

Procedimiento Ordinario - 000017/2016

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. FRANCISCO JAVIER LLUCH CORELL
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. INMACULADA LINARES BOSCH
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ANA SANCHO ARANZASTI

En València, a veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 2920/2016

En el Procedimiento Ordinario - 000017/2016 al que fue acumulado el Ordinario18/2016, seguidos sobre DESPIDO COLECTIVO, a instancia de COMISION NEGOCIADORA: BELEN FONT DE ANDRÉS, D^a. ALICIA PASCUAL GARRIDO, D. PABLO MÉNDEZ VALERA, D^a. NIEVES VILAPLANA MARTÍNEZ, D^a. AMPARO SAHUQUILLO RICART, asistidos por la Letrada D^a. Adelaida Pérez Esteban y CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), asistidos por el Letrado D. Mario Martín Díaz contra GENERALIDAD VALENCIANA (CONSELL SANIDAD) y FUNDACION DE LA CV HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, DOCENCIA Y DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA SALUD (FIHGU), asistidos por la Letrada D^a. Anna María Caballero Costa habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ANA SANCHO ARANZASTI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de agosto de 2016 fue presentada demanda registrada bajo el número de autos 17/16, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por el Letrado D. Mario Martín Díaz, en nombre del sindicato CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), en materia de impugnación de despido colectivo, frente a la FUNDACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, DOCENCIA Y DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA SALUD (FIHGU) y la CONSELLERÍA DE SANITAT UNIVERSAL I SALUT PUBLICA DE LA GENERALITAT VALENCIANA en la que suplicaba se declarase la nulidad y subsidiariamente no ser ajustado a derecho el despido llevado a cabo en la Fundación, condenando solidariamente a dicha Fundación y a la Consellería de Sanitat a estar y pasar por esa declaración, con las consecuencias legales inherentes a una u otra de dichas declaraciones,

y derecho de opción, en su caso, de los trabajadores despedidos de conformidad con lo establecido en el art. 43.4 ET.

SEGUNDO.- El 18 de agosto de 2016 fue presentada demanda registrada bajo el número de autos 18/16, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por la letrada Doña Adelaida Pérez Esteban en representación de la Comisión designada ad hoc ex art. 51.2 ET en materia de impugnación de despido colectivo, frente a la FUNDACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, DOCENCIA Y DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA SALUD (FIHGU) y la CONSELLERÍA DE SANITAT UNIVERSAL I SALUT PUBLICA DE LA GENERALITAT VALENCIANA en la que suplicaba se declarase la nulidad y subsidiariamente no ser ajustado a derecho el despido llevado a cabo en la Fundación, condenando solidariamente a dicha Fundación y a la Consellería de Sanitat a estar y pasar por esa declaración, con las consecuencias legales inherentes a una u otra de dichas declaraciones, y derecho de opción, en su caso, de los trabajadores despedidos de conformidad con lo establecido en el art. 43.4 ET.

TERCERO.- Por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de 29 de agosto de 2016, se admitieron a trámite las demandas presentadas, acordándose la acumulación de los procesos a que dieron lugar, por medio de auto de 12 de septiembre de 2016, ante la identidad de objeto entre los mismos. Se señalaba igualmente fecha para la celebración del juicio para el día 27 de octubre de 2016. Llegada la fecha de señalamiento, ante la petición de las partes de suspensión del mismo, se señaló nueva fecha para su celebración el día 13 de diciembre de 2016.

CUARTO.- Celebrado juicio en la fecha señalada, compareciendo las partes demandantes y las demandadas, aquéllas se ratificaron en sus escritos de demanda, contestando la Fundación y la Administración demandada con el resultado que consta en el soporte de grabación, quedando los autos conclusos para dictar sentenci

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La Fundación de la Comunidad Valenciana Hospital General Universitario de Valencia para la investigación biomédica, docencia y desarrollo de las ciencias de la salud (en adelante Fundación), es una entidad sin ánimo de lucro, que se encuentra bajo el protectorado de la Generalitat Valenciana. Fue creada el 19 de abril de 1999. Hecho no controvertido.

SEGUNDO.- La citada Fundación ha venido prestando servicios para la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana para la ejecución del programa REFAR, instrumento de la Agencia Valenciana de Salud para establecer programas y protocolos específicos para evaluar la asistencia farmacéutica a los pacientes de la referida Agencia, especialmente en crónicos y polimedcados.

Hecho no controvertido. En cuanto al objeto del programa REFAR, se extrae del documento número 1 presentado por el sindicato demandante CSIF consistente en Resolución

de la Secretaría Autonómica de la Agencia Valenciana de Salud sobre dicho programa.

TERCERO.- La ejecución del programa se viene desarrollando desde el año 2010, a través de las correspondientes licitaciones públicas del servicio, dando lugar a tres expedientes de prestación de servicios: 168/2010, 101/2012 y 434/2014.

Hecho no controvertido que se extrae de los anexos I, II y III presentados como prueba documental por la Consellería; bloque de documentos 257 a 402 del disco I, expediente de regulación de empleo; bloque de documentos 1 de la documentación presentada en soporte digital por la Fundación.

CUARTO.- El expediente 434/2014 deviene de la licitación publicada el 16-12-14 en el DOCV y que fue adjudicada a la Fundación el día 6 de febrero de 2015, con firma del contrato de servicios el 1 de marzo de 2015. El objeto de dicho contrato era la ejecución del programa REFAR mediante la contratación de servicios para la realización de un programa de formación aplicada a facultativos médicos, farmacéuticos y profesionales de enfermería de actividad ambulatoria en la Consellería de Sanitat. A consecuencia del mismo, la Fundación publica en su página web convocatoria pública para contratar a 24 farmacéuticos. De los finalmente contratados, 18 ya venían prestando servicios para la Fundación en virtud de contratos indefinidos. Los demás fueron contratados en virtud de contratos para obra o servicio determinado.

Hecho no controvertido que se extrae del expediente 434/2012 aportado como anexo III por la Consellería; documento número 5 de los aportados digitalmente por la Fundación; y del bloque de documentos 40-256, disco 1, folio 161 del expediente administrativo. El objeto del contrato se extrae de su propia redacción y del anexo al pliego modelo de cláusulas administrativas particulares obrante en la documental presentada digitalmente por la fundación, Anexo III de la Consellería y bloque de documentos 257 a 402 del CD 1 del expediente administrativo.

QUINTO.- Llegado el plazo de vencimiento de doce meses del contrato suscrito entre la Fundación y la Consellería, fue prorrogado por doce meses más mediante comunicación de fecha 26-1-2016, hasta el 28 de febrero de 2017. El 29 de marzo de 2016, se recibe en la Fundación comunicación de la Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios para la continuación de la prestación del servicio. El 7 de abril de 2016, la Consellería de Sanidad comunica a la Fundación que el contrato de servicios 434/2012 se dará por finalizado el 30 de abril de 2016.

Hechos no controvertidos, que se extraen del folio 100 prueba documental empresa, folio 161, bloque de documentos 40-256, disco I, del expediente administrativo, así como del contenido del Disco III de dicho expediente y documento 46 del ramo de prueba de CSIF.

SEXTO.- Como consecuencia de dicha comunicación, la Fundación extinguió los contratos de trabajo concertados por obra o servicio determinado y puso en conocimiento de los trabajadores indefinidos del programa REFAR en fecha 3 de mayo de 2016 su intención

de iniciar procedimiento de despido colectivo, permaneciendo éstos en situación de permiso retribuido hasta la finalización de aquél. La solicitud de despido colectivo se presenta el 5 de julio de 2016, invocándose causas productivas, con designación de 18 trabajadores afectados con categoría de farmacéuticos, de una plantilla total de 70.

Los hechos descritos se extraen de los siguientes documentos: comunicación a los trabajadores del inicio del procedimiento de despido colectivo, del bloque de documentos 24 a 39, Disco III, expediente administrativo; solicitud inicio procedimiento ante la autoridad laboral, bloque de documentos 1 a 23, Disco I del expediente administrativo. Las medidas adoptadas por la Fundación, del bloque de documentos 40 a 256 del CD I del expediente administrativo, folios 161 y 162.

SEPTIMO.- Elegida la comisión representativa de los trabajadores que formarían parte de la Comisión Negociadora del procedimiento de despido colectivo, tuvieron lugar cuatro reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores, celebradas en fechas 08-07-2016, 18-07-2016, 22-07-2016 y 28-07-2016. En dichas reuniones, tras exponer cada parte sus posiciones, y entre otros aspectos, se puso de manifiesto por la representación de los trabajadores la necesidad de estar presente la Consellería por las siguientes razones: 1) Existencia de procedimientos paralelos de cesión ilegal de trabajadores; 2) Existencia de dos empleadores; 3) Alusiones a la Administración demandada en la memoria de actividad; 4) Las funciones de los trabajadores excedían de las previstas para el programa REFAR; y 5) La comisión negociadora nace viciada, al ser necesaria una posición empresarial plural. El 1 de agosto de 2016, la empresa comunica a la representación legal de los trabajadores la decisión final de despedir a los 18 afectados, al no haberse alcanzado un acuerdo.

Los hechos se extraen: designación de la comisión negociadora, documento 6, Disco II, expediente administrativo; reuniones del periodo de consultas y su contenido, de las actas aportadas en el bloque de documentos 24 a 39, Disco I del expediente administrativo y en la documentación presentada digitalmente por la Fundación, así como de la testifical prestada en juicio por Doña Raquel Galvez Balaguer.

OCTAVO.- La finalización del periodo de consultas sin acuerdo fue comunicada a la autoridad laboral, SPEE y TGSS, y se emitió el preceptivo informe por la Inspección de Trabajo, concluyendo la inexistencia de dolo, coacción o abuso de derecho en el desarrollo del periodo de consultas.

Hechos extraídos del bloque de documentos 403 a 419, Disco I del expediente administrativo.

NOVENO.- Los trabajadores afectados por el despido desarrollaban sus trabajos en las dependencias de los Servicios de Salud de la Consellería de Sanidad, teniendo acceso a la utilización de las redes de comunicación, aplicaciones informáticas y bases de datos corporativas así como a los equipos informáticos disponibles tanto en los Servicios Centrales como en los departamentos de salud para el desempeño de las tareas objeto del contrato. Asimismo, disponían de correo electrónico con el dominio “gva” para llevar a cabo las comunicaciones informáticas que fueran necesarias. Las incidencias que se producían durante el uso de dichos medios se resolvían a través de los departamentos de la Consellería

competentes para ello.

Hecho extraído del Pliego de Prescripciones Técnicas obrante al folio 25 y ss. y Anexo 1 a dicho pliego para la contratación del expediente 434/2012, bloque de documentos de dicho expediente, Disco IV. La existencia de correo electrónico con dominio “gva”, se deriva de los correos electrónicos obrantes en el ramo de prueba documental presentada por la Comisión ad hoc, así como del documento número 41 del ramo de prueba documental de CSIF. La resolución de incidencias informáticas, de los documentos 432 y 496 del ramo de prueba de la Comisión.

DÉCIMO.- Durante la ejecución del expediente 434/2014, las funciones efectivamente desarrolladas por los trabajadores durante el año 2015 son las enumeradas en la memoria de la actividad, que damos íntegramente por reproducida, obrante a los folios 194 a 270 de la documentación del expediente 434/2012 incluida en el disco IV del expediente administrativo. A título de ejemplo, cabría citar: 1) Gestión de las incidencias procedentes de los profesionales sanitarios de los Departamentos de Salud, en relación con cada una de las bases de datos existentes en el Repositorio de Medicamentos del Gestor de la prestación farmacéutica GAIA; 2) Revisión de alertas de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios e informar a todos los usuarios de las mismas, obtener los pacientes afectados por las mismas, y remitir cada caso al facultativo correspondiente para su revisión y modificación si se considera oportuno; 3) Revisión de criterios stopp a nivel de sistema musculoesquelético (revisiones realizadas en sistema cardiovascular, musculoesquelético, nervioso) y el resultado de las intervenciones); 4) Gestión medicamentos inapropiados: 5) Gestión PRM; 6) Subprograma de seguimiento de la eficiencia y adherencia de los farmacoterapeúticos (REFAR-EA); 7) Comisión departamental de seguridad de la información: 8) Tareas adicionales relacionadas con ABUCASIS y el programa REFAR. (indicadores acuerdo gestión departamental, indicadores FIX y PRM, propuestas indicadores de enfermería, tareas propuestas por coordinadores médicos de atención primaria (expedición certificados médicos, información a la población de picaduras de mosquitos, apertura de nuevo centro de salud integrado, pirámide de Kaiser departamental, informes para intervención de gastos de diferentes cupos médicos de atención primaria, pruebas del Gestor de Gobierno electrónico REFAR @GOFAR. Escritorio REFAR; gestión de inscripciones del departamento de salud en el curso on- line de GFAR a petición de la DGFPS; participación en comisiones (comisiones en servicios centrales, comité autonómico); publicaciones.

UNDÉCIMO.- Los trabajadores del programa REFAR recibían comunicaciones vía correo electrónico provenientes de distintos departamentos de la Conselleria de Sanidad, a través de personal de la misma, sobre distintos aspectos de la prestación del servicio, entre otros: incidencias en el uso de las aplicaciones, formación herramienta GAIA, convocatoria comisión CUR, productividad y participación en la comisión del uso racional del medicamento (folios 220 a 297 del ramo de prueba de la Comisión Ad Hoc), aspectos relativos a la gestión de medicamentos, condiciones de financiación (f. 307), instrucciones para aplicación del RD Ley 16/2012 (folio 309) e instrucciones cambio modelo de receta (316); envío relación de pacientes (OFUR), convocatoria audioconferencia REFAR (f. 370); necesidad de colaboración de farmacéutica, solicitada por el Director General de Farmacia (f. 372), instrucciones ABUCASIS, desde oficina GAIA (f. 373 y 374), petición de medicamentos desde centro de salud (f. 387), problemas con pedidos realizados (f. 389),

solicitudes de material urgente (f. 391), solicitud de medicamentos por valija (f. 392 y 395), petición sobre resolución de problemas relativos a pedidos (f. 396), indicaciones sobre prescripción de medicamentos (f. 416) y solicitud del registro de actividad del mes de diciembre por personal de la Generalitat (f. 418).

DUODÉCIMO.- La trabajadora Doña Nieves Vilaplana Martínez presentó solicitud de permisos y vacaciones los días 1 de diciembre de 2015, 28 de septiembre de 2015, 11 de enero de 2016, 26 de noviembre de 2012 y 12 de julio de 2012, siendo autorizadas las mismas mediante la firma del “cap d’unitat” o mediante la estampación del sello de la Consellería de Sanitat, en la casilla “conforme, la dirección” del formulario de solicitud (documentos 44 a 48 ramo prueba Comisión ac hoc).

El 1 de febrero de 2011, desde el correo electrónico alagarda_pat@gva.es perteneciente a Doña Patricia Algarda López, Oficina de Formación de Uso Racional del Medicamento y productos sanitarios se envía mensaje con el asunto “documentación refar sociosanitario” en el que se remiten adjuntas las plantillas para tramitar solicitudes de vacaciones, acudir al médico, asistencia a cursos/jornadas y solicitud de previsión de gastos de viaje y dietas de los farmacéuticos y se dictan instrucciones de cómo tramitar las mismas (documento 37 ramo de prueba de CSIF).

DECIMOTERCERO.- La farmacéutica Ana María Garzón, adscrita al programa REFAR, asistió a la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2015 como miembro de la Comisión del Uso Racional del Medicamento (f. 261 a 266 ramo prueba comisión ad hoc). En años anteriores (2012 y 2013), asistió a dicha comisión como responsable del programa REFAR la farmacéutica Ana María Padilla (folios 270 y 273 ramo de prueba Comisión ad hoc). Asimismo, la trabajadora Amparo Sahuquillo Ricart ha participado en la subcomisión de seguimiento departamental sociosanitaria, en la comisión CURM uso racional del medicamento y en la subcomisión seguimiento REFAR desde el año 2012 y ha sido desde el 20 de junio de 2013 hasta el 3 de junio de 2016, miembro de la comisión de posicionamiento terapéutico especializado en artrosis (documentos 43 y 44 ramo de prueba CSIF).

DECIMOCUARTO.- El 7 de abril de 2016, la Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios solicita sea remitida, “solicitud de creación de puestos de acumulo de tareas de farmacéutico/a de área en su Departamento de Salud” pues “los y las farmacéuticas adscritas al programa REFAR cesarán sus actividades el día 30 de abril de 2016, fecha en la que se ha solicitado a la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos que se provisionen los puestos indicados” (documento 106 ramo prueba Comisión ad hoc). Por parte de la Consellería se ha contratado, con posterioridad al despido a un total de 18 trabajadores, inscritos en las Listas de Ocupación Temporal de instituciones Sanitarias con la categoría de farmacéuticos de área (documentos 109 a 115 ramo prueba Comisión ad hoc)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 a), párrafo 2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), esta Sala de lo Social es competente para conocer del presente proceso de despido colectivo iniciado mediante demandas acumuladas presentada por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante, CSIF) y de la Comisión representativa de los trabajadores creada ad hoc para participar en la negociación del despido colectivo (en adelante Comisión ad hoc) contra la Fundación de la Comunidad Valenciana Hospital General Universitario de Valencia para la investigación biomédica, docencia y desarrollo de las ciencias de la salud (en adelante Fundación) y la Consellería de Sanitat Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana (en adelante Consellería).

SEGUNDO.- Los elementos de convicción que han permitido a esta Sala alcanzar las conclusiones fácticas reseñadas en los antecedentes históricos de la presente resolución, derivan de la apreciación conjunta de las pruebas practicadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 LRJS. Principalmente, de los documentos obrantes en autos, y que expresamente se reseñan tras la redacción de cada uno de los ordinales y de la testifical practicada en el acto del juicio.

TERCERO.- Por el Sindicato y la Comisión ad hoc demandantes se impugna el despido colectivo llevado a cabo por la Fundación demandada que supuso la extinción de 18 contratos de trabajo de una plantilla total de 70 trabajadores, solicitando en primer término fuera declarado nulo y con carácter subsidiario no ajustado a derecho.

Las causas que justifican cada una de las peticiones son similares en ambos escritos rectores, ratificadas posteriormente en juicio, y que pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.- Respecto a la petición de nulidad del despido, se apunta en primer término a la existencia de una cesión ilegal de trabajadores por parte de la Fundación a la Consellería y se recalca que pese a que el contrato firmado entre ambas tenía por objeto exclusivo la prestación por parte de los farmacéuticos adscritos al programa REFAR de labores de tipo formativo, realizaban funciones que excedían del objeto de la contrata y propias de los farmacéuticos de área (personal funcionario estatutario), integrándose en las funciones propias de la Administración sanitaria. Y todo ello en dependencias del departamento de salud y servicios centrales de la Consellería, con utilización de los medios materiales de la Administración, siendo que la Fundación estaba ausente en la regulación del desempeño del trabajo.

Todo ello comporta conforme a las argumentaciones de las demandantes, que el despido deba ser declarado nulo, pues dado que era la Consellería la que en verdad ocupaba la posición de empleadora, debió estar presente en el proceso negociador del despido colectivo, cuando ello no fue así.

2.- Subsidiariamente, para el caso de que la petición anterior fuera desestimada, se solicita sea declarado el despido no ajustado a derecho, pues no concurre la causa productiva alegada para justificar el despido colectivo. Y ello porque la actividad contratada continúa prestándose en la actualidad, contratándose a funcionarios interinos por la Consellería para desarrollar las funciones que venían prestándose por los dieciocho trabajadores despedidos. Y que además, el contrato de servicios fue dejado sin efecto, sin que hubiera transcurrido el

plazo para el que fue prorrogada su vigencia, por acuerdo entre las partes.

Por su parte, se oponen la Fundación y la Consellería demandada a las pretensiones citadas resaltándose:

1.- Por la Fundación: El cumplimiento escrupuloso del proceso de negociación, negociándose de buena fe y la imposibilidad de readmitir a los trabajadores, dadas las líneas de investigación subsistentes; así como la concurrencia de la causa productiva por fin de la prestación del servicio comunicada por la Consellería.

2.- Por la Consellería: Se opone su falta de legitimación pasiva, pues sostiene que no puede pretenderse la participación en la negociación del despido colectivo cuando los trabajadores ya no prestaban servicios, debiendo plantearse la cesión ilegal en los procesos de impugnación de los despidos individuales y no en el proceso de despido colectivo.

CUARTO.- Expuestos los términos del debate, debemos recordar en primer término que el art. 124.11 párrafo segundo de la LRJS dispone que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley”.

Cabe destacar que el precepto citado circunscribe la pretendida declaración de nulidad a los supuestos tasados que en él se reproducen, siendo que cuando no concurren los mismos, la calificación del despido colectivo operado solo pueda ser o ajustada a derecho cuando el empresario, cumpliendo lo previsto en los arts. 51.2 y 51.7 ET, acredite la concurrencia de la causa esgrimida; o no ajustado a derecho, cuando no se acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva (art. 124.11 párrafos 2º y 3º).

Por su parte, el art. 43.1 y 2 ET, en su redacción dada por el RDLegvo 2/2015, de 23 de octubre, vigente al momento del despido, señala que: “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

Vistos los preceptos legales que sustentan las pretensiones de los demandantes, la Sala examinará en primer término la posible concurrencia de la cesión ilegal invocada, pues de la conclusión que sobre la misma se alcance, dependerá la suerte de la calificación del despido, y de la falta de legitimación pasiva opuesta por la Consellería, vinculada a un pronunciamiento

sobre el fondo del asunto.

QUINTO.- La doctrina de la Sala Cuarta, por lo que respecta al fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores recogida en el art. 43 ET, ha venido incidiendo, como así se apunta en recientes Sentencias del Alto Tribunal de 26-10-2016, Pleno (Rcud. 2913/2014) y de 02-11-2016 (Rcud. 2779/2014), en la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Y con cita de las Resoluciones dictadas el 19-6-2012 (R. 2200/11) y 11-7-2012 (R. 1591/11), definen los criterios adoptados para examinar el fenómeno de la gestión indirecta de determinados servicios municipales, aplicados a supuestos en los que se haya presente la contratación con una Administración Pública.

Se dice por la Sala Cuarta lo siguiente: “Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señalaba ya que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria.(/) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así

que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores " (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

2. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario”.

A la vista de la doctrina expuesta, y del examen de la prueba practicada en el acto de juicio, eminentemente documental, la Sala se muestra favorable a aceptar la tesis de las demandantes relativa a la concurrencia de una cesión ilegal de trabajadores. Y entendemos que ello es así, por las siguientes razones.

1.- En primer lugar, es primordial analizar el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre la Fundación y la Consellería. De acuerdo con la propia redacción del mismo y del anexo al pliego de cláusulas administrativas de dicho contrato, éste último tenía por objeto la ejecución del programa REFAR mediante la contratación de servicios para la realización de un programa de formación aplicada a facultativos médicos, farmacéuticos y profesionales de enfermería de actividad ambulatoria en la Consellería de Sanitat, indicándose expresamente en el citado anexo que dicho programa se llevaría a cabo a través de la impartición de sesiones de formación presencial en los centros sanitarios (folio 15, expediente 434/2012, disco III expediente administrativo). Es más, se indica literalmente que “los servicios prestados por la adjudicataria tienen carácter exclusivamente formativo en el ámbito científico-sanitario”.

Dicho objeto es reiterado en el pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio del programa REFAR, cuyo objeto no era otro que “la contratación de los servicios excepcionales para realizar un programa de formación aplicada para facultativos médicos, farmacéuticos y profesionales de enfermería de actividad ambulatoria en la Consellería de Sanitat (...)”.

Sin embargo, pese a la claridad en la descripción del objeto de la contratación, las funciones realizadas por los trabajadores adscritos al programa REFAR que han sido despedidos excedían con mucho de las concretas actividades formativas a que debía

circunscribirse su labor. Baste leer con detenimiento la memoria de la actividad desarrollada durante el año 2015 para comprobar que los farmacéuticos adscritos al programa venían desempeñando labores integradas en la propia actividad de la Administración, desligándose de la justificación de la contratación para una labor concreta y exclusivamente formativa. En concreto, se reseñan en los folios 194 a 270 del Disco III del expediente administrativo, folios correspondientes al expediente 434/2014, que los trabajadores llevaron a cabo las siguientes labores durante el año 2015:

1) En relación con cada una de las bases de datos existentes en el Repositorio de Medicamentos del Gestor de la prestación farmacéutica GAIA, los farmacéuticos REFAR participan en la gestión de las incidencias procedentes de los profesionales sanitarios de los Departamentos de salud (folio 195).

2) Revisión de alertas de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios e informar a todos los usuarios de las mismas, obtener los pacientes afectados por las mismas, y remitir cada caso al facultativo correspondiente para su revisión y modificación si se considera oportuno. También se trabaja en alertas de años anteriores. 30 en total en 2015 (f. 197).

3) Revisión de criterios stopp a nivel de sistema musculoesquelético (se señalan las revisiones realizadas en sistema cardiovascular, musculoesquelético, nervioso) y el resultado de las intervenciones (200 y 201).

4) Gestión medicamentos inapropiados: en 2015 a nivel central no se ha establecido ninguna instrucción específica, si bien algunos farmacéuticos REFAR han realizado la revisión de determinados tratamientos (203 y 204).

5) Gestor PRM. (204 y 205).

6) Subprograma de seguimiento de la eficiencia y adherencia de los farmacoterapeúticos (REFAR-EA): Subprograma para mejorar la adherencia a los tratamientos atendiendo a sus situación social, cognitiva y clínica. (206 y 207). Formación: formación interna, reuniones y formación impartida (folios 207 a 310).

7) Comisión departamental de seguridad de la información: Tiene por objeto valorar las solicitudes de los usuarios a ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u omisión (ARCO) respecto a la información contenida en las historias clínicas e informes médico/clínicos. Durante 2015 se ha revisado y valorado una solicitud. (f. 311).

8) Tareas adicionales relacionadas con ABUCASIS y el programa REFAR. (indicadores acuerdo gestión departamental, indicadores FIX y PRM, propuestas indicadores de enfermería, tareas propuestas por coordinadores médicos de atención primaria (expedición certificados médicos, información a la población de picaduras de mosquitos, apertura de nuevo centro de salud integrado, pirámide de Kaiser departamental, informes para intervención de gastos de diferentes cupos médicos de atención primaria, pruebas del Gestor de Gobierno electrónico REFAR @GOFAR. Escritorio REFAR; gestión de inscripciones del departamento de salud en el curso on- line de GFAR a petición de la DGFPS; participación en comisiones (comisiones en servicios centrales, comité autonómico); publicaciones.

Consta asimismo acreditado que dos trabajadoras, Doña Ana María Garzón y Doña Ana María Padilla participaron: la primera, como miembro en la Comisión del Uso Racional del Medicamento; y la segunda, en la Subcomisión de seguimiento departamental sociosanitaria, en la Comisión CURM uso racional del medicamento y en la subcomisión seguimiento REFAR desde el año 2012, siendo desde el 20 de junio de 2013 hasta el 3 de junio de 2016, miembro de la Comisión de posicionamiento terapéutico especializado en artrosis. Intervenciones ajenas a un vínculo exclusivamente formativo con la Consellería, al que debían circunscribir su relación laboral.

Se dice por esta última que las funciones de los farmacéuticos REFAR no coinciden con las expresadas en el art. 8 del Decreto 118/2010, de 27 de agosto, del Consell, por el que se ordenan y priorizan actividades de las estructuras de soporte para un uso racional de los productos farmacéuticos en la Agencia Valenciana de Salud. Pero tal afirmación no puede verse respaldada con la prueba practicada, pues en primer lugar, los farmacéuticos adscritos al programa REFAR no ceñían su actuación a actividades formativas concretas, sino que su labor se extendía a otras funciones que necesariamente incidían en el ejercicio de la actividad de la propia Administración, confundiendo con la de los farmacéuticos de área; en segundo lugar, porque de la propia lectura de la Resolución de la Secretaría Autonómica de la Agencia Valenciana de Salud sobre el programa REFAR (documento 1 ramo prueba CSIF) se comprueba que no existe una diferenciación entre las funciones desempeñadas por los farmacéuticos del Área de Salud (FAS) y Farmacéuticos adscritos al programa REFAR (FREFAR); y en tercer lugar, y quizá como dato más indicativo, porque no se entiende que si los farmacéuticos REFAR desarrollaban funciones no coincidentes con los farmacéuticos de área, se solicite el 7 de abril de 2016 por la Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios sea remitida, “solicitud de creación de puestos de acumulo de tareas de farmacéutico/a de área en su Departamento de Salud” pues “los y las farmacéuticas adscritas al programa REFAR cesarán sus actividades el día 30 de abril de 2016, fecha en la que se ha solicitado a la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos que se provisionen los puestos indicados” (documento 106 ramo prueba Comisión ad hoc)”. Ni tampoco se entiende, que se haya contratado con posterioridad al despido, a un número idéntico al de los trabajadores despedidos, entre los trabajadores inscritos en las Listas de Ocupación Temporal de instituciones Sanitarias con la categoría de farmacéuticos de área.

2.- En segundo término, no puede obviarse que los trabajadores del programa REFAR desempeñaban su trabajo en las dependencias de los Servicios de Salud de la Consellería de Sanidad, teniendo acceso a la utilización de las redes de comunicación, aplicaciones informáticas y bases de datos corporativas así como a los equipos informáticos disponibles tanto en los Servicios Centrales como en los departamentos de salud para el desempeño de las tareas objeto del contrato. Asimismo, disponían de correo electrónico con el dominio “gva” para llevar a cabo las comunicaciones informáticas que fueran necesarias. Ello se comprueba tras la lectura de los documentos aportados por la Comisión ad hoc consistentes en correos electrónicos remitidos a los trabajadores, y del documento número 41 aportado por CSIF en el que Mireia Candel Molina, remite correo en el que indica a José Luis Trillo, que “ya tienen todas correo gva”. Las incidencias que se producían durante el uso de dichos medios se resolvían a través de los departamentos de la Consellería competentes para ello, mediante la remisión de un correo electrónico, comunicando el problema existente (documentos 432 y 496 de la comisión ad hoc).

3.- Poder de dirección: El anexo al pliego de prescripciones técnicas contenido en el Disco IV del expediente administrativo, en su apartado “disposición relativa al personal

laboral de las empresas contratistas o encomendadas” dispone en su punto 5 que “la empresa contratista designará un coordinador técnico integrado en la propia plantilla que actuará como único interlocutor con la entidad contratante” correspondiendo al mismo:

- a) La distribución del trabajo entre el personal adscrito a la ejecución del contrato.
- b) Impartir cuantas órdenes o instrucciones de trabajo sean necesarias al personal de la empresa adscrito a la ejecución del contrato.
- c) Supervisar el correcto desempeño de las tareas encomendadas al personal de la empresa adscrito a la ejecución del contrato, así como controlar la asistencia de dicho personal a su puesto de trabajo.
- d) Informar con antelación suficiente a la entidad contratante por escrito de las posibles variaciones del equipo de trabajo sean ocasionales o permanentes.

De la prueba practicada no ha podido constatarse la identidad del citado coordinador. Pero sí por el contrario que los farmacéuticos REFAR recibían instrucciones para el desempeño de sus funciones, en el quehacer diario de su trabajo, a través de correos electrónicos emitidos por los responsables de distintos departamentos de la Consellería, sin que aquéllas se focalizaran en un único sujeto, designado por la empresa contratista. Baste una lectura de la abundante documentación presentada por la Comisión para comprobar tal hecho. Centrándonos en los folios 373 y siguientes, entre los que se sitúan los correos remitidos a partir del año 2014, encontramos comunicaciones electrónicas remitidas desde la Oficina Gaia (folios 373 y 374), por el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios (folio 378), desde la oficina FUR (folio 379), desde la coordinación de enfermería del Centro de Salud de Oliva o de Gandía (folios 387 a 392), desde la Secretaría Autonómica de la Agencia Valenciana de Salud de la Consellería (folios 448-449) o desde la Subdirección General de Posicionamiento Terapéutico y Farmacoeconomía (entre otros).

Y ello, sobre distintos aspectos de la prestación del servicio, que ya apuntábamos a título de ejemplo, en el hecho probado duodécimo de la presente resolución, y que damos por reproducidos.

A mayor abundamiento, se comprueba que la solicitudes de vacaciones y permisos realizadas por la trabajadora Nieves Vilaplana Martínez los días 1 de diciembre de 2015, 28 de septiembre de 2015, 11 de enero de 2016, 26 de noviembre de 2012 y 12 de julio de 2012, fueron autorizadas mediante la firma del correspondiente “cap d’unitat” o mediante la estampación del sello de la Consellería de Sanitat, en la casilla “conforme, la dirección” del formulario de solicitud (documentos 44 a 48 ramo prueba Comisión). Y ya en el año 2010, cuando los trabajadores del programa REFAR comenzaron a prestar servicios para la Consellería, figura correo remitido por Doña Patricia Algarda López, Oficina de Formación de Uso Racional del Medicamento y productos sanitarios con el asunto “documentación refar sociosanitario” en el que se remiten adjuntas las plantillas para tramitar solicitudes de vacaciones, acudir al médico, asistencia a cursos/jornadas y solicitud de previsión de gastos de viaje y dietas de los farmacéuticos y se dictan instrucciones de cómo tramitar las mismas (documento 37 ramo de prueba de CSIF).

De todo lo anterior se desprende que, a juicio de la Sala, concurre la cesión ilegal denunciada por las demandantes, pues la Fundación se limitó a poner a disposición de la

Consellería, la mano de obra consistente en los dieciocho trabajadores despedidos, para cumplir finalidades que excedían del objeto de la contratación, insertadas en las funciones propias de la Administración, y con uso de los medios materiales e inmateriales de esta última, en sus propias dependencias y ejerciendo la Consellería los poderes de dirección propios de la condición de verdadero empresario. De ello ha de desprenderse necesariamente la desestimación de la falta de legitimación opuesta por la demandada, vinculada al objeto del proceso, dada su posición respecto al mismo, conforme a lo expuesto.

Y si ello es así, la consecuencia inmediata que dicha declaración llevará aparejada respecto a la calificación del despido es la declaración de nulidad del mismo, pues como apunta la STS de 21-05-2015 (Rcud. 257/2014), aun cuando referida a la impugnación de un despido colectivo, concurriendo grupo de empresa, “Considerando lo anterior se desprende que Servicontrol, pese a su apariencia formal, no era el empresario real y por lo tanto el período de consultas (artículo 51.2 ET) no podía ser llevado a cabo por esa empresa aparente. Si el período de consultas no se realiza con el empresario real, la conclusión no puede ser otra que la nulidad del despido colectivo conforme se deriva del artículo 124 de la LRJS.”

Por todo ello, con estimación de la pretensión principal ejercitada en las demandas acumuladas que dan origen al procedimiento, procede declarar nulo el despido colectivo operado por la Fundación demandada, declarando el derecho de los trabajadores afectados por el mismo a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS párrafo in fine, en relación con el art. 123.2 y 3 del mismo Texto Legal, debiendo las partes demandadas estar y pasar por dicha declaración.

No ha lugar a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria ejercitada en las demandas, al plantearse para el caso de desestimación de la acción principal, lo que no ha ocurrido. Sin imposición de costas.

En virtud de lo expuesto

FALLO

Estimamos las demandas interpuestas por la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF) y la COMISIÓN NEGOCIADORA creada ad hoc, en materia de impugnación de despido colectivo contra la FUNDACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO DE VALENCIA PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, DOCENCIA Y DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA SALUD Y LA CONSELLERÍA DE SANITAT UNIVERSAL I SALUT PÚBLICA DE LA GENERALITAT VALENCIANA; y, en consecuencia, declaramos nula la medida extintiva adoptada por la Fundación, así como el derecho de los trabajadores afectados por la misma a la reincorporación a su puesto de trabajo, debiendo las partes demandadas estar y pasar por dicha declaración. Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación, que podrá prepararse dentro del plazo de los CINCO DÍAS hábiles siguientes a la notificación, verbalmente o por escrito dirigido a esta misma Sala, indicando que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia

jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría de esta Sala tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 0017 16. En el caso de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En València, a veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

En el día señalado ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.