

**LA ELABORACIÓN DEL CALENDARIO LABORAL VULNERANDO LA  
COMPETENCIA DE CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS  
TRABAJADORES**

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE  
NOVIEMBRE DE 2014 (RECURSO 2730/2013)

Dr. Xavier Solà i Monells  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat Autònoma de Barcelona

*Abstract*

La sentencia analizada declara nulo el calendario laboral elaborado unilateralmente por una empresa sin respetar los derechos que la DA 3ª del RD 1651/1995 otorga a los representantes de los trabajadores, a saber: el de ser consultados sobre la propuesta planteada por la empresa y el de emitir un informe previo cuando no exista consenso al respecto. Es este segundo derecho el que se incumple en el caso de autos, dado que sólo quedan acreditados algunos contactos y reuniones, pero no existe ningún informe ni puede demostrarse que se solicitase. Se colma así la laguna que presenta esa norma reglamentaria, que no precisa las consecuencias de un eventual incumplimiento de esos derechos.

Si se tomase en consideración el artículo 64 del TRLET –donde se ofrece una definición del concepto «*consulta*» junto con valiosas indicaciones sobre su alcance y condiciones de ejercicio– la fundamentación de la sentencia sería bastante más sólida y el derecho a emitir informe previo adquiriría una configuración más lógica y globalmente más coherente. A pesar de ello, el criterio seguido por la sentencia –reiterando el adoptado en la STS de 17 de mayo de 2011 para un supuesto muy parecido– puede defenderse con sólidos argumentos y tiene un enorme proyección, dado que puede aplicarse a otras hipótesis de consulta en las que también se produce aquella laguna, como por ejemplo las previstas en el artículo 64.5 del TRLET.

*The court ruling analyzed in this paper declares null the labor calendar unilaterally elaborated by the company without respecting the workers' representatives rights regulated in the 3r additional provision of the Royal Decree 1651/1995, namely: to be consulted about the company's proposal and to issue a preliminary report when there is no consensus. This second right has not been respected in this case, since only some contacts and meetings are proven, but there is no report nor can it be proven that this report was requested. The decision solves the legal void existing in this regulation, which does not specify the consequences of breach of these rights.*

*If article 64 of the Spanish Worker's Statute would be taken into account –which includes a definition of "consultation" and valuable information regarding the scope and conditions of its exercise– the ground of the court decision would be much stronger and the right to elaborate a report would be more logical and globally more consistent. However the approach taken by the court decision –reaffirming the one adopted in the decision of the Spanish Supreme Court of May 17<sup>th</sup>, 2011 in a very similar case– can be defended with solid arguments and has an important projection, as it can be applied to other scenarios of consultation where the regulation also includes a legal void, such as article 64.5 of the Worker's Statute.*

Title: The elaboration of the labor calendar without respecting the right to consultation of workers' representatives. Comment of the decision of the Spanish Supreme Court of November 18th, 2014 (appeal 2730/2013)

Palabras clave: derecho de emisión de informe, derecho de consulta, calendario laboral, representantes de los trabajadores.

*Keywords: report allowance, right to consultation, labor calendar, employee representatives*

IUSLabor 1/2015, p. 1-10, ISSN 1699-2938

### **Sumario**

1. Supuesto de hecho
2. Criterio adoptado por el Tribunal Supremo
3. Valoración
  - 3.1. Contenido y alcance de las competencias que se otorgan a la representación laboral en relación a la elaboración del calendario laboral
  - 3.2. Trascendencia de la vulneración por parte del empresario de los derechos de la representación laboral en relación con la elaboración del calendario laboral y, en general, con la competencia de consulta

## 1. Supuesto de hecho

La sentencia analiza un conflicto planteado en el centro de trabajo que la empresa Maxam Europe SAU tiene en la ciudad de Burgos a raíz de la elaboración del calendario anual para 2013.

Según consta en la relación de hechos declarados probados, la Dirección de la empresa y la representación unitaria iniciaron negociaciones a mediados del mes de noviembre de 2012 para aprobar dicho calendario. Al no alcanzarse acuerdo la parte empresarial emitió un comunicado para informar que el primer día de trabajo sería el 9 de enero de 2013 y, tras nuevos contactos que tampoco fructificaron debido a discrepancias sobre el número de días sobrantes de libre disposición para la empresa, el 23 de enero de 2013 definió unilateralmente el calendario para el año 2013 y lo comunicó al conjunto de la plantilla.

Otro dato importante a tener en cuenta es que el Convenio colectivo aplicable a la empresa para los años 2011 a 2013 establecía, en el punto 15 de su Anexo III, relativo a los calendarios laborales, que *“la dirección del centro de trabajo, junto con los representantes de los trabajadores del mismo, confeccionarán, en el plazo de un mes a partir de la publicación del calendario oficial, el o los calendarios laborales para cada año natural”*.

El Comité de Empresa, considerando que la imposición unilateral del calendario por parte de la Dirección de la empresa había sido irregular interpuso demanda de conflicto colectivo reclamando su nulidad; demanda que estimó el JS número 3 de Burgos en Sentencia de 18 de abril de 2013 (autos 408/2013). Recurrída en suplicación, el pronunciamiento de instancia resultó confirmado por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de julio de 2013 (recurso 387/2013), que mantuvo la nulidad del calendario laboral.

## 2. Criterio adoptado por el Tribunal Supremo

Apreciada la contradicción, el Tribunal Supremo entra a analizar el fondo de la cuestión, que a su entender se resume en determinar si en aquellos supuestos no se alcanza acuerdo entre la representación de los trabajadores y la Dirección de la empresa respecto a la determinación del calendario anual esta última queda facultada a fijarlo de forma unilateral en base al artículo 34.6 del TRLET.

La respuesta del Tribunal Supremo se fundamenta en la argumentación seguida en un pronunciamiento anterior donde se resolvió un supuesto muy parecido: la sentencia de

17 de mayo de 2011 (recurso 147/2010), de la que se reproduce, casi íntegramente, su Fundamento Jurídico 3º. En esa ocasión el conflicto se planteó en relación al proceso de elaboración del calendario laboral de 2009 para varias empresas del Grupo Lactalis Iberia SA, en el que se produjo un intercambio de diversos correos electrónicos y una reunión, pero sin alcanzarse consenso, de forma que la dirección empresarial también acabó imponiendo el calendario de forma unilateral.

Las piezas esenciales de la argumentación construida en esta sentencia, en parte en base a criterios jurisprudenciales precedentes, y recuperada posteriormente en la que centra nuestro comentario, pueden resumirse en dos puntos.

Primero, en base al artículo 34.6 del TRLET *“la elaboración del «calendario laboral» - que puede o no incluir el horario de trabajo, tras la derogación del Real Decreto 2001/1983 (...) - corresponde en principio a la empresa”,* aunque esa facultad empresarial *“no es omnímoda ya que debe respetar tanto las normas de carácter necesario, fiestas nacionales, locales, así como pactadas en convenio y el conjunto de condiciones que vengán rigiendo la jornada como resultado de acuerdos entre las partes o de una voluntad unilateral de la empresa cuando en este último caso se haya incorporado al acervo contractual de los trabajadores (...)”.*

Segundo, en virtud de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, relativa a la Competencia de los representantes de los trabajadores en materia de jornada, éstos tienen derecho a *“[s]er consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores”.* En opinión del Tribunal Supremo de este precepto se deduce claramente un doble exigencia que la parte empresarial deberá respetar al elaborar el calendario anual: la obligación de *“consultar”* a la representación laboral y la de permitir que ésta elabore un *“informe previo”* sobre la propuesta inicial del empleador. Respecto a la primera se afirma con contundencia que *“no exige una negociación”*, sino tan contactos o reuniones para que exista un intercambio de opiniones que puede fructificar o no en un acuerdo. A la emisión de informe, que se sitúa en el momento posterior a la realización de la consulta y sólo se requiere cuando no se haya alcanzado consenso, se le otorga una función *“complementaria”*, ligándola *“a la posible impugnación judicial del calendario y al acreditamiento de las consultas y la razonabilidad o arbitrariedad de aquél”.* Pero sin duda lo más importante es la transcendencia que el Tribunal Supremo otorga al incumplimiento de cualquiera de esas dos exigencias: la nulidad de calendario laboral unilateralmente adoptado; una regla que se extrae con toda claridad aunque no se formula de manera explícita y tampoco dispone de una fundamentación específica.

Tanto en el caso resuelto en la STS de 17 de mayo de 2011 como en el analizado en la STS de 18 de noviembre de 2014 existen contactos, reuniones y/o intercambio de opiniones pero no se acredita la emisión de informe por parte de la representación laboral, ni tampoco que se le hubiese solicitado, y es esta circunstancia la que fundamenta la declaración de nulidad del calendario laboral elaborado unilateralmente por la empresa. El razonamiento final de este último pronunciamiento resume a la perfección este planteamiento: *“no es posible parigular los contactos entre las partes posteriores al primer día de negociaciones finalizado sin acuerdo y previos, en todo caso, a la emisión del calendario laboral por la empresa, con el referido informe (...) informe que evidentemente, no será necesario si ha mediado acuerdo en la consulta (...) pero que resulta ineludible si precisamente por no haber sido así, ha de decidir unilateralmente (...) por cuanto el informe constituye en todo caso un requisito o condición de cierre que da paso a esa elaboración unilateral”*.

### 3. Valoración

La sentencia que nos ocupa aborda dos cuestiones de enorme importancia, que conviene analizar por separado aunque están directamente conectadas: primera, el contenido y alcance de las competencias que se otorgan a la representación laboral en relación con la elaboración del calendario laboral; segunda, la trascendencia que tiene la vulneración por parte del empresario de los derechos de la representación laboral respecto al calendario laboral y, en general, de la competencia de consulta.

#### 3.1. *Contenido y alcance de las competencias que se otorgan a la representación laboral en relación a la elaboración del calendario laboral*

Como se ha destacado la DA 3ª del RD 1651/1995 reconoce a los *“representantes de los trabajadores”* el derecho a *“ser consultados”* y a *“emitir informe”* antes de que el empresario apruebe el calendario laboral. La atribución de tales derechos a la representación unitaria es del todo pacífica y por ello sorprende que el Tribunal Supremo no acuda al artículo 64 del TRLET para delimitar su significado y alcance. Tras la reforma operada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, para hacer efectiva la transposición de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la cual se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, dicho precepto incorpora una definición de los conceptos *“información”* y *“consulta”*, así como valiosas indicaciones respecto a sus condiciones de ejercicio; unos parámetros que en mi opinión y según se extrae de diversos apartados del artículo 64 del TRLET –particularmente de sus puntos 8 y 9– trascienden los estrictos límites de ese precepto y se configuran claramente como las reglas generales en la materia o, si se prefiere, como el *“derecho común de los derechos de información*

y consulta” (MOLERO MARAÑON, M<sup>a</sup>. Luisa y VALDÉS DAL-RE, Fernando: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, páginas 37 y siguientes).

Así por ejemplo, en lo que refiere estrictamente a la consulta, ésta se define en el artículo 64.1.2º del TRLET como “*el intercambio de opiniones y apertura de un diálogo entre el empresario y el comité sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo*”. Posteriormente, el artículo 64.6.2º del TRLET precisa que “*la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa (...) de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones*”. La conclusión que puede extraerse de este conjunto de especificaciones es que la consulta constituye un trámite complejo que requiere, de una parte, la transmisión desde el empresario a los representantes de los trabajadores de toda la información que sea necesaria para que obtengan un conocimiento detallado de la cuestión sometida a consulta; y de otra, la celebración de una encuentro en el que ambas partes deben posicionarse y exponer las razones que motivan sus posturas, entablando un diálogo que puede fructificar o no en la consecución de una acuerdo.

Junto a estos dos elementos necesarios o consustanciales a la consulta hay algún otro de carácter accesorio, dado que no siempre resulta exigible, que vienen a reforzar dicha competencia. Es el caso de la emisión de un informe previo por parte de los representantes de los trabajadores, es decir, la elaboración de un documento escrito donde se formalice su posicionamiento sobre la cuestión sometida a consulta; un documento que debe entregarse al empleador antes de la reunión y que fuerza a este último sujeto a dar una “*respuesta justificada*” a las observaciones y/o propuestas formuladas por la representación de los trabajadores. En lo que refiere a las hipótesis de consulta recogidas en el artículo 64 del TRLET, el derecho a emitir informe previo se limita a los supuestos previstos en su apartado 5.3º.

Pues bien, si aplicamos estos parámetros para concretar el significado y alcance de la “*consulta*” y el “*informe*” al que se refiere la DA 3ª del RD 1651/1995 obtendremos una delimitación mucho más precisa que la conseguida por el Tribunal Supremo –aunque parcialmente coincidente–, globalmente más coherente y mejor fundamentada. La consulta, interpretada en los términos que establece el artículo 64 TRLET, supone, en primer lugar, la traslación por parte de la empresa de una propuesta mínimamente

justificada de calendario laboral a la representación de los trabajadores y, acto seguido, la apertura de un diálogo o intercambio de opiniones entre ambas partes, incluyendo una o diversas reuniones. A diferencia de lo que sucede en otras hipótesis también denominadas “consultas” (artículos 40, 41, 47, 51 o 82.3 del TRLET), no existe aquí ninguna regla específica que permita defender la necesidad de abrir una negociación en sentido estricto (deber de buena fe, conformación de la comisión negociadora, etc.) y singularizar este trámite por la vía prevista en el artículo 64.8 del TRLET. Como se ha destacado, el Tribunal Supremo también se posiciona en este sentido, aunque de forma un tanto dubitativa, porque tras declarar que “*la DA 3ª del RD 1561/1995 no exige una negociación previa a la elaboración del calendario laboral*” afirma que las propuestas y respuestas intercambiadas entre la parte laboral y empresarial “*son tan solo reflejo de la negociación que la «consulta» significa*” (punto 3.a del FJ 3º de la STS de 17 de mayo de 2011, reproducido en el FJ 2º de la STS de 18 de noviembre de 2014).

La toma en consideración del artículo 64 del TRLET obliga también a replantear el significado del “informe” que se atribuye a la representación de los trabajadores en el proceso de elaboración del calendario laboral. Para la jurisprudencia éste es un trámite que debe situarse después de la consulta y que sólo tiene sentido cuando no exista consenso en relación con el calendario laboral, supuesto en el que el informe se considera “*un requisito o condición de cierre que da paso a esa elaboración unilateral*”, vinculándolo “*a la posible impugnación judicial del calendario y al acreditamiento de las consultas y de la razonabilidad o arbitrariedad de aquél*”. A mi modo de ver, tal ubicación temporal es muy discutible, porque difiere de la opción adoptada en las restantes hipótesis de consulta donde se prevé la emisión de informe, y su valor o significado no se acaba de entender (no parece la mejor opción para acreditar cuáles han sido las posiciones de las partes, cómo se ha desarrollado la consulta y su resultado, porque su visión será marcadamente parcial).

Parece bastante más razonable interpretar que el informe referido en la DA 3ª del RD 1561/1995 cumple la misma función que los previstos en el artículo 64.5 del TRLET: formalizar per escrito la opinión de los representantes de los trabajadores sobre la propuesta de calendario laboral que les acaba de ser comunicada para reforzar la reunión que acto seguido debe producirse entre ambas partes, en la que el empresario deberá dar una “*respuesta justificada*” a las observaciones y/o propuestas formuladas. En virtud de lo previsto en el artículo 64.6.3º de la misma norma estatutaria la representación unitaria dispondría de un plazo máximo de quince días, a contar desde la solicitud correctamente informada, para emitir el informe. Adviértase que incluso en los casos de consulta-negociación previstos en los artículos 47 y 51 del TRLET el significado y ubicación temporal del informe (que en este caso resulta exigible en virtud del artículo 64.5.a) i b) del TRLET) coincide con este planteamiento, como pone de

manifiesto el artículo 3.3 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, donde se establece que simultáneamente a la comunicación de inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores “*el empresario solicitará por escrito de éstos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores*”.

Las reflexiones expuestas hasta ahora toman como referencia exclusiva la normativa legal y reglamentaria o, expresado en otros términos, dan cuenta del significado y alcance de las competencias que los representantes de los trabajadores tienen reconocidas en relación con la elaboración del calendario laboral con independencia de lo que establezca el marco convencional aplicable. Y es que, resulta indiscutible desde un punto de vista técnico y bastante habitual en la práctica, que a través de convenio colectivo u otros instrumentos colectivos se intensifique el papel otorgado en esta materia a la representación laboral, imponiendo el deber de negociar el calendario laboral y en algunos casos incluso la obligación de acordarlo. Esta intensificación, que admite con carácter general el artículo 64.9 del TRLET y constituye una manifestación de la clásica función de mejora de la negociación colectiva, modifica las “*reglas del juego*” y obliga a valorar con detenimiento –atendiendo a la concreta redacción de las cláusulas convencionales– cuáles son las concretas competencias otorgadas a la representación laboral.

Éste es, a mi entender, uno de los aspectos donde la fundamentación de la STS de 18 de noviembre de 2014, y también de su antecesora, la STS de 17 de mayo de 2011, resulta más criticable. En los casos tratados por ambas sentencias el convenio colectivo aplicable intervenía mejorando significativamente las competencias de los representantes de los trabajadores en la elaboración del calendario laboral (en el correspondiente a la primera se establecía que el calendario laboral lo elaborase “*la dirección del centro de trabajo, junto con los representantes*” y en el de la segunda que la distribución de la jornada máxima anual fuese “*pactada entre los representantes legales de los trabajadores y la Dirección*”), y a pesar de ello la respuesta se construye partiendo de la normativa heterónoma, sin dar ninguna trascendencia al marco convencional (en la primera sentencia) o otorgándole sólo el valor de argumento complementario (en la segunda sentencia).

### 3.2. *Trascendencia de la vulneración por parte del empresario de los derechos de la representación laboral en relación con la elaboración del calendario laboral y, en general, con la competencia de consulta*

Como ya se ha destacado, tanto la STS de 18 de noviembre de 2014 como la STS de 17 de mayo de 2011 aplican una regla que ni enuncian de forma directa o expresa, ni

mucho menos argumentan: la aprobación unilateral del calendario laboral por parte del empleador vulnerando las competencias de consulta y/o informe atribuidas a los representantes de los trabajadores determinan la nulidad de aquél. La regla me parece acertada, pero creo que su relevancia y proyección requiere una fundamentación sólida que no ofrece la jurisprudencia.

Adviértase, de entrada, que ni la DA 3ª del RD 1651/1995 ni el artículo 64 del TRLET indican qué sucede cuando el empresario adopta una decisión sin consultar a la representación laboral, siendo este trámite obligatorio; un silencio que en el caso de la norma estatutaria ha sido criticado en diversas ocasiones por la doctrina, con toda la razón, porque se trata de una cuestión esencial que afecta a uno de los derechos básicos de los trabajadores (artículo 4.1.g del TRLET) y, por tanto, de un descuido difícilmente justificable en un precepto reformado hace pocos años que pretende erigirse en el marco general de las obligaciones de información y consulta. La única consecuencia expresamente prevista es la comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 7.7 del TRLISOS.

A pesar de ello, la nulidad de la actuación empresarial es la consecuencia más oportuna y también la más fundamentada. Es la más oportuna porque la competencia de consulta tan solo posibilita una participación de baja intensidad, que no requiere la apertura de una negociación auténtica y que en ningún caso puede bloquear la decisión empresarial; un derecho de intervención débil que quedaría absolutamente desvirtuado y podría resultar sistemáticamente vulnerado si su eventual incumplimiento no tuviese ninguna repercusión sobre la actuación empresarial. Además, existen sólidos argumentos para defenderla. De una parte, el artículo 6.3 del Código Civil, que prevé la “*nulidad de pleno derecho*” de “*los actos contrarios a las normas imperativas*”. De otra, la existencia de una laguna legal, que permite defender la traslación analógica de las reglas establecidas para los casos de consulta-negociación previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del TRLET, en los que la vulneración de dicho trámite determina la nulidad de la medida empresarial (artículos 138.7.4º, 122.2.b) y 124.11.4º de la LRJS), dado que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 4.1 del Código Civil. Este último argumento resulta todavía más consistente en los casos donde a través de la negociación colectiva se ha intensificado la competencia de consulta incorporando la obligación de negociar, dado que la “*identidad de razón*” que exige ese precepto deviene indiscutible. La vulneración de la competencia de consulta de la representación de los trabajadores respecto al calendario laboral debería entenderse producida, con la consecuente declaración de nulidad, siempre que se apreciase una irregularidad relevante en alguna de las piezas que la integran (comunicación justificada de la propuesta de calendario, informe previo y reuniones o contactos para intercambiar opiniones). La argumentación seguida por el Tribunal Supremo, desgajando y delimitando los distintos derechos que

la DA 3ª del RD 1651/1995 atribuye a la representación laboral, resulta del todo acertada, aunque no se comparta la concreta configuración de alguno de ellos.

Todos los argumentos expuestos para defender la nulidad del calendario laboral elaborado unilateralmente por la dirección de la empresa vulnerando la competencia de consulta reconocida a la representación de los trabajadores resultan perfectamente trasladables a las hipótesis de consulta previstas en el artículo 64.5 del TRLET. El criterio establecido en la STS de 17 de mayo de 2011 y posteriormente reiterado por la STS de 18 de noviembre de 2014 tiene una enorme proyección y puede colmar una de las más importantes lagunas que existen en el Título II del TRLET.

Fecha recepción: 12.3.2015

Fecha aceptación: 25.3.2015