan ayudas directas por el incremento de costes energéticos se circunscribe a los despidos por causas objetivas, y no se opone a la decisión extintiva del trabajador ante un traslado o modificación sustancial, ni a la extinción de contratos temporales por expiración del tiempo convenido (o a la decisión de no prorrogar allí donde se admita), aunque pudieran conectar con los sobrecostes energéticos. Esas extinciones podían cuestionarse en el contexto de la prohibición de despedir Covid, por su mayor amplitud, pero difícilmente serán ilícitas en este nuevo escenario.

Ahora bien, muchas causas extintivas generan dudas por el alto potencial fraudulento, como el mutuo acuerdo y las causas consignadas válidamente en el contrato, el desistimiento empresarial durante el período de prueba (no en la relación laboral especial de empleados de hogar, porque ese particular empleador no disfruta de “ayudas directas”), o el despido disciplinario que se califique como improcedente. A la postre, la modalidad de despido, o de extinción del contrato, es elegida por el empleador en atención a la causa que invoca, de modo que, por ejemplo, cabría eludir esta restricción tramitando un despido disciplinario por incumplimientos del trabajador. El art. 44 RD-L 6/2022 no se activa automáticamente en esas situaciones, que exigirán pronunciamiento judicial, pero en un procedimiento donde la prueba puede resultar compleja para el tra-

⁶ Vid. Menéndez Sebastián, Paz, y Rodríguez Cardo, Iván, Límites al despido por Covid: alcance y significado de la “prohibición de despedir” y la cláusula de salvaguarda, *RTSS (CEF)*, nº 454, 2021, pp. 17-55.

⁷ Respecto de la prohibición de despedir Covid, con argumentos extrapolables a esta nueva situación, vid. SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), de 21 de mayo 2021 (Rº.676/2021), del País Vasco, de 23 de febrero de 2021 (Rº. 161/2021) y de Asturias, de 26 de enero de 2021 (Rº. 1945/2020).

bajador, y en el que no es claro si han de modificarse –invertirse– las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Ese es un camino que debe transitarse, como ya ha advertido el TS en relación con la normativa Covid⁸, tanto por el hecho de que el empresario está en mejor posición para proporcionar las evidencias correspondientes, como que en este contexto excepcional las causas de extinción del contrato deben interpretarse a la luz de las disposiciones coyunturales y de emergencia. La regla general ha de ser la continuidad de los contratos, mientras que la excepción es la extinción, pero habría sido razonable que el art. 44 RD-L 6/2022 hubiera incorporado una referencia a la extinción del contrato, en general, y no sólo al despido por causas objetivas, de forma análoga a la prohibición de despedir Covid. El tenor literal de la norma es ahora más restrictivo, y ello podría perjudicar su efectividad, aunque es imposible predecir la respuesta judicial.

Quizá incluso habría resultado más operativo incorporar una regla similar a la prevista para la cláusula de salvaguarda Covid en la DA 6ª RD-L 8/2020, y que, con carácter más estructural, ha pasado a la DA 44ª.10 LGSS. En concreto, “no se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo”. De esa forma se clarificaría qué extinciones contractuales son lícitas y cuáles no durante este contexto de emergencia, pero en defecto de regla expresa en el art. 44 RD-L 6/2022, no parece pertinente acudir a la analogía y tomar como referencia la DA 44ª LGSS para analizar la licitud de las extinciones contractuales motivadas por el incremento de costes energéticos en empresas que perciban ayudas públicas directas, pues la formulación de la cláusula de salvaguarda es de mayor amplitud y no sólo restringe el despido.

En cualquier caso, y al igual que sucedió con la pandemia, muchos de los problemas empresariales se iniciarán por los sobrecostes provocados por la guerra en Ucrania, así que la propia causa requerirá un minucioso examen, porque la relación de causalidad entre el aumento de costes energéticos y las dificultades empresariales podría no ser patente, sino más bien indirecta. De la mayor o menor extensión de esa relación de causalidad dependerá la efectividad de esta limitación a las facultades empresariales. Por supuesto, la falta de mecanismos de determinación apriorística de la causa puede habilitar vías de huida del art. 44 RD-L 6/2022. A la postre, salvo en el caso del despido por fuerza mayor, por el papel de la Autoridad Laboral, los despidos por causas objetivas se articulan y desenvuelven a nivel de empresa. Aun cuando las causas del despido colectivo pueden revisarse en un proceso de impugnación individual incluso mediando acuerdo durante el período de consultas (STC 140/2021, de 12 de julio), esas actuaciones *a posteriori* generan excesiva incertidumbre, y la respuesta final se demorará durante años ante un problema aparentemente coyuntural y de duración acotada en el tiempo.

⁸ Vid. SSTS de 22 de febrero y 20 de abril de 2022 (Rº. 232/2021 y 241/2021).

e) Consecuencias del incumplimiento

Atendiendo a la literalidad, el incumplimiento de esta limitación conlleva el “reintegro de la ayuda recibida”, consecuencia que recuerda a lo previsto en la DA 6ª RD-L 8/2020 en relación con el compromiso de mantenimiento del empleo vinculado al ERTE Covid, aunque en tal caso el objeto de la devolución/reintegro eran las cotizaciones que la empresa no había abonado gracias a la reducción disfrutada. Nótese que el primer inciso del art. 44 RD-L 6/2022 alude únicamente a la ayuda recibida, sin incremento alguno, mientras que en el contexto de la pandemia la devolución debía contener intereses y recargo, lo que sin duda motivará pronunciamientos judiciales por la eventual aplicación de la normativa recaudatoria.

Como se aprecia, el legislador se ha decantado por una configuración similar a la de la cláusula de salvaguarda Covid, y no por la responsabilidad más limitada de los nuevos ERTE estructurales (DA 44ª LGSS). En el contexto de la pandemia el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda obligaba a “reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas”, mientras que el incumplimiento del compromiso vinculado a los nuevos ERTE de los arts. 47 y 47 bis ET únicamente obliga a devolver las cantidades correspondientes “en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito”. El art. 44 RD-L 6/2022 exige, en caso de incumplimiento de esta limitación del despido hasta 31 de diciembre de 2022, “el reintegro de la ayuda recibida”, de la totalidad por tanto, con independencia del número de trabajadores despedidos y del tiempo que reste para que esa restricción decaiga, consecuencia, habida cuenta del importe de las ayudas (hasta 400.000 euros por empresa, a tenor de los arts. 25.5 y 27.4), que cabe calificar como poco proporcional, pues sufre la misma penalización el empresario que despidiera numerosos trabajadores en abril de 2022, que aquel que despidiera a un solo trabajador en la fecha de término, mientras que no sufre penalización alguna el que simplemente espere hasta el día siguiente del vencimiento del plazo (y en apariencia es económicamente más rentable aguardar hasta ese momento, inclusive aunque el despido se califique como improcedente, pues difícilmente la indemnización por despido superará a la ayuda percibida).

Por cierto, en este ámbito de las responsabilidades públicas parece que el incumplimiento de esta “prohibición” no generará sanciones administrativas, pues este supuesto no encaja entre las infracciones de la LISOS referidas a la obtención de ayudas o subvenciones públicas, que se vinculan a otra clase de incumplimientos, en particular los que afecten a obligaciones impuestas por la normativa de formación profesional o de fomento del empleo (arts. 14.4, 15.6, 16.1 y 17.3). Esta responsabilidad administrativa habría requerido una previsión expresa en el RD-L 6/2022.

Al margen de estas consecuencias en el ámbito público, cabe también plantearse cuál habría de ser la calificación de la extinción del contrato ante el incumplimiento de la limitación legal. Con carácter general, las medidas de fomento del empleo, y el mantenimiento de puestos de trabajo es una faceta o variante de dichas medidas, han exigido tradicionalmente que el empleador que se beneficiaba de ellas no extinguiera contratos durante

un determinado período, contrapartida razonable, pues es el empleador el que solicita voluntariamente el soporte público y, lógicamente, la sociedad debe recibir algún tipo de beneficio o ventaja de esas operaciones de sustento a la iniciativa privada. El incumplimiento de esos compromisos ha dado lugar a responsabilidades en el ámbito público, pero no ha mediatizado la calificación jurídica de la extinción del contrato, que se ha movido bajo los parámetros ordinarios de la legislación laboral. Por decirlo de otra manera, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el empleador con la Administración que subvencionaba o colaboraba en la contratación se sustanciaba íntegramente en el terreno de lo público, y el trabajador afectado no se veía beneficiado por una mayor indemnización ni disfrutaba de la readmisión obligatoria, pues en ese contexto estrictamente privado la decisión extintiva no llevaba aparejada un reproche jurídico mayor para el empleador. La extinción del contrato de trabajo en tales circunstancias, por tanto, merecía la calificación de procedencia, improcedencia o nulidad conforme a las reglas ordinarias.

La situación resultó parcialmente diferente durante la pandemia Covid, aunque es menester distinguir entre las dos limitaciones que entonces se adoptaron. Por un lado, el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda no parecía afectar a la calificación de la extinción del contrato, que podía producirse por múltiples causas. La Administración llegó a considerar como incumplido el compromiso, por ejemplo, por la extinción contractual derivada de la jubilación del empresario individual, lo que suponía el reintegro de las cotizaciones correspondientes, pero difícilmente cabe defender ni la improcedencia ni la nulidad de las extinciones de contratos.

En cambio, la prohibición de despido Covid sí contemplaba una consecuencia específicamente laboral, pues la pandemia no podía actuar como causa justificativa “de la extinción del contrato de trabajo ni del despido” (art. 2 RD-L 9/2020). En un sistema de despido causal la ausencia de una razón válida para la extinción aboca al despido ilícito, con dos posibles calificaciones: improcedencia y nulidad. Esa disyuntiva aún no está resuelta en los despidos por causa Covid, porque la doctrina de suplicación es contradictoria y el TS, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse, ha declarado la nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad, sin entrar a valorar las consecuencias del incumplimiento de la prohibición⁹. En principio, la respuesta que en su momento se ofrezca para las extinciones por causa Covid debería extrapolarse a los despidos derivados del incremento de los costes energéticos producto de la invasión de Ucrania, porque jurídicamente la cuestión de fondo es la misma.

Conforme a las pautas generales, esa decisión extintiva no admitida por la norma habría de calificarse como improcedente, que es la consecuencia natural de un despido sin causa lícita. Obviamente, cabría incorporar una precisión legal específica calificando como nulos los despidos que vulneren esta limitación, pues la nulidad no siempre deriva en nuestro ordenamiento de la transgresión de un derecho fundamental. En los despidos por causa objetiva, como se sabe, los defectos de forma o la escasa diligencia empresarial durante el período de consultas han conducido a la nulidad. En cambio, el legislador no

⁹ Vid. STS de 22 de febrero de 2022 (Rº. 232/2021).

ha considerado oportuno extender explícitamente esas consecuencias ni a los despidos por causa Covid, ni a los derivados de la invasión de Ucrania. Además, la jurisprudencia ha clarificado que las causas de nulidad del despido son aquellas previstas legalmente, y no el fraude de ley o el abuso de derecho¹⁰. No obstante, se aprecia un creciente interés académico y judicial en revivir la institución del despido radicalmente nulo por fraude de ley, que de algún modo hace depender la calificación de una valoración ética o moral de la decisión empresarial, de cómo de reprobable se considere el incumplimiento, y por ello se defenderá, sin duda, la nulidad del despido por causas objetivas que incumpla la limitación del art. 44 RD-L 6/2022¹¹, aunque desde una perspectiva estrictamente técnica la calificación más pertinente es la improcedencia.

Lógicamente, menores dudas deberían plantearse cuando la extinción sea producto del cierre definitivo de la empresa, supuesto en el que deben seguirse los trámites del despido colectivo si el número de afectados excede de cinco (art. 51 ET), pero en el que no existe identidad de razón con un despido colectivo, sino que se trata de una causa de extinción diferente [art. 49.1.g) ET] con reglas de procedimiento más complejas que las ordinarias del art. 49. La extinción de la personalidad jurídica de la empresa con cesación de actividad ha de suponer naturalmente la extinción de los contratos de trabajo. Las limitaciones al despido objetivo durante la pandemia o en este contexto de la invasión de Ucrania presuponen que la empresa continuará operando hacia el futuro, y no pueden impedir ni el cierre de la empresa, que es decisión del empleador, ni la consecuente extinción de contratos de trabajo. La decisión, si bien se mira, no es la de despedir a los trabajadores, sino la de finalizar la actividad¹².

En suma, esta primera restricción del art. 44 RD-L 6/2022 supone que antes y después del 31 de diciembre de 2022 (o de otra fecha futura si vuelve a extenderse esa limitación) el empleador podrá invocar causas objetivas para la extinción de contratos si no ha disfrutado de las ayudas directas previstas en esa norma, y sólo verá limitadas sus opciones hasta 31 de diciembre de 2022 si, habiendo recibido la ayuda, extingue contratos por causa del aumento de costes energéticos. Más allá de esa fecha el precepto no es operativo, sin perjuicio de que pudiera apreciarse en algún supuesto concreto fraude de ley o abuso de derecho, aunque más bien parece que las consecuencias en tal situación deberían reconducirse a la devolución del dinero público percibido y a la imputación de las responsabilidades administrativas y/o penales que procedan, sin impacto en la calificación de la extinción contractual producida una vez expirada la vigencia de esa limitación.

¹⁰ Vid. STS de 5 de mayo de 2015 (Rº. 2659/2013).

¹¹ Vid. Baylos Grau, Antonio, Las “medidas laborales” del RDL 6/2022. Continuidad de las reglas sobre el veto a los despidos de la legislación de excepción, *Briefs de la AEDTSS*, disponible en <https://www.aedtss.com/las-medidas-laborales-del-rdl-6-2022-continuidad-de-las-reglas-sobre-el-veto-a-los-despidos-de-la-legislacion-de-excepcion/>[consulta: 13-4-2022].

¹² En el contexto de la pandemia Covid, vid. SSTSJ de Madrid, de 28 de octubre 2020 (Rº. 450/2020), de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre de 2021 (Rº. 24/2020) y del País Vasco, de 5 de julio de 2021 (Rº. 1128/2021).

3. Alcance, contenido y efectos de la “prohibición de despedir” tras un ERTE por causas relacionadas con la invasión de Ucrania

El segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 dispone que “las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos”. Pese a la ausencia de nítida separación formal –no se numeran en apartados distintos–, este segundo inciso del art. 44 establece una restricción a las facultades empresariales con un contenido y alcance propios, cuya correcta configuración requiere despejar varias incógnitas. En primer lugar, la modalidad de ERTE que activa la limitación. En segundo lugar, qué debe entenderse por “causas relacionadas con la invasión de Ucrania”. En tercer lugar, el concepto y alcance de “apoyo público”. En cuarto lugar, la duración. En quinto lugar, el ámbito subjetivo de aplicación. En sexto lugar, las modalidades de extinción que resultan temporalmente deshabilitadas. Y en séptimo lugar, las consecuencias del incumplimiento.

a) Rasgos particulares y diferenciación de la prohibición de despedir por la obtención de ayudas directas

Como se vio, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 se dirige exclusivamente a las empresas que disfruten de “ayudas directas”. En cambio, el segundo limita su ámbito de aplicación a aquellas empresas que hayan solicitado previamente un ERTE por razones vinculadas con la situación en Ucrania. A primera vista, podría parecer que en este contexto derivado del conflicto en Ucrania se han trasplantado las medidas adoptadas con éxito durante la pandemia Covid, de modo que el primer inciso se inspiraría en la prohibición de despedir por causa Covid y el segundo en la cláusula de salvaguarda. Sin embargo, no cabe efectuar ese paralelismo. Ni la primera limitación de ese art. 44 recoge una restricción equiparable a la prohibición de despedir Covid, ni el segundo inciso incorpora una cláusula de salvaguarda.

Bien mirado, el art. 44 del RD-L 6/2022 no reduce *per se* el abanico de opciones legales a disposición del empresario en dificultades. La empresa que acredite fuerza mayor o causas ETOP podrá adoptar las medidas que la legislación laboral contempla, inclusive el despido, en el bien entendido de que se cumplen las condiciones pertinentes, y en particular la conexión de funcionalidad. Las medidas de flexibilidad interna no son ya la única opción, porque no se ha creado un ordenamiento paralelo, o una burbuja normativa, equiparable a la pandémica.

El empleador sólo verá reducidas sus opciones, en primer lugar, si decide solicitar, y le es concedida, una ayuda directa, escenario ya analizado. Por su parte, el segundo inciso entrará en juego cuando el empleador se haya acogido a un ERTE, con independencia de que resulte o no beneficiario de una ayuda directa. Dicho de otro modo,

mientras las medidas de flexibilidad interna durante la Covid se convertían prácticamente en una imposición legal, y con ello la prohibición de despedir, los ERTE y la cláusula de salvaguarda eran tres eslabones de un mismo engranaje (la prohibición conducía a los ERTE y estos a la obligación de mantenimiento del empleo), la opción legal durante este conflicto bélico es mucho menos intrusiva, pues sólo se limitan las facultades empresariales cuando es el propio empleador el que recurre voluntariamente a la Administración solicitando apoyo económico, por una u otra vía.

Ahora bien, es factible no solicitar ese apoyo y adoptar otras medidas, a diferencia de la situación durante la pandemia, donde no acudir al ERTE podía desembocar en la cesación de actividad temporal –sin un resorte legal para evitar el pago de salarios–, con clara amenaza para la supervivencia de la propia empresa. Por consiguiente, esta segunda limitación introducida en el art. 44 RD-L 6/2022 cuenta con perfiles propios, y es novedosa, aunque, por las consecuencias y responsabilidades que de ella derivan, recuerda más a la “prohibición de despedir” que a la cláusula de salvaguarda.

b) El ERTE ordinario como presupuesto de activación

Significativamente, el legislador ha preferido no regular un ERTE diseñado para esta situación –“bélico”, “ucraniano” o “energético”–, a diferencia de lo ocurrido durante la pandemia, porque entiende que la reciente reforma laboral proporciona un marco adecuado. Como se sabe, el ET contempla ahora dos clases de ERTE, el ordinario o estructural del art. 47 y los extraordinarios o coyunturales para atender crisis sistémicas o sectoriales del art. 47 bis, que requieren activación específica. Mientras esa activación no se produzca, o en los ámbitos en los que no esté activado, ese Mecanismo RED –y el ERTE RED– permanece durmiente o en *stand-by*. Hasta el momento, esa activación únicamente ha tenido lugar para el sector de las agencias de viaje y operadores turísticos –modalidad sectorial, por tanto–, con una duración de 1 de abril a 31 de diciembre de 2022 (Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo). El legislador ha renunciado a activar el Mecanismo RED para atender las consecuencias provocadas por la invasión rusa de Ucrania, quizá porque ese Mecanismo se sustenta en un Fondo específico, de muy reciente creación (DA 5ª RD-L 4/2022, de 15 de marzo), y que todavía no cuenta con los recursos económicos suficientes para afrontar una situación que demandará un notable esfuerzo público.

En ese contexto, el art. 44 RD-L 6/2022 remite al art. 47 ET, y no al art. 47 bis, lo que supone que el impacto en las empresas de las consecuencias de la invasión de Ucrania debe articularse a través de la fuerza mayor o, de forma más apropiada, de una causa ETOP. La concreta causa, por cierto, es determinante, pues de ella dependerá la mayor o menor generosidad de las reducciones en la cotización, pero la causa no es un elemento con trascendencia para la operatividad de esta restricción al despido, que se condiciona, exclusivamente, a que la empresa haya acudido a un ERTE del art. 47 ET (con apoyo público) por motivos relacionados con la invasión de Ucrania. Ello entronca con el se-

gundo de los interrogantes antes planteados, pues no cualquier ERTE lleva aparejada la restricción de los despidos por causa objetiva, sino únicamente los motivados por la crisis económica y de suministros que ha provocado esa disputa.

c) Las consecuencias de la invasión de Ucrania como fundamento de la limitación

La expresión por la que se ha decantado el legislador –“causas relacionadas con la invasión de Ucrania”– adolece de una elevada dosis de generalidad y encierra dificultades interpretativas a las que en este momento no cabe responder con certeza. En verdad, presenta claras reminiscencias con el contexto Covid, pues el art. 23 del RD-L 8/2020 utilizaba una expresión similar, causas “relacionadas con el Covid-19”, para delimitar el alcance de los ERTE Covid, y si bien en aquel período inicial (marzo de 2020) era evidente que las dificultades empresariales derivaban de la pandemia, y en particular del confinamiento, con el tiempo las interpretaciones resultaron más complejas, pues la pandemia influía decisivamente en la situación económica, pero no siempre las dificultades empresariales eran consecuencia directa del Covid. Es probable que el escenario se repita, y ello obligará a precisar cómo se determina la relación de causalidad entre el problema empresarial y el conflicto bélico, pues a medida que transcurra el tiempo esa causalidad será menos directa y evidente.

Como se indicaba en el epígrafe anterior, no existen mecanismos que permitan efectuar esa delimitación *a priori*, y ante causas ETOP será el empleador, principalmente, el que dé forma a la causa, por lo que, sin perjuicio de su revisión judicial posterior, si la causa se presenta de tal manera que no se vincule con la invasión de Ucrania y ese ERTE no se impugna, podrían encontrarse obstáculos procesales para que el juez aplicase la limitación contenida en este segundo inciso del art. 44 RD-L 6/2022 en un posterior despido por causas objetivas, pues ello obligaría a valorar la causa en la que se fundó un ERTE que formalmente no se conectó con la invasión de Ucrania. En cualquier caso, parece pertinente acudir a la doctrina jurisprudencial elaborada en relación con la prohibición de despedir Covid, que ha declarado inaplicable esa limitación cuando las dificultades empresariales comenzaron con anterioridad a la pandemia y devienen estructurales¹³; ese criterio es operativo también en esta nueva situación si la invasión de Ucrania agudiza el problema empresarial, pero no es propiamente la causa, ni tampoco provoca una dificultad de carácter coyuntural.

Por otro lado, cabe plantearse si esa causalidad puede ser apreciada en todos los sectores de actividad, y respecto de cualquier empresa, o solamente en aquellos sectores mencionados en el RD-L 6/2022, o en los que en el futuro se identifiquen como principales damnificados. Es decir, cabría adoptar una interpretación más restrictiva, en la que esas causas relacionadas con la invasión de Ucrania conecten directamente con el incremento de costes energéticos, o una interpretación más amplia, que ofrezca mayor

¹³ Vid. SSTs de 18 de febrero y 16 de marzo de 2022 (Rº. 229/2021 y 265/2021).

margen de maniobra. Es probable que haya de apostarse por una interpretación amplia, porque el segundo inciso del art. 44, precisamente, evita vincular los ERTE a los costes energéticos al preferir otra formulación, y porque no todas las dificultades empresariales derivarán del incremento de los precios de la energía. A modo de ejemplo, las medidas, de corte más bien punitivo, contra intereses económicos y financieros del Estado ruso o de personas muy significadas de esa nacionalidad, provocarán la ruptura de contratos o la paralización de inversiones, con consecuencias para el empleo, y difícilmente podrá argüirse que esa no es una causa “relacionada con la invasión de Ucrania”. Y un argumento similar podría utilizarse para las extinciones contractuales que, derivadas de la finalización o resolución por parte de una empresa principal de acuerdos de subcontratación o colaboración debido a esas circunstancias, tengan lugar en las empresas subcontratistas/ colaboradoras ante la falta sobrevinida de actividad, pues aunque el origen pueda deberse a la invasión de Ucrania, la causa inmediata es la pérdida de actividad por la finalización o no renovación de los pertinentes acuerdos mercantiles.

Cierto es que la extensión de la relación de causalidad que derive en una suerte de equivalencia de las condiciones, o causalidad infinita, permitiría encajar en esa expresión prácticamente cualquier problema empresarial, pues el incremento de costes energéticos y de materias primas y los problemas de distribución y reparto de mercancías dan lugar a una subida general de precios, y de la inflación, sin un aumento equivalente de los salarios, lo que repercutirá en el consumo. En último término, ese escenario generará dificultades empresariales en todos los ámbitos productivos, pero no todas ellas deberían encajar en este art. 44 RD-L 6/2022 por más que su origen se encuentre en el conflicto bélico.

La litigiosidad resultará inevitable, porque la mayor parte de los ERTE derivarán de causas ETOP, y por tanto no requerirán una intervención decisiva de la Administración como sucede en los supuestos de fuerza mayor, en los que la Autoridad Laboral podría delimitar la causa y su relación con la situación de Ucrania. Quizá el informe de la Inspección de Trabajo pudiera jugar un papel relevante, así como la documentación que el empleador ha de proporcionar a los representantes durante el período de consultas. No obstante, en el despido objetivo los controles públicos y las exigencias procedimentales resultan sustancialmente menores.

d) El “apoyo público” durante el ERTE como segundo presupuesto de activación

La restricción de las facultades empresariales no sólo se vincula a que el ERTE esté basado en causas relacionadas con la invasión de Ucrania, sino también a que el empresario se haya beneficiado de “apoyo público”, expresión de contornos equívocos y con un significado más complejo de precisar que el de “ayudas directas”. En verdad, dentro del contexto del RD-L 6/2022 esa expresión de “apoyo público” parece muy ligada a la de “ayudas directas”, pues tales “ayudas directas” se financian a través de créditos que se enmarcan en programas de “apoyo público”, como se deduce de los arts. 4, 19 o 20. La diferente formulación se justifica porque esos programas de “apoyo público” no sólo sufragan

ayudas directas, sino otras medidas económicas y financieras, como bonificaciones en carburantes o combustibles, anticipos a cuenta o reducciones en la factura eléctrica.

A partir de esa interpretación, cabría incluso defender que las medidas contempladas en el RD-L 6/2022 cuentan con una regulación completa y acabada que permite dar respuesta a la mayor parte de interrogantes, pues, en suma, los ERTE vinculados con la invasión de Ucrania y que activarían la prohibición de despedir por causas objetivas serían únicamente aquellos que afectasen a empresas que se hayan beneficiado de las medidas de apoyo –en forma de ayudas directas o de cualquier otro tipo– contempladas en esa norma. El ámbito de aplicación quedaría, así pues, perfectamente delimitado y circunscrito a esa norma.

Sin embargo, ese segundo inciso del art. 44 alude únicamente a “apoyo público”, y no, por ejemplo, a las medidas de apoyo público “previstas en el presente real decreto-ley”, que es, precisamente, la fórmula contenida en la primera fase de ese mismo precepto. Esa diferencia da pie a defender que esa expresión “apoyo público” debe también comprender otras medidas de asistencia económica que, en el marco de los ERTE, claramente remiten a las reducciones en las cuotas (DA 44ª LGSS). Más allá de que el empleador que se acoja al ERTE pueda renunciar a ellas, parece difícil defender que estas bonificaciones no encajan en el concepto de apoyo público del art. 44 del RD-L 6/2022, y, con ello, el ámbito de aplicación de esta limitación al despido ya no podría circunscribirse a las empresas que hayan recibido las ayudas o ventajas económicas previstas en esa norma, sino a cualesquiera empresas que se acojan a un ERTE y o bien hayan disfrutado de tales ventajas económicas, o bien de beneficios de cotización (o de cualesquiera otros incentivos, incluso los vinculados a los procesos formativos de trabajadores durante el expediente temporal). La primera de las interpretaciones, que constriñe la aplicación del art. 44 del RD-L 6/2022 a los estrictos contornos de esa norma, proporciona mayor seguridad jurídica, pero limita la efectividad en la protección de los trabajadores, mientras que la segunda extiende notablemente las restricciones al despido a costa de generar mayor incertidumbre.

e) Dimensión temporal

A diferencia de lo previsto en el primer inciso del art. 44 –que impide a la empresa acudir al despido por causas objetivas desde el reconocimiento de la ayuda directa hasta el 31 de diciembre de 2022–, el segundo no ofrece ninguna precisión sobre su vigencia y operatividad, ni inicial, ni final. Por consiguiente, es posible defender que los ERTE anteriores a la entrada en vigor del RD-L 6/2022 que puedan estar relacionados con la invasión de Ucrania se ven afectados sobrevenidamente por esta limitación (en el bien entendido de que seguían vigentes a 31 de marzo de 2022), aunque seguramente esa sea una interpretación excesiva, porque el precepto se refiere a las empresas “que se acojan”, expresión en la que no parecen encajar las empresas que “ya se habían acogido” a un ERTE con anterioridad.

En esa clave de futuro, la norma tampoco establece un límite temporal para la operatividad de esas causas relacionadas con la invasión de Ucrania. Es probable que en un principio el art. 44 del RD-L 6/2022 alcance a numerosas empresas, pues, en el marco de los sectores identificados por esa norma, muchas habrán solicitado las ayudas directas, o habrán iniciado un ERTE bonificado (medidas compatibles, por cierto). En el caso del ERTE por causas relacionadas con la guerra de Ucrania, la limitación al despido no se activa exclusivamente durante la vigencia del ERTE, sino que está concebida para irradiar efectos más allá de su expiración, pero sin una fecha final, de modo que la empresa que haya disfrutado de un ERTE con apoyo público no podría, en apariencia, acudir al despido por causas objetivas derivadas de la invasión de Ucrania, al menos mientras el RD-L 6/2022 siga en vigor.

Por supuesto, el empresario cuenta con todas sus facultades intactas si acredita motivos diferentes, pero de lo contrario el ERTE por causas relacionadas con la invasión de Ucrania impediría un despido objetivo *sine die* por esas circunstancias, toda vez que, en este momento (junio de 2022) no es posible conocer ni predecir cuánto durarán los efectos de esta situación, por lo que esta restricción podría continuar operativa durante mucho tiempo. Esa es una consecuencia particularmente gravosa si no se introducen las necesarias cautelas y reglas de proporcionalidad, pues abocaría a un escenario confuso, jurídicamente cuestionable por el sacrificio indefinido de la libertad de empresa, y de consecuencias económicas impredecibles, con grave riesgo para la viabilidad de muchas empresas y, a la postre, del empleo, como ya se ha puesto de manifiesto tras la pandemia¹⁴.

Una restricción al despido de esta índole únicamente se justifica en tanto que la causa que acredita la empresa siga contando con carácter temporal, y no cuando objetivamente se ha convertido en estructural. Esa es la interpretación que ha prevalecido en relación con las crisis empresariales durante la pandemia, y la que también debe imponerse en este nuevo escenario, de forma tal que si la empresa pasa por dificultades, aun relacionadas en su inicio con la invasión de Ucrania, recuperaría íntegramente sus facultades organizativas y directivas si tales problemas se consolidan o cronifican, deviniendo en estructurales. En líneas generales, la jurisprudencia más reciente valora si las dificultades inicialmente temporales se han convertido en estructurales, por su excesiva duración y por la agravación que hace inviable la continuidad del proyecto empresarial, lo que desactivaría la prohibición coyuntural de despedir y reactivaría las facultades extintivas¹⁵, en una doctrina plenamente aplicable a este nuevo escenario, sin perjuicio de que sean necesarias las pertinentes adaptaciones en relación con la delimitación concreta de las causas o con sus efectos sobre el procedimiento del despido colectivo (cómputo del umbral numérico, afectación a uno o varios centros de trabajo o al conjunto de la

¹⁴ Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, Del (dulce) sueño de los ERTEs al (abrupto) despertar del concurso, *RTSS (CEF)*, nº 455, 2021, pp. 167 y ss.

¹⁵ Vid. SSTs de 16 de diciembre de 2021 (Rº. 210/2021), de 15 de diciembre de 2021 (Rº. 196/2021), 16 de diciembre de 2021 (Rº. 210/2021) y de 18 de febrero de 2022 (Rº. 229/2021).

empresa, etc.). Sobre ello abundamos en otro lugar en relación con el contexto Covid, consideraciones que *mutatis mutandis* resultan plenamente extrapolables aquí¹⁶.

Ahora bien, cabría poner en cuestión que este segundo inciso del art. 44 introduzca una novedad cualitativamente relevante, pues, en último término, esta jurisprudencia que se acaba de mencionar se construía sobre el presupuesto de que adoptado un ERTE la misma causa no justifica un despido colectivo. Es decir, es un criterio jurisprudencial que crea una excepción cuando la causa que motivó el ERTE ha devenido estructural. Desde esa perspectiva, el segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 podría incluso considerarse superfluo, pues si la causa que derivó en el ERTE sigue manteniendo carácter coyuntural, no se admitiría el despido colectivo, convirtiéndose en redundante ese segundo inciso del art. 44.

Quizá cabría dotarlo de un significado distinto conectando las dos limitaciones de ese art. 44, de forma tal que la primera prohibición de despedir pretende dirigir a la empresa afectada a un ERTE, y por ello estas causas relacionadas con la invasión de Ucrania contarían con operatividad para justificar el ERTE hasta 31 de diciembre de 2022. El RD-L 6/2022 daría lugar a una burbuja normativa que tendría sentido en sí misma y no requeriría articulación con normas estructurales. Incluso cabría pensar que esa es la *voluntas legis* (aunque habría que dilucidar si esa fecha se refiere a la solicitud/adopción del ERTE o a la finalización de sus efectos), pero desde luego no es esa la conclusión que se extrae del tenor literal del art. 44, que formalmente contempla dos reglas distintas y no interconectadas, cada una con su particular fisonomía y problemas interpretativos. En función de la duración del conflicto, del impacto –desconocido– de sus consecuencias y de la interpretación de la expresión “causas relacionadas con la invasión de Ucrania” no sería descartable que la posibilidad de acogerse a un ERTE de esta índole pudiera estar abierta durante muchos meses (o años), aunque en ese escenario la probabilidad de nuevas intervenciones normativas que alteren el marco legal es muy alta.

f) Ámbito subjetivo: espectro de trabajadores amparados por la restricción

Como se dijo, la limitación contemplada en el segundo inciso del art. 44 RD-L 6/2022, pese a vincularse a un ERTE, no puede ser equiparada con la cláusula de salvaguarda que nació para los ERTE Covid y ahora, con carácter general, se recoge en el art. 47.7.e) ET. Recuérdese que la cláusula de salvaguarda es nominal, protege por tanto a los trabajadores “afectados” al ERTE durante los seis meses siguientes a su finalización, cuyo contrato no se puede extinguir salvo por causas tasadas (DA 44.10 LGSS), mientras que el art. 44 RD-L 6/2022, en este segundo inciso, no ampara exclusivamente a los trabajadores afectados por el ERTE, sino a cualesquiera trabajadores de la empresa (incluso contratados posteriormente). Se trata, por consiguiente, de una limitación más cercana a

¹⁶ Vid. Menéndez Sebastián, Paz, Las facultades extintivas del empresario en la era Covid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193 y ss.

una prohibición de despedir, pues el empleador no sólo tendría vedada la extinción por causas objetivas de los trabajadores incorporados al previo ERTE, sino de cualquier otro trabajador de su plantilla.

g) Modalidades de extinción prohibidas y consecuencias del incumplimiento

Respecto de las últimas dos dudas interpretativas antes enunciadas, relativas a las modalidades de extinción que se encuentran temporalmente vedadas y a las consecuencias del eventual incumplimiento, es oportuna la remisión, en términos generales, a lo ya indicado para la primera de las prohibiciones [2.d) y 2.e)]. Es cierto que el segundo inciso no se refiere explícitamente al despido objetivo o colectivo, pero alude a las causas del ERTE, causas ETOP o de fuerza mayor, por lo que cabe reproducir las consideraciones precedentes.

Con todo, se aprecia una significativa diferencia en cuanto a las responsabilidades, porque el segundo inciso no contempla la devolución del “apoyo público” percibido. Podría argüirse que si la empresa es beneficiaria de una ayuda directa y procede a un despido objetivo la primera restricción del art. 44 exige su devolución, pero eso únicamente ocurrirá hasta el 31 de diciembre de 2022. O que los ERTE con bonificaciones de cuotas llevan aparejada la cláusula de salvaguarda, cuyo incumplimiento exige la devolución de las cuotas correspondientes (DA 44ª LGSS); pero esa es una garantía nominal que sólo beneficia a los trabajadores afectados por el ERTE y que expira a los seis meses de la conclusión del ERTE (plazo que quizá pudiera considerarse razonable para desligar la causa del ERTE de la de un despido posterior, pero no hay sustento legal claro para apoyar esa interpretación). Por consiguiente, la devolución de las ayudas públicas –directas o indirectas– no sería consecuencia de lo dispuesto en este segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022, sino de otras normas o preceptos diferentes que contemplen explícitamente esa consecuencia.

4. Una duda legítima a modo de conclusión: ¿la reforma laboral de 2021 ha priorizado jurídicamente las medidas de flexibilidad interna?

Conforme a la normativa precedente y a la jurisprudencia que la interpretaba, el empleador disfrutaba de un margen de apreciación muy amplio para afrontar las dificultades. El TS llegó a afirmar que, “mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a

traducirse en un juicio de “oportunidad” que exclusivamente corresponde dirección de la empresa”¹⁷.

La pandemia Covid alteró esa configuración, al restringirse temporalmente las facultades empresariales de extinción del contrato en una coyuntura negativa con ciertos ingredientes de excepcionalidad. Esa fue una medida muy razonable, y acertada, durante la pandemia, pero de algún modo resulta sorprendente que, una vez expirada la vigencia de la prohibición de despedir Covid, el legislador se haya decantado nuevamente por una limitación con ciertas similitudes, pues, aparentemente, la reforma laboral operada por el RD-L 32/2021 había modificado el marco normativo precedente.

En efecto, la Exposición de Motivos de esa norma advertía que los ERTE se convertían en una “fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”. En esa línea, el art. 47 ET ya no se refiere simplemente a fuerza mayor o a causas ETOP, como hacía antaño, sino que alude a la fuerza mayor “temporal” y a las causas ETOP “de carácter temporal”, referencias que refuerzan esa aparente prioridad de los mecanismos de flexibilidad interna y de las que cabría deducir que se ha modificado la configuración tradicional y que el empleador ya no puede decidir libremente entre unas medidas u otras, sino que sólo cabrá acudir a la extinción de contratos ante causas definitivas, mientras que en coyunturas temporales debe necesariamente decantarse por otras medidas. Dicho de otro modo, la reforma laboral habría dado lugar a un cambio de paradigma al introducir indirectamente una prohibición de despedir por causas temporales.

Esa es una interpretación muy atractiva, y que quizá pueda asimismo sustentarse en la ya aludida doctrina jurisprudencial que últimamente, sobre todo en el contexto de la pandemia Covid¹⁸, aunque también al margen de ella¹⁹, distingue explícitamente entre causas temporales y causas estructurales. Es probable, no obstante, que el TS no haya alterado la doctrina tradicional que reconoce al empleador la facultad de decidir entre distintas medidas cuando acredita la causa. Esta doctrina reciente está concebida, más bien, para evitar que el empleador deba insistir en la adopción reiterada de medidas temporales que se han demostrado ineficientes, pues en todas las sentencias el empleador había tomado previamente medidas de flexibilidad interna con resultados infructuosos. En esas condiciones, el empleador debe poder recuperar el abanico de opciones que le reconoce la legislación laboral para poder afrontar con mayores garantías las adversidades. Si ese es el propósito de esa doctrina jurisprudencial, y así lo parece, no cabe deducir de ella que se ha alterado el criterio tradicional que reconoce al empleador la facultad de elección cuando concurre la causa y no se ha introducido una limitación expresa, como sucedió en la pandemia Covid y ha ocurrido después ante las consecuencias de la invasión de Ucrania.

Ahora bien, estas dudas sobre el eventual cambio de doctrina jurisprudencial no serían relevantes si se acepta que el legislador ha procedido a una modificación sustantiva y cualitativa, pues la reforma laboral tenía como objetivo declarado, precisamente, alterar

¹⁷ Cfr. STS de 17 de marzo de 2014 (Rº. 32/2014).

¹⁸ Vid. SSTS de 18 y 22 de febrero, 16 de marzo y 20 de abril de 2022 (Rº. 229/2021, 232/2021, 265/2021 y 241/2021).

¹⁹ Vid. STS de 9 de septiembre de 2020 (Rº. 13/2018).

el paradigma tradicional. Si ello es así, y se da por tanto crédito a la Exposición de Motivos del RD-L 32/2021, resulta sorprendente que el art. 47 ET no ofrezca ninguna pauta para dilucidar cuándo la causa es temporal y cuándo es definitiva, y que la definición de las causas no haya sufrido adaptación o modulación alguna, pues son las mismas que justifican un despido colectivo (art. 51), con una pequeña diferencia en relación con el número de trimestres que se toman como referencia para determinar si existe causa económica.

El legislador se ha limitado a introducir una referencia a la temporalidad, pero sin concretar los parámetros que determinan ese carácter temporal, ni ofrecer instrumentos para efectuar tal valoración *a priori*, ni para identificar al sujeto competente o capacitado para ello, con la incertidumbre que genera para el sistema, especialmente si se llega a la conclusión de que un ERE fundado en una causa temporal habrá de considerarse nulo, lo que obliga a recurrir siempre a la vía judicial. Teniendo en cuenta que, por lo general, toda circunstancia tiene carácter temporal, la inseguridad jurídica es inaceptable, porque ni siquiera la concurrencia de la causa económica por disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos en comparación con los del año anterior justificaría un despido colectivo, pese a la literalidad del art. 51 ET, cuando la causa fuera temporal.

En ese contexto de incertidumbre, las dos nuevas “prohibiciones de despedir” derivadas de las consecuencias de la invasión de Ucrania provocan cierta perplejidad, porque apenas tres meses después de la aprobación de la reforma laboral parecen contradecir ese alcance “alternativo y prioritario” de las medidas de flexibilidad interna. Por supuesto, el art. 44 del RD-L 6/2022 contaría con pleno sentido si meramente exigiera la devolución del dinero público recibido en caso de extinciones contractuales, para evitar el enriquecimiento injusto del empresario. Pero la restricción al despido por causas objetivas es una consecuencia jurídica de mucha mayor envergadura y que parece contradecir una de las finalidades declaradas de la reforma laboral de 2021.

En efecto, y partiendo de la premisa de que las consecuencias de la invasión de Ucrania tienen carácter temporal, las dificultades empresariales provendrían o bien de fuerza mayor temporal o bien de causas ETOP de carácter temporal. Ese escenario se adapta perfectamente a lo dispuesto por la nueva redacción del art. 47 ET, de modo que el empresario no podría acudir al despido objetivo o colectivo, porque la causa no es estructural o definitiva, sino que se vería abocado a una medida de flexibilidad interna, como el ERTE, por su novedoso carácter “prioritario” sobre la extinción del contrato.

Sin embargo, el legislador demuestra que esa “prioridad” legal no es real, o al menos que el propio legislador no está convencido de ella. Es significativo que tanto la norma que procedió a la reforma laboral como la que ha introducido estas “prohibiciones de despedir” por la invasión de Ucrania sean reales decretos-ley provenientes del Gobierno. La filosofía y finalidad deberían coincidir. Si la reforma laboral hubiera dado lugar a un cambio de paradigma, las consecuencias de la invasión de Ucrania no permitirían, al menos por el momento, que las empresas extinguieran contratos por una causa relacionada con esa particular coyuntura, siendo irrelevante que se beneficien de fondos públicos. La causa es temporal, y por ello no cabrían medidas definitivas.

Sin embargo, el art. 44 del RD-L 6/2022 únicamente restringe el despido por causas objetivas para las empresas que reciban ayudas directas o para las que hayan apostado por un ERTE con apoyo público, lo que hace muy difícil sostener que la reforma laboral ha operado un cambio en los parámetros tradicionales y constreñido las opciones del empleador que decida no solicitar esas ayudas o no acudir a un ERTE. Por supuesto, habrá que esperar a que el asunto se plantee ante los tribunales, pero este art. 44 del RD-L 6/2022 puede ser invocado como una suerte de “interpretación auténtica” que rebajará el impacto de la modificación del art. 47 ET.

En verdad, se aprecia una evidente contradicción entre el propósito declarado de la reforma laboral de 2021/2022 y el art. 44 del RD-L 6/2022, por lo que cabe concluir que el legislador de la reforma o bien fue excesivamente grandilocuente y optimista en relación con la prioridad de las medidas de flexibilidad interna, o bien no confía en que dicha prioridad –que formalmente sólo se recoge en la Exposición de Motivos– se consolide mientras no cuente con el sustento de los tribunales, y ha preferido adoptar medidas explícitas y más contundentes. Sea como fuere, de la valoración conjunta del art. 47 ET y del art. 44 del RD-L 6/2022 únicamente cabe deducir que en defecto de limitaciones específicas a la extinción de contratos, la reforma laboral no ha alterado el contenido y alcance del poder de dirección en lo relativo a la adopción de medidas a disposición del empleador una vez que acredita la causa pertinente.