

«NOVACIONES PREVISIBLEMENTE EXTINTIVAS» Y DESPIDO COLECTIVO: EL BUEN EMPRESARIO, ¿PREVISOR O «PITONISO»?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

Pitonisa –que procede de Pitón, serpiente que, según la mitología, vigilaba el viejo oráculo griego de Delfos– era la sacerdotisa del dios Apolo –quien mató a la serpiente y en su lugar colocó a aquella–. La Pitonisa pronunciaba el oráculo a quienes acudían a ella para conocer su porvenir. Según algunas tradiciones, la primera pitia o pitonisa que actuó en el oráculo de Delfos se llamaba Sibila, y su nombre se generalizó y nominó la profesión de adivina.

CICERÓN¹

1. MARCO (NACIONAL) NORMATIVO: SI NOVAR NO ES EXTINGUIR, MEJOR MODIFICAR, AUN PEYORATIVAMENTE, QUE DESPEDIR

Al margen de su recurrente conflictividad, los laboristas creíamos saber, hasta hace poco, la clara diferencia conceptual existente entre la institución de la novación o modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), regulada en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y la del despido colectivo (art. 51 ET). Asimismo, y precisamente por esa diferencia, el legislador priorizaría, al menos en el discurso oficial, si bien con deficiente técnica y práctica, la novación peyorativa de condiciones de trabajo, como expresión del valor de la flexibilidad interna, frente a los despidos colectivos, pilar de la flexibilidad externa. Del mismo modo, radicalmente diverso resultaría, en nuestro Derecho, el régimen de las novaciones sustanciales respecto de las no sustanciales.

¹ CICERÓN, M. T., *Sobre la adivinación. Sobre el destino. Timeo*, Madrid: Gredos, 1999.

Cierto, tanto el legislador nacional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), máximo pretor europeo, evidencian que entre ellas existen zonas de concurrencias. Así, en ambos casos, y por lo que aquí interesa, la cualificación de una MSCT como colectiva exigiría, al igual que para el despido de esta guisa, un procedimiento de consulta-negociación colectiva de buena fe, cuya ausencia determinaría la nulidad (ejemplos recientes en la [STS 340/2017, de 21 de abril](#), caso Panrico, que defiende una visión más formalista, con un crítico voto particular, defensor de una visión más flexible, y en la [SAN 17/2017, de 13 de febrero](#), caso Atento Teleservicios España, SAU). En desarrollo reglamentario del procedimiento de despido colectivo –también de suspensión contractual y reducción de jornada–, el artículo 8.1 [letras b), c), d) y e)] del [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#), configuraría la práctica totalidad de las acciones de flexibilidad interna, en especial las novatorias, como medidas (de acompañamiento social) a adoptar, en el seno de aquel procedimiento colectivo, «para evitar o reducir los despidos» (si se trata de inaplicación de convenios, debe respetar el trámite del [art. 82.3 ET](#); [STS 616/2016, de 6 de julio](#)). También la MSCT permite la extinción (mediante una acción de resolución, más que de rescisión, propiamente) en los casos en que perjudique al trabajador, generando un análogo derecho indemnizatorio: los recurrentes 20 días de salario por año de servicio –con un máximo de 9 mensualidades– *ex artículo 41.3 del ET*. En este escenario legal, no sorprenderá que el pretor máximo, el TJUE, asunto Pujante Rivera ([STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14](#)), incluyera para el cómputo mínimo de aquella toda extinción, aun adoptada formalmente por el trabajador, ocasionada por la decisión novatoria del empresario perjudicial, sea por vía del [artículo 50 del ET](#), sea por la del [41.3 del ET](#).

No menos verdad es que este resultado posible –no necesariamente– extintivo, y el imperativo de un procedimiento de negociación colectiva de buena fe si tiene tal dimensión, tan solo se produce cuando concurre el carácter sustancial de la novación, no cuando no lo es y, en consecuencia, entraría dentro del poder de novación ordinaria del empleador *ex artículo 20 del ET*. Por lo tanto, no toda alteración de la prestación de servicios del trabajador constituirá una modificación sustancial, debiéndose atender para la calificación tanto al tipo de condición de trabajo afectada (debe tratarse de un elemento esencial de la relación de trabajo sin que la lista del [art. 41 ET](#) sea exhaustiva, sino solo ilustrativa) cuanto a la intensidad de la novación o modificación (no basta con la alteración de algún elemento esencial de la relación laboral, ha de tener cierta magnitud) ([SSTS, Sala 4.^a, de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#), y de [20 de julio de 2017, rec. 179/2016](#)).

Ni que decir tiene que la realidad hace, con creciente frecuencia, difícil el deslinde entre la institución de poder novatorio normalizado (sin límite formal ni indemnizatorio) y la del poder novatorio restringido (antaoño excepcional, pero hoy no tanto, ante el favor legal por la devaluación de condiciones como alternativa al despido –cada vez más normalizado–). Por eso, en una concepción quizás formalista de la distinción, se ha podido aceptar recientemente que el incremento de cuatro jornadas laborales al año sea pura adaptación de la jornada y no una modificación sustancial –de una condición de trabajo más beneficiosa–, cuando lo que sucede es que se pone fin a la «tolerancia empresarial», desplegada durante varios años, a calificar una parte del periodo de bocadillo como tiempo de trabajo ([STS 622/2017, de 13 de julio](#)). Del mismo modo que tampoco se considera como sustancial, siguiendo una tesis ciertamente flexible en favor del empleador,

desplazar a los trabajadores –pilotos– la obligación de disponer de todas las herramientas informáticas necesarias para la actualización de ciertas pautas de actuación –manual de operaciones–, aun habiéndolo realizado antes la empresa con sus medios, sino que se trataría tan solo de una decisión de adaptación de los medios productivos a las exigencias de una sociedad informatizada, «en beneficio tanto de la empresa como de los trabajadores que van a utilizar los medios informáticos facilitados» (citada [STS 653/2017, de 20 de julio](#), que casa la [SAN 69/2016, de 22 de abril, rec. 11/2016](#), partidaria de considerar el cambio realizado como una novación sustancial colectiva).

En todo caso, las razones de diferenciación entre el carácter sustancial o no de una novación, así como la convergencia de ciertas reglas (procedimentales e indemnizatorias) de las novaciones sustanciales colectivas con el despido colectivo, se vinculan siempre al primado del fin que informa y conforma su régimen jurídico, hallando semejanzas entre una institución y otra. La garantía del llamado «efecto útil» de la [Directiva 98/59](#) –que no fija un único modo de cómputo– no se dirige solo a asegurar mayor protección de los trabajadores, «*teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado*», sino también, una *armonización comunitaria de mínimos de las cargas de las empresas*, por la subsistencia de una diversidad reguladora en los Estados-modalidades y procedimiento de despido, así como a las medidas de atenuación de sus efectos nocivos, dada la «*incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior*» ([Sentencia Rabal Cañas](#)). Por eso conviven en el Derecho de la Unión Europea modelos diversos, unos más garantistas (español) que otros (británico).

De ahí la necesidad tanto de evitar interpretaciones nacionales restrictivas, que alteran su ámbito aplicativo, privándole de eficacia plena, como de huir de una absoluta identidad, que asfixie la libertad de adaptación estatal del objetivo comunitario, sin perjuicio siempre de una norma más favorable (art. 5 [Directiva](#)). La interpretación de este régimen específico corresponderá, en principio, no al TJUE sino a la jurisprudencia nacional ([STJUE de 17 de marzo de 2011, Naftiliaki Etaireia Thasou y Amaltheia I Naftiki Etaireia, C-128/10 y C-129/10](#)). Esta conoce ejemplos de aplicaciones expansivas de los conceptos comunitarios, que se proyectan fuera incluso del específico ámbito en el que nacen (*vid.* [STS 49/2017, de 24 de enero, rec. 38/2016](#)), que confirman la doctrina jurisprudencial que reconoce el derecho a la reposición del derecho a la prestación por desempleo cuando la extinción posterior deriva de no acogerse el trabajador a una medida –movilidad geográfica– de flexibilidad interna, adoptada por la empresa en su plan de reestructuración, al tratarse de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la persona d el trabajador, aplicando por analogía la [Sentencia Pujante Rivera](#)). Pero también ofrece otros más restrictivos, en los que excluye interpretar (una suerte de técnica del espiguelo normativo) la regla de mayor favor mezclando el concepto nacional de empresa (más favorable, pero específico) y el comunitario de centro de trabajo (*vid.* la [STS 506/2017, de 13 de junio](#), que niega que pueda haber despido colectivo en los supuestos que deriven de tal mezcla de normas y conceptos, atendiendo al [asunto Rabal Cañas](#)²).

² En la misma línea, la [STS 634/2017, de 14 de julio, rec. 74/2017](#), que sigue lo dispuesto en las SSTs de [17 de octubre 2016, rec. 36/2016](#), y [6 de abril de 2017, rec. 3566/2015](#).

En este contexto, de relativa armonización y relativa diferenciación reguladora, que un ordenamiento nacional, como el polaco, contemple normas (art. 42 *Kodeks Pracy*, Código del Trabajo) que permitan decisiones rescisorias a raíz de novaciones sustanciales y no sustanciales, autorizando en tales casos aplicaciones analógicas de las disposiciones relativas a la resolución del contrato de trabajo, no debería ser, en línea de principio, causa de alarma para el ordenamiento de otros Estados, como España, que no contemplen tan generosamente tal opción. Del mismo modo que Polonia, cuyo ordenamiento no contempla expresamente procedimiento de consultas para las modificaciones de contrato de trabajo, a diferencia de lo que prevén otros como España, tampoco debería inquietarse, en línea de principio, por ello, salvando sus respectivas libertades de opción reguladora. ¿O sí deberían hacerlo ambos?

2. EL CASO: RELATO FÁCTICO RELEVANTE PARA LA DECISIÓN

La señora Ciupa y otros son empleados del hospital polaco de Łódź a tiempo completo, en virtud de contratos de trabajo indefinidos. Desde el año 2009, las pérdidas económicas del hospital se han incrementado todos los años, por lo que en 2013 se decidió que el hospital se transformara en sociedad mercantil, reduciendo notablemente los costes previos –recogidos en el plan de ahorro–. A la vista de su insuficiencia para el fin conservador de la actividad, se decidió una rebaja temporal del salario de la plantilla (15%), en vez de procederse a su liquidación, para evitar suprimir más de 100 puestos de trabajo (cubiertos mediante contratos de prestación de servicios médicos suscritos con el Fondo Nacional de Salud). Planteada, pues, como última ratio de conservación del empleo, solo el 20% de los trabajadores aceptó, tras consultas de carácter individual, incluidas las de los trabajadores representantes sindicales, sin contemplar el trámite de despido colectivo. Un grupo de trabajadores –incluye a la señora Ciupa– impugna la decisión, siendo desestimada en instancia. Presentado el correspondiente recurso de apelación, el órgano judicial competente planteará cuestión prejudicial.

A su entender, no está claramente asentada la jurisprudencia del *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo polaco) sobre si cabe imponer al empresario las obligaciones establecidas en los artículos 2 a 4 de la ley de trasposición de la [Directiva 98/59/CE](#) cuando se trata de novación modificativa, aunque parece inclinarse a una respuesta positiva. A su entender, es irrelevante para su aplicación tanto el número de relaciones laborales realmente extinguidas a raíz del rechazo de las nuevas condiciones de empleo propuestas por el empresario como el hecho de que esas extinciones provengan de la voluntad de los trabajadores. Lo único relevante sería, a su juicio, que la modificación parta del empresario y que la eventual rescisión subsiguiente no dependa de la voluntad real del trabajador, debiéndose en tales casos, si se da el umbral que prevé la normativa, consultar. Ahora bien, por cuanto que cree –erradamente, al desconocer por completo la [Sentencia Pujante Rivera](#)– que el TJUE «no se ha pronunciado sobre la cuestión de cómo han de calificarse las novaciones modificativas a la luz de la Directiva 98/59», prefiere mantener sus dudas y preguntar, por no concurrir la doctrina del acto claro ni aclarado. En esencia, la cuestión se centra en determinar si el artículo 1.1 de la [Directiva 98/59/CE](#) debe entenderse en el sentido de que una

modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador, implica la extinción del contrato, debe calificarse como «despido» en el sentido de ese precepto y si el artículo 2 de la [Directiva](#) debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas cuando planea ese tipo de modificación unilateral.

3. LA DOCTRINA SENTADA: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

El fallo del TJUE será en este caso –sorprendentemente– muy claro, dando una precisa y positiva respuesta a las cuitas del juez polaco remitente. A su entender –que ha de ser el del conjunto de los órganos jurisdiccionales con competencia laboral de la Unión Europea–:

«El artículo 1.1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 (...) debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como "despido", a efectos de ese precepto, y el artículo 2 (...) debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral (...), siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha directiva, lo cual debe comprobar el tribunal remitente».

A esta decisión llega sobre dos grupos de razonamientos que, sin embargo, sí plantean, fuera del caso concreto, mayores dudas. En primer lugar, el TJUE, ratificando la diferenciación, válida solo en el ámbito de la [Directiva](#) (concepto funcional de despido en función de la finalidad perseguida), entre los conceptos de «despido» (cuyo umbral mínimo ha de ser de cinco) y de «extinción asimilada» por motivos no inherentes al trabajador, incluye en el concepto más estricto de despido *ex* artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de aquella la «novación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador», decidida unilateralmente por el empleador y perjudicial para el trabajador ([STJUE Pujante Rivera, C-422/14](#), apdo. 55). De esta reafirmación jurisprudencial, en sentido muy expansivo, de su precedente derivan dos consecuencias conceptuales y prácticas importantes:

- ni la novación, unilateral y en perjuicio del trabajador, «*no sustancial de un elemento esencial*» del contrato por motivos no inherentes a la persona del trabajador ni la novación «*sustancial de un elemento no esencial*» por tales motivos pueden calificarse como «despido», en el sentido de dicha [Directiva](#);
- si una novación modificativa no está comprendida en tal concepto de «despido», por no ser sustancial, la rescisión del contrato derivada de la negativa del trabajador a

aceptarla, sí puede tener la consideración de extinción contractual asimilable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.1, párrafo segundo, de la [Directiva 98/59/CE](#), a fin de incluirse en el cómputo para obtener el número total de despidos.

En el caso concreto, no pudiendo el TJUE certificar el carácter de sustancial de la hecha por el hospital polaco, pues si bien una reducción del 15% del salario parece serlo (la retribución es un elemento esencial del contrato y el porcentaje es de entidad cuantitativa), el «carácter transitorio de esa reducción aminora notablemente el alcance de la modificación del contrato de trabajo planeada» (apdo. 29), ni debiéndolo hacer, porque compete al juez nacional (apdo. 30), sí que deja bien claro al juez remitente –por si alcanza conclusión de signo diverso respecto del carácter sustancial de la novación– que debe tener la consideración de extinción del contrato (extinción asimilable). Y ello porque, en la circunstancias del caso, el hospital-empedor «*debía prever lógicamente* que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación (...) y que (...) su contrato fuera rescindido» (apdo. 35). La diferencia práctica es importante: si se califica como «despido», no como «extinción asimilada», exige computarlas en el cálculo inicial de cinco «despidos» mínimo para tener en cuenta las «extinciones asimiladas».

En segundo lugar, respecto a la cuestión de en qué momento un empresario tiene la obligación de tramitar las consultas, reafirmará su enfoque de favor por la gestión anticipada de la reestructuración, afirmada en sus precedentes más lejanos y consolidados. Esta doctrina exige que la obligación de consulta nazca «*con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo*» (imperativo del efecto útil de la normativa), a fin de que su protección no sea vaciada de contenido práctico, lo que sucedería «si fuese posterior» ([STJCE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros, asunto C-44/08](#)). La razón de ser de la [Directiva](#) no es proteger de la decisión extintiva ya tomada, sino de la posibilidad misma de tener un efecto extintivo de las relaciones de empleo antes incluso de que se produzca, a fin, justamente, de atenuarlos, mediante la reducción del número de despidos, no solo de compensarlos socialmente. De ahí que el empresario esté obligado a tramitar consultas cuando planea (inicio de la decisión estratégica o programación en la fase de proyecto) realizar ese tipo de modificación unilateral, siempre que concurren los requisitos del artículo 1 de la [Directiva](#). En el caso concreto, puesto que la decisión de notificar las novaciones «*implicaba necesariamente que (...) previera despidos colectivos*», debió tramitar las consultas (apdo. 36).

Esta conclusión inclusiva se impondría con mayor razón por cuanto la finalidad de la obligación de consulta (evitar las extinciones o reducir su número, así como atenuar efectos) y el objetivo perseguido por las novaciones modificativas (evitar los despidos individuales) «*se solapan en gran medida*». En efecto, puesto que una decisión que supone una modificación de las condiciones de trabajo puede evitar los despidos colectivos, el procedimiento de consulta debe iniciarse en el momento en que el empresario planea realizarlas (*vid.* la [STJCE de 10 de septiembre de 2009, C-44/08](#), apdo. 47).

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: JUICIO DE PREVISIBILIDAD DE SU IMPACTO INNOVADOR PARA EL DERECHO ESPAÑOL

Suele criticarse, con razón, la relativa, cuando no escasa, atención que los jueces de un país suelen prestar a las sentencias del TJUE dictadas en relación con cuestiones prejudiciales de otros países de la Unión Europea, pese a su valor *erga omnes*. Para verificar que el déficit de atención, primando «el localismo» sobre el «europeísmo», no se produce solo en nuestro país, basta con señalar la «ignorancia» exhibida por el órgano judicial polaco del precedente «español» del TJUE (Pujante Rivera). Es más que probable que, de haber conocido, como debería, tal precedente, determinante para la respuesta que recibe del TJUE, pudiera haber resuelto por su sola autoridad de juez comunitario la controversia. Convendremos en que sería un craso error que la jurisdicción española, así como la doctrina científica patria, hiciesen lo propio con este «precedente polaco» del TJUE. La doctrina comentada no solo reafirma el precedente Pujante Ribera sino que lo llevaría, a mi entender, más allá.

Por enésima vez, se confirma que si *un concepto comunitario puede ir más allá de lo expresamente reflejado por la precedente jurisprudencia del TJUE*, siempre habrá una nueva sentencia del TJUE que, más pronto que tarde, explorará hasta el límite esa evolución. En el precedente Pujante Rivera quedaban sombras de duda, en función de las circunstancias del caso –se actualizó la rescisión–, en torno a si el cómputo de los trabajadores afectados por un despido colectivo integra también las modificaciones sustanciales potencialmente extintivas, si eran razonablemente previsibles (razonable potencialidad rescisoria). El precedente (polaco) *Ciupa et alii* parece despejarlas, optando por la solución más expansiva –por lo tanto, también más indeterminada– de todas, aunque abra otras incertidumbres para la gestión de personal (departamentos de «recursos humanos»).

Una lectura maximalista abriría la posibilidad de que también se incluyan en este último las novaciones no sustanciales para las que sea «razonable esperar» su no aceptación por ciertos trabajadores y extingan, conforme al nuevo precedente polaco, resuelto en sentencia del TJUE de la misma fecha que el caso *Ciupa (C-149/16, asunto Socha)*. En este segundo caso polaco –también un hospital en situación económica negativa–, la previsión rescisoria potencial se refiere al *momento de adquisición del derecho a una prima de antigüedad*. El TJUE, a diferencia del precedente anterior, no entra a valorar si «constituye un elemento esencial del contrato» o no, bastándole señalar «que no puede considerarse que la rescisión modificativa de que se trata en el litigio principal implica una modificación sustancial de ese contrato». Por lo tanto, tal rescisión (potencial) no está comprendida en el concepto de «despido» *ex* artículo 1.1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE (apdo. 27). Pero no por eso queda excluida del cómputo, pues la eventual –aquí solo probable– resolución del contrato subsiguiente a la negativa del trabajador a aceptar aquella novación (no sustancial) «debe considerarse que constituye una extinción del contrato de trabajo producida a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la citada directiva, de modo que debe tenerse en cuenta para calcular el número total de despidos llevados a cabo» (apdo. 28).

Ciertamente, el TJUE, algo –pero poco– consciente del largo alcance que está dando a su exigencia de previsibilidad de la conducta potencialmente extintiva del trabajador a raíz de una decisión novatoria empresarial, sustancial o no, introducirá un pequeño matiz a la hora de formular la distinción. Si en el [caso C-429/16](#) establecía una auténtica carga, de modo que «*debía prever lógicamente* que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido», en el [caso C-149/16](#) lo modulaba a una obligación solo de razonabilidad, de modo que solo procedería cuando fuese «razonable esperar» la rescisión o resolución. ¿Pero qué diferencia práctica, real y seria, hay entre un *deber lógico de previsión extintiva* (para las modificaciones sustanciales perjudiciales) y un *deber de espera o previsión razonable extintiva* (para las novaciones no sustanciales pero nocivas o perjudiciales)? Si la hay, difícil precisarla.

El resultado es que, a los estrictos (y únicos) efectos de la aplicación de la [Directiva](#) sobre despidos colectivos, tanto las novaciones sustanciales como las no sustanciales, siempre que sean unilaterales y perjudiquen al trabajador, generándole una razonable posibilidad o expectativa extintiva, computan para fijar el umbral que exigiría el procedimiento colectivo. El cómputo, no obstante, juega de forma desigual: si es una «modificación sustancial», con o sin extinción actual, pero siempre potencial, debe computar como «despido», por lo que pueden integrar el umbral mínimo de los cinco que se exigen en la normativa comunitaria –y nacional–; si es «no sustancial», actualizada o no en rescisiones, computarán como «extinciones asimiladas», por lo tanto se sumarán en el momento a partir del cual se hayan alcanzado los «despidos».

Se ahondaría, así, en una evolución convergente o concurrente, ya evidenciada en sede legislativa, también en la práctica, pues es frecuente que todo proceso de regulación de empleo combine medidas de flexibilidad interna y externa. Pero concurrencia o interacción no puede significar confusión, de modo que, como una reciente doctrina judicial nos recuerda, por enésima vez, el favor por la flexibilidad interna no se puede convertir en una justificación permanente al empresario para mantener una situación abocada objetivamente a la liquidación de la empresa, sostenida únicamente sobre la devaluación de condiciones de trabajo ([SAN 126/2017, de 18 de septiembre](#)).

En suma, lo determinante a efectos de la [Directiva comunitaria](#) no sería la naturaleza sustancial o no de la novación –que sí contaría para formar el mínimo de despidos propios o el plus sumatorio de «despidos asimilados» o «extinciones asimilables»–, sino el efecto nocivo en las condiciones de trabajo y el deber de previsión razonable de una decisión resolutoria del trabajador perjudicado, aunque no se haya actualizado en el momento de la toma de la medida. Debe tenerse en cuenta que estos conceptos son siempre autónomos comunitarios y, por lo tanto, no identificables estrictamente con los previstos en los Estados miembros, como con los de los artículos [40](#) o [41 del ET](#), sino que son contruidos, a menudo sin la precisión debida, *ex profeso* por el TJUE en función de la máxima garantía de efectividad del fin perseguido por la [Directiva](#). Por eso, sin reducir ni un ápice la novedad profunda, conceptual y normativa de esta doctrina, conviene no sobrepasar los límites exigibles a la misma, pretendiendo una suerte de revisión del entero régimen novatorio, en especial a la hora del cómputo establecido del número de novaciones necesarias para establecer si es colectiva o no, como parecen sugerir otros –en todo caso

interesantes— comentarios, pero que carecería de coherencia desde el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros³. En cualquier caso, ha nacido un nuevo concepto jurídico comunitario a los solos efectos del cómputo del despido colectivo: el de «*novación, sustancial o no, laboral de razonable previsibilidad rescisoria*».

Un factor nada irrelevante de relativa «armonización jurisprudencial». Si bien con ello se incrementa el riesgo de incertidumbre de las decisiones y su gestión anticipada, en la que el empleador asuma una mayor carga, precisamente por ser el titular de una actividad prestada en virtud de asumir «el riesgo y ventura». Ese deber de previsión de conductas —y situaciones— del trabajador está presente donde el principio preventivo tiene relevancia —es el caso de las imprudencias no temerarias del trabajador en el cumplimiento de su prestación de servicios *ex art. 14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales*—. Pero también donde el principio de no discriminación está en juego, como sucede respecto de las situaciones de enfermedad de larga duración, equiparadas a la discapacidad (principio de equivalencia funcional).

Esta última cuestión hallará, seguro, nuevas dimensiones —también nuevos conflictos— en el marco del [asunto Ruiz Conejero \(C-270/16\)](#), ya en fase de conclusiones, extremadamente ambiguas y nada concluyentes, de la abogada general, en un supuesto de despido objetivo por faltas de asistencia derivadas de bajas médicas (por la obesidad que padece y que tiene reconocida como discapacidad). La jurisprudencia ([STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016](#)) y la doctrina judicial mayoritaria (SSTSJ de [Madrid, 31 de marzo de 2017, rec. 143/2017](#)); [Andalucía/Granada de 17 de mayo de 2017, rec. 24/2017](#)) parecen resistirse a la nueva colonización comunitaria, que reconstruye los conceptos nacionales (*vid. el comentario de la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017* en el número de octubre de 2017), con alguna excepción, que sí abre el deber de valoración empresarial de la situación de baja de duración incierta a tiempos posteriores a la decisión extintiva ([STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2017, rec. 1172/2016](#), que atiende a la declaración posterior de discapacidad del 48%).

Ahora bien, a veces, sin embargo, lo que puede presentarse como avance, expresión de una visión no formalista del Derecho, menos aún conservadora, puede terminar siendo no ya solo una fuente de excesiva incertidumbre en la dirección empresarial —que ahora asumirá nuevos deberes de gestión previsora o anticipada—, sino un ejercicio de máximo irrealismo. Una vez más hay que ponderar el efecto innovador comunitario con la necesidad de no perder de vista ni las circunstancias del caso concreto, ni las especificidades del Derecho nacional que ha servido de

³ Aun dentro de parámetros ampliamente coincidentes, no defienden la misma posición BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «*Modificación sustancial y cómputo del despido colectivo: más precisiones sobre los casos Ciupa y Socha del TJUE*», en <ignasibeltran.com> (26 de septiembre de 2017), más expansivo, y ROJO TORRECILLA, E., algo más restrictivo —a mi juicio, más defendible—: «*Modificaciones (sustanciales y no sustanciales) de trabajo que pueden acabar en la extinción de contratos. Su impacto sobre el cómputo de trabajadores a efectos de un despido colectivo y sobre la obligación de celebrar el periodo de consultas. Notas a dos importantes sentencias del TJUE de 21 de septiembre (asuntos C-429/16 y C-149/16)*», en <eduardorojotorrecilla.es> (22 de septiembre de 2017).

referencia ni, sobre todo, la limitación funcional –finalista– de las construcciones del TJUE, que no pueden servir de patente de corso para de-construir todas las nacionales, aun sin competencia del Derecho de la Unión Europea en ellas. De lo contrario, se corre el riesgo de que la nueva función de empleador diligente, urgido de una gestión lo más previsoras o anticipada posible, termine pareciéndose demasiado al viejo oficio de adivino o pitonisa.