

EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 5 de diciembre de 2013

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: El Comité de Empresa solicita la declaración de nulidad de la suspensión colectiva de los contratos de trabajo, impuesta por la empresa (ERTE) en su centro de Sevilla, tras el agotamiento sin acuerdo del preceptivo periodo de consultas. Los fundamentos de su demanda se centran en la procedencia de una medida extintiva, en primer lugar, dado que la situación de la empresa, conforme a la causa alegada por ésta, es estructural y no coyuntural; y, en segundo lugar, porque el convenio colectivo recoge un procedimiento específico para la extinción de los contratos de obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada. Además, alega nulidad del procedimiento por vulneración del principio de no discriminación, ya que el único criterio utilizado para la afectación de trabajadores en el centro de Sevilla fue la condición de trabajadores temporales con contratos de obra o servicio determinado. El Tribunal considerará también la constitución de la comisión negociadora y la legitimidad de los sujetos, desestimando, de nuevo, la pretensión de los demandantes que alegan una división artificiosa de la unidad de negociación.

RESUMEN: La Sentencia desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los representantes de los trabajadores del centro de trabajo de Sevilla de la empresa SITEL IBÉRICA TELESERVICIOS S.A.U. La Audiencia rechaza las pretensiones del Comité de Empresa y declara justificado el ERTE que afectó a los centros de Madrid y Sevilla. Sobre la base del informe de la ITSS analiza las causas y los criterios de selección de trabajadores. La pretensión del Comité de Empresa se centra en la declaración de nulidad basada en

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2009-8766 (JURI) *La gestión socialmente responsable de la crisis* y del Proyecto de Excelencia Investigadora *Régimen jurídico de los Mercados de trabajo transicionales* P09-SEJ-4856.

el hecho de que se produce tras haberse cerrado con acuerdo un ERTE en el centro de trabajo de Barcelona, por lo que considera que ha existido un encadenamiento fraudulento de ERTES, que además rompe la unidad negociadora. Nuestra atención se centrará en un aspecto concreto del proceso: el hecho de que el Tribunal elabore su pronunciamiento sobre la base del informe de la ITSS que se extiende a la valoración, entre otras cuestiones, de los criterios de selección de los trabajadores y, en cierta medida, sobre las causas del procedimiento suspensivo de las relaciones de trabajo.

ÍNDICE

1. CUESTIONES PLANTEADAS: EL CONTENIDO DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
2. EL VALOR DEL INFORME DE LA ITSS Y SU CONTENIDO TRAS LA REFORMA LABORAL EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO
3. LA PROTECCIÓN Y CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA OPCIÓN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS TRABAJADORES
4. CONCLUSIONES

1. CUESTIONES PLANTEADAS: LA IMPORTANCIA Y EL CONTENIDO DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO

La Sentencia que comentamos suscita un gran número de cuestiones que iremos tratando a lo largo de este comentario, si bien, dada la temática del mismo, enmarcada dentro de la voz *Derecho Administrativo Laboral*, nos centraremos en el papel de la Administración en el procedimiento de suspensión de contratos o despidos colectivos, y, en particular, en el papel central que juega en esta sentencia el informe de la ITSS, y los extremos del mismo.

Como sabemos, una de las novedades más importantes de la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de la Seguridad, seguido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre, fue la supresión de la autorización administrativa de las decisiones empresariales de extinción colectiva de los contratos de trabajo, justificada por la “celeridad que es esencialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales”¹. A menudo, se ha dicho, las partes se veían obligadas a finalizar el período de consultas con acuerdos, como forma de lograr la necesaria autorización administrativa. Por ello, con esa finalidad y la de lograr que el período de consultas se centrara en la posibilidad

¹ Vid. Exposición de motivos de la Ley 3/2012 (contenida también con la misma justificación en el Real Decreto Ley que la precedió).

de reducir o evitar los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, se introducen importantes cambios en los procedimientos de carácter colectivo de suspensión o extinción. Sin embargo, la autoridad laboral queda presente en los procedimientos regulados en la nueva norma, si bien, como garante del buen desarrollo del período de consultas, y de la protección de los trabajadores afectados de cara a percibir prestaciones por desempleo.

Así, tras la supresión de la autorización administrativa, algunos autores consideraron que el período de consultas carecía de sentido, al quedar la decisión final en manos del empresario, quien podía despedir o suspender los contratos de trabajo aunque no existiera acuerdo alguno al respecto. No parece que sea éste el resultado real de la reforma, ya que, si observamos la gran cantidad de sentencias que se están dictando en el ámbito de los despidos colectivos (ERES) y suspensiones (ERTES), son muchas las que consideran el período de consultas como el aspecto más relevante del procedimiento, debiendo quedar garantizados importantes aspectos del mismo, como la constitución de la comisión negociadora y la legitimidad de los sujetos negociadores, la documentación facilitada por la empresa para acreditar la causa, la buena fe en la negociación – residenciada en muchos casos en la necesidad de que existan propuestas y contrapropuestas y que la empresa las considere –, los criterios de selección de los trabajadores, y el respeto, en definitiva, al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

Pero también constituye un objetivo declarado de la reforma laboral de 2012, evitar que los tribunales realizasen juicios de oportunidad sobre la gestión de la empresa, tratando de dejar el control judicial limitado a la constatación simple y llanamente de las causas alegadas por la empresa. Esta cuestión, sin embargo, parece que ha contado con una importante “resistencia” por parte de los tribunales, que no renuncian a valorar la efectividad de la medida en la conservación del empleo y la protección de los trabajadores en la empresa. Hemos de observar cómo de la ingente producción de sentencias sobre la materia obtenemos una conclusión clara; si bien no es posible apreciar ya un juicio de oportunidad, dado que esto corresponde a la gestión empresarial², sí se precisa

² Vid. por ejemplo la doctrina emanada de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, como STSJ Madrid de 4 de abril de 2013 (nº recurso 18/2013), STSJ Canarias de 26 de febrero de 2013 (nº recurso 18/2012) y SAN de 15 de octubre de 2012 (nº recurso 162/2012); o la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (nº recurso: 100/2013), sobre modificación colectiva de las condiciones de trabajo, conforme a la cual “aunque a la Sala no le correspondan juicios de oportunidad que indudablemente pertenecen ahora – lo mismo que antes de la reforma – a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar – si concurriese – la posible vulneración de derechos fundamentales.

un juicio de legalidad de las causas, e incluso se deja ver un juicio de idoneidad de la medida o de adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada por la empresa³. Es posible encontrar, por ejemplo, pronunciamientos judiciales en los que se aplaude el recurso a medias de flexibilidad interna, frente a medias de extinción de la relación laboral. Y la sentencia que comentamos es un ejemplo de ello.

Como decimos, la autoridad laboral sigue siendo receptora de la comunicación de apertura del período de consultas y de la constitución de la mesa negociadora, y su principal papel es el de ser garante del buen desarrollo de período de consultas y de su ajuste a la legalidad. Así, conforme a la actual redacción del artículo 51, “la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones”, pudiendo realizar también funciones de mediación y de asistencia a las partes. Además, seguirá siendo receptora de la comunicación de apertura del período de consultas y deberá informar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y recabar e informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS). El informe, dice el precepto, “versará sobre los extremos de la comunicación de apertura del período de consultas y sobre el desarrollo del mismo”. Este informe, como podremos constatar, juega un papel fundamental en el desarrollo del proceso de despido colectivo⁴.

El artículo 51 del ET, se encuentra desarrollado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁵ que reitera las actuaciones de la autoridad laboral y de la ITSS en el desarrollo del período de consultas. Se detalla, asimismo el contenido del informe en el artículo 11 del Reglamento, destacando que éste versará sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del período de consultas. Este informe quedará incorporado al procedimiento, por lo que, en caso de impugnación de la medida, podrán acceder al documento del informe.

El informe de la ITSS, por tanto, conforme a lo establecido en el reglamento deberá contener los siguientes extremos:

1.- Deberá constatar que la documentación presentada por el empresario se ajusta a la exigida, con carácter general, en el artículo 3; así como la que se requiere en los artículos 4 y 5, en función de la causa alegada. Siendo fundamental para el normal desenvolvimiento del período de consultas, ya que,

³ Vid. por ejemplo, Palomo Balda, E., “111 Sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”.

⁴ Vid., referido al procedimiento especial para las Administraciones públicas, Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, en el libro colectivo *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Ed. Punto Rojo, pág. 240.

⁵ BOE del 30.(nº 261).

de lo contrario, se estaría incurriendo en un importante vicio de nulidad, al no permitir que la representación de los trabajadores pueda defender correctamente sus intereses⁶.

2.- Deberá ser garante así mismo del normal desarrollo del período de consultas, debiendo informar cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el período de consultas. En este caso, lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral para que proceda conforme a lo establecido en el artículo 51.6 ET, conforme al cuál, ésta podrá impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad.

3.- Debe garantizar también, que el acuerdo no tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, considerado también causa de impugnación del acuerdo para declarar su nulidad.

4.- Deberá verificar que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del ET, sin perjuicio de los criterios de permanencia en la empresa regulados legalmente⁷.

5.- Debe asegurar que se cumple lo establecido en el artículo 7 del RD, relativo al desarrollo del período de consultas; es decir, su contenido – las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento –, el desarrollo del mismo – fijando un calendario de reuniones o el número de ellas y el intervalo entre las mismas –, los plazos máximos regulados en el mismo y las formalidades previstas – levantamiento de acta de cada sesión, que deberán firmar los asistentes y que quedará incorporado al procedimiento en caso de impugnación de la medida –; y negociación de buena fe en aras de la consecución de un acuerdo.

6.- Por último, deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresa obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 del Reglamento, y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo.

En el presente caso, el informe es emitido por la Dirección Especial de la ITSS, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Reglamento de Orga-

⁶ Vid. STSJ Madrid (Sala de lo Social), de 28 de junio de 2013 (nº recurso: 1210/2013).

⁷ Nótese que el anterior Reglamento 801/2011 (artículo 8), establecía como obligación empresarial, la comunicación de la “relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos”, siendo ésta una opción del empresario.

nización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

2. EL VALOR DEL INFORME DE LA ITSS Y SU CONTENIDO TRAS LA REFORMA LABORAL EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Como hemos dicho anteriormente, el nuevo procedimiento aplicable a los procedimientos de suspensiones y despidos colectivos, recoge la participación de la autoridad laboral como garante del normal desenvolvimiento del período de consultas, para lo que se apoyará en el Informe, de carácter preceptivo, solicitado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Una vez evacuado el informe, dice la norma, éste queda incorporado al procedimiento.

La presencia de la administración laboral en los procedimientos de reestructuraciones empresariales goza de una importante tradición en el ámbito de la legislación laboral española⁸, si bien, la nueva regulación a través del RD 1483/2012, da un importante giro al papel de la ITSS en el procedimiento. La autoridad laboral, que resultaba protagonista al tener potestad para autorizar o denegar la adopción de la medida empresarial, queda ahora en un segundo plano, para garantizar el buen desenvolvimiento del período de consultas. Para esta labor, se apoyará de nuevo en la Inspección de Trabajo, para lo que habrá de solicitar un informe que versará sobre todos los extremos a que nos hemos referido anteriormente.

Ahora bien, hay algo en este punto que no ha cambiado: la administración laboral tiene facultades de control de la legalidad del proceso, no de oportunidad, por lo que no deberá pronunciarse sobre la idoneidad u oportunidad de la medida adoptada por el empresario, sino por el cumplimiento de lo establecido en las normas legales y reglamentarias.

Además, en relación con el contenido del informe de la Inspección, hemos de destacar que, mientras que la anterior regulación del procedimiento de regulación de empleo, a través del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, contemplaba, en su artículo 9.2, que el informe debía ser comprensivo “de las causas motivadoras del expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el artículo 51.1 ET, y de cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver fundadamente”; la actual regulación del procedimiento no contempla la revisión de las causas que justifican la medida. De este modo, en la anterior regulación la Inspección de Trabajo gozaba de una amplia discrecionalidad y ámbito de actuación al no estar su informe limitado en cuanto a su contenido;

⁸ Vid. Gómez Muñoz, J.M., “Crisis económica y actuación de la Administración Laboral en los Expedientes de Regulación de Empleo”, en *Temas Laborales*, nº 99, 2009, pp. 135 y siguientes.

dejando a juicio de la Inspección la determinación del contenido necesario de su informe, para permitir a la autoridad laboral dictar una resolución fundada en derecho. Por ello, era lógico que el informe de la ITSS versara sobre la legalidad y adecuación de las causas alegadas por el empresario.

La actual regulación del informe de la ITSS, como hemos visto en el apartado anterior, recoge un contenido tasado y se circunscribe tan sólo a la legalidad del período de consultas y de la documentación aportada por el empresario, los criterios de selección de los trabajadores, las medidas sociales de acompañamiento así como a la posible apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Se omite, así, la cláusula abierta que contenía el anterior regulación.

En el caso que nos ocupa, el Comité de Empresa del centro de trabajo de Sevilla, de la empresa demandada, impugna el procedimiento por diversas cuestiones que afectan al procedimiento, pero también a la causa. Si analizamos con detalle la sentencia, veremos cómo el Tribunal se apoya en el Informe de la ITSS para expresar ciertos juicios de valor sobre el proceso de suspensión colectiva de los contratos.

En primer lugar, en relación con la cuestión relativa a la demanda planteada por los representantes de los trabajadores, que consideraron que la empresa dividió artificiosamente la unidad negociadora, al promover previamente el ERTE en el centro de trabajo de Barcelona y luego en el centro de trabajo de Sevilla, existiendo en el mismo las mismas causas. La sentencia cita el informe de la Inspección para apreciar una contradicción en las demandas de los propios representantes de los trabajadores, quienes inicialmente defendieron la negociación centro por centro, sobre la base de que las causas eran diferentes. Y lo corrobora con las actas del período de consultas.

En segundo lugar, también se apoya en este informe para justificar que no se trata de un encadenamiento fraudulento de ERTES. Y, en tercer lugar, se vuelve a apoyar en la tesis de la Inspección de Trabajo a la hora de descartar que el criterio de selección de trabajadores sea discriminatorio por afectar a trabajadores temporales. Este último aspecto sí forma parte del contenido del informe según el reglamento, si bien, no lo es tanto la apreciación del carácter fraudulento o no del encadenamiento de ERTES.

No obstante, dicha apreciación la hace la Inspección en su informe precisamente al hilo de la consideración de la constitución de la comisión negociadora y la determinación de la unidad negociadora. En la segunda cuestión que aborda el informe de la Inspección, ésta entra a valorar la actuación de la empresa en relación con la reubicación de 38 trabajadores con contrato fijo en la campaña de Endesa – uno de los clientes cuyo contrato finaliza el 31 de diciembre de 2013 y que constituye la causa principal del ERTE inicialmente, si bien, ésta situación no era conocida por la empresa en el momento de ini-

ciar el ERTE en el centro de Barcelona, según constata el informe – , sin que se pudiera haber hecho lo mismo con los trabajadores con contrato de obra o servicio, ya que ello implicaría una novación del objeto del contrato. De este modo, la Inspección de Trabajo entra a valorar la actuación de la empresa a la hora de evitar la medida extintiva y considera que actuó conforme a su objetivo, primar una medida de flexibilidad interna, frente a una medida extintiva. En base a ello, insiste el tribunal en considerar que la parte demandante no ha logrado probar el fraude en el encadenamiento de los ERTES. Considera probado, como así lo recuerda el informe de la ITSS, el retroceso cualitativo de las llamadas en el centro de Sevilla, destacando que éste se produce a partir del mes de mayo. También considera que la empresa demandada “neutralizó” el desequilibrio entre la demanda y la plantilla de su centro de Sevilla, al traspasar personal fijo a la plataforma de otro de los clientes de la empresa.

3. LA PROTECCIÓN Y CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA OPCIÓN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS TRABAJADORES

Otra cuestión planteada en la Sentencia de la Audiencia Nacional es la que encontramos reproducida en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, relativa a la aplicación del artículo 17 del convenio colectivo, a solicitud de la representación de los trabajadores, con carácter preferente al procedimiento de suspensión de condiciones de trabajo. Es muy interesante considerar la opinión del Tribunal que llega a “sorprenderse” de la petición de la parte demandante. Veamos por qué.

En primer lugar, el artículo 17 del convenio colectivo aplicable a la empresa regula un procedimiento específico para la extinción de los contratos de obra o servicio, cuando la causa es “la disminución del volumen de la campaña contratada”. En este caso, prevé, la reducción del número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, de forma proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio, lo que representa, en realidad, un límite cuantitativo para la extinción de estos contratos. En segundo lugar, establece que la medida extintiva debe ir dirigida a que se permita el mantenimiento y continuidad de dicho servicio por parte de la empresa. Y, en tercer lugar, establece los criterios para la selección de los trabajadores afectados por esta situación.

Lo más relevante de este procedimiento es que exige que se haga entrega a los representantes de los trabajadores de la documentación que justifica la medida y que ésta se adecue al hecho concreto que fundamente la adopción de la medida. Permite a los representantes de los trabajadores evaluar y contrastar

la documentación, pudiendo solicitar, incluso, “justificadamente, otros documentos o datos que considere necesarios para complementar la documentación entregada”. Incluyendo, a continuación, un listado de documentos que deberán entregarse de forma obligatoria.

Como vemos, se trata de un procedimiento similar al prescrito en la norma para los procedimientos de suspensión o extinción colectiva, si bien, no incluye negociación, sino simple comprobación de la causa por los representantes de los trabajadores. La extinción de los contratos se comunicará por escrito a los trabajadores afectados, con un plazo de preaviso específico que, en caso de no cumplirse podrá ser sustituido por una indemnización tasada en el convenio.

Pero el aspecto más importante, por parte de los trabajadores, es que incluye un derecho de “reincorporación” a la campaña o servicio, si la empresa necesitara aumentar el número de trabajadores; así como la prohibición de realizar contratos eventuales para circunstancias de la producción, si existen trabajadores con derecho a reincorporarse a una campaña o servicio. El incumplimiento de este precepto por parte de la empresa dará derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente conforme a la previsión de la disposición transitoria 5ª del Real Decreto Ley 3/2012, o con una cantidad equivalente a 33 días de salario por año y proporcional al tiempo de trabajo efectivo, en función del momento en que se formalizó su contrato.

Además, el convenio prevé que los trabajadores afectados por esta situación, tendrán derecho, en el momento de la extinción de su contrato, a la indemnización establecida en cada momento por la legislación vigente.

Pues bien, el Tribunal declara en su sentencia que “sorprendentemente” el Comité de empresa de Sevilla mantuvo “que la empresa demandada debió utilizar dicho precepto y extinguir los contratos de obra en vez de promover el ERTE” y, declara el Tribunal, “subrayamos nuestra sorpresa porque no es habitual que los representantes de los trabajadores propongan fórmulas extintivas como alternativas a las medidas de flexibilidad interna promovidas por la empresa”.

La petición del Comité de Empresa se fundamenta en el hecho de que la mayoría de los trabajadores afectados por el ERTE del centro de trabajo de Sevilla, se encuentran ligados a la empresa por un contrato de obra o servicio – en fraude de ley, según declaran los mismos, si bien, esta no es una cuestión que aparezca como hecho probado en la sentencia –. Y, como sabemos, la duración de los contratos sigue computándose a pesar de la suspensión, por lo que, en caso de que los contratos sean temporales, como los de los trabajadores afectados por el ERTE, salvo pacto expreso en contrario, su duración se consume igualmente a pesar de la suspensión. De este modo, si, como finalmente sucede, la empresa cliente, comunicase a la demandada la extinción de su contrato, los contratos de obra o servicio vinculados a la misma, se extinguirían durante

la duración del ERTE. Esta es la previsión de los trabajadores y, por ello, solicitan la aplicación de la medida prevista en el convenio colectivo.

El Comité de Empresa valora en este caso, la extinción como medida más beneficiosa para los trabajadores, sea a través de un ERE – lo que se justifica en el hecho de que consideran que la situación de la empresa es estructural y no coyuntural –, en cuyo caso tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores para los procedimientos de despido colectivo; sea a través de la aplicación del artículo 17 del Convenio Colectivo vigente, en cuyo caso, percibirán la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de obra o servicio determinado y generarán un derecho de reincorporación, en los términos previstos en el mismo.

Si, como se plantea en la Sentencia, la adopción de la medida de flexibilidad interna, debe ser prioritaria a la extinción de los contratos, ¿cómo se explica entonces que esa medida conduzca a la extinción de los mismos por expiración del tiempo y extinción del contrato mercantil que daba lugar a los contratos, sin que exista en ese caso derecho alguno a indemnización? Esta es la pregunta, a nuestro juicio, que se hacen los trabajadores.

En relación a esta cuestión, hemos de valorar si es preciso proteger y aplicar el convenio colectivo vigente, lo que corresponde precisamente a la Inspección de Trabajo, conforme a lo establecido en la Ley 42/1997; si bien, es cierto, como dice el propio Tribunal, que no es esta una cuestión que pueda sustanciarse en un procedimiento colectivo de impugnación de una medida empresarial de suspensión de los contratos de trabajo.

No entra a conocer de ello el informe de la Inspección de Trabajo, aunque el Comité de empresa manifestó en su comparecencia la existencia de fraude de ley en las contrataciones de obra o servicio, ya que algunos trabajadores contaban con una antigüedad de más de 14 años en la empresa. Pese a poner de manifiesto el informe esta alegación de los demandantes, concluye el informe que “la informante no aprecia discriminación en el criterio de temporalidad aplicado en el centro de Sevilla, que implica, por la baja del negocio con Endesa, suspender las relaciones laborales de los trabajadores vinculados por contratos de obra para prestar servicios para Endesa”.

De este modo, quedan sin resolver las dos cuestiones centrales que plantea el Comité de Empresa; la aplicación del convenio colectivo y su procedimiento de extinción de los contratos de obra o servicio, y la afectación de trabajadores temporales en un procedimiento de suspensión de contratos de trabajo, cuando es previsible que dichos contratos se extingan durante el tiempo de duración de la medida suspensiva.

4. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, el papel central que el informe de la ITSS adopta en procedimientos de suspensiones o despidos colectivos, nos lleva a considerar el contenido que al mismo le asignan la Ley y el Reglamento. Así, se trata, a nuestro entender, de un auténtico control de legalidad, por lo que los juicios de oportunidad o las referencias a la idoneidad o no de la medida, no constituirían objeto del informe, y dejarían por tanto, de estar investidos de la fuerza probatoria que tiene los documentos de la ITSS.

En la sentencia comentada, el Informe de la ITSS no entra a conocer cuestiones relativas a la legalidad de los contratos de los trabajadores o la aplicación del convenio colectivo, si bien, parece dar por válida la alegación de la empresa y la justificación de que la causa alegada tiene un carácter coyuntural y no estructural. E incluso que la medida suspensiva no responde a un encadenamiento fraudulento de ERES en los diferentes centros de trabajo de la empresa, a pesar de que la causa alegada es igualmente organizativa y productiva.

Es lógico pensar que el contenido del informe de la ITSS en un procedimiento semejante deba ceñirse a lo prescrito en el artículo 11 del RD 1483/2012, al igual que el Tribunal no pudo entrar a conocer el carácter fraudulento de los contratos en un procedimiento de naturaleza colectiva; sin embargo, cuesta pensar que la aplicación de la medida de flexibilidad interna en la empresa, y en esto discrepamos de la opinión expresada en la Sentencia, deba ser preferente cuando genera un perjuicio a los trabajadores.