

Roj: **STS 104/1994** - ECLI: **ES:TS:1994:104**Id Cendoj: **28079140011994101749**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/01/1994**Nº de Recurso: **3400/1992**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**Ponente: **ANTONIO MARTIN VALVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto M.K.T. MARKETING TELEFONICO, S.A., representado y defendido por el Letrado D. Antonio Navarro Cerrada, e interpuesto por UNION ELECTRICA FENOSA, S.A., representada por el Procurador D. Luis Fernando Alvarez Wiese y defendido por el Letrado D. Enrique Manzana Sanmartín, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 1992 (autos nº 479/91), sobre DESPIDO. Son partes recurrida DOÑA Virginia , DOÑA Aurora y DOÑA Flor , representadas y defendidas por el Letrado D. José Ignacio Montejo Uriol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de julio de 1991, por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre despido.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, que ha sido mantenido íntegramente en la de suplicación, es el siguiente: "1.- Las actoras Dña. Virginia y Dña. Flor suscribieron sendos contratos orales para fomento del empleo, (cuya cláusula adicional establece que los servicios se realizarían en las oficinas de FENOSA) al amparo del R.D. 1999/84, con la empresa Marketing Telefónico, S.A. (MKT, S.A.), de seis meses de duración, el día 1-12-1988 y, tras dos sucesivas prórrogas por idénticos períodos temporales (hasta el 31-5-90) y sin cesar en la real prestación de servicios, firmaron ambas el día 1-6-90 otro contrato denominado de obra de servicio determinado (R.D. 2.104/84) para la realización de la "campaña de Unión Fenosa" ostentando en los primeros contratos la categoría de telefonistas y en los segundos la de televendedoras, aunque realizando siempre las mismas funciones, y percibiendo últimamente un salario mensual prorrateado de 133.047 ptas., cada una. 2.- Dña. Aurora , suscribió el 2.7-90 con la misma empresa MKT, S.A. un contrato denominado de obra o servicio determinado para la realización de la "campaña de Unión Fenosa", formalmente amparado también en el R.D. 2.104/84, ostentando igualmente la categoría de televendedora y percibiendo últimamente 95.000 ptas., mensuales, incluyendo prorratas de pagas extras. 3.- La empresa MKT, S.A. se constituyó por Escritura Pública el 5- 10-88, siendo su objeto social la publicidad directa por teléfono, promociones, ventas, información y gestiones diversas, así como cualquier otra actividad relacionada, directa o indirectamente, con las anteriores; en el mes de mayo de 1991, la citada empresa tenía dados de alta en Seguridad Social a un total de 105 trabajadores de los que no consta su modalidad y duración contractual. 4.- Con fecha 10-1-90, las empresas MKT, S.A. y Unión Eléctrica Fenosa, SA, suscribieron un contrato para la prestación por la primera de ellas de un servicio denominado "Teléfono Eléctrico" que, al obrar unido como documento núm. 1 del ramo de prueba de Unión Fenosa, se da aquí por reproducido por remisión. El objeto del servicio contratado era el de atender todas las llamadas de los clientes de Unión Eléctrica Fenosa de la Zona de Madrid al "Teléfono Eléctrico", cuyas funciones, ejecutadas antes por personal comercial de dicha empresa, aparecen definidas desde septiembre de 1988 por el "Proyecto Fénix" de esta Compañía -Que igualmente se da por



reproducido al obrar unido como documento nº 39 del ramo de prueba de las demandantes-y consistían en realizar la contratación y modificación de contratos de baja tensión (altas, bajas y modificativas), atender reclamaciones de baja tensión y tramitar las de cualquier otro tipo con la Unidad correspondiente, tramitar peticiones de suministro, efectuar domiciliaciones bancarias e incorporar los datos al ordenador, atender e informar a los clientes sobre cualquier problema relacionado con Fenosa, asesorar al cliente sobre la utilización más conveniente de las publicaciones eléctricas, recoger las lecturas que facilitan los clientes e informar sobre el día de la lectura y controlar los contratos impagados cuando el cobro de los mismos se realice por domiciliación bancaria. 5.- Desde las fechas iniciales de prestación de servicios que se han recogido en los hechos 1º y 2º (desde el 1-12-88 las Srtas. Virginia y Flor y desde el 2-7-90 la Sta. Aurora), las tres actoras han desempeñado ininterrumpida y exclusivamente sus funciones como televendedoras en el repetido "Teléfono Eléctrico" ubicado en los locales de Unión Fenosa de la calle Goya, 36 de Madrid, utilizando para ello solamente elementos materiales de dicha empresa que, antes de comenzar la realización del trabajo, les impartió un cursillo de formación o aprendizaje de tales funciones en sus propios locales y por su propio personal comercial, cuyos responsables, controlaban "in situ" el trabajo ejecutado. 6.- Las tres demandantes percibían su remuneración mensual de la empresa MKT, S.A. que confeccionaba sus nóminas y las tiene dadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, al corriente en el pago de las pertinentes cotizaciones, desde las fechas iniciales de la prestación de servicios. 7.- Con fecha 23-1-91, Unión Fenosa notificó a las actoras, a través del Servicio del "Teléfono Eléctrico" las "Normas Generales" de actuación que obran unidas como documento nº 24 a su propio ramo de prueba y, por ello, se da aquí por reproducido por remisión, mostrando ellas su disconformidad el 11-4-91, al igual que otras televendedoras más, varias de las cuales no han sido sancionadas, con la realización de funciones de "refacturación de recibos pagados y a favor del cliente" que no consideraban de su competencia. 8.- Los días 6, 7 y 8, de mayo de 1991, respectivamente, la empresa MKT hizo entrega a las tres demandantes de las cartas que obran unidas a los folios 13, 20 y 26 del ramo de prueba de dicha empresa, ordenándoles la comprobación y refacturación de determinados recibos que en ellas se especifican, en el plazo de 24 horas (también se dan por reproducidos tales documentos). 9.- Con fecha 17-5-91, la mencionada MKT, S.A., remitió a las actoras un telegrama con el siguiente texto: "al cumplir reiteradamente la orden de refacturar los recibos ya abonados por el cliente, pero que sin embargo reclama posteriormente al contener datos erróneos, y que le fue comunicada a usted con fecha 16 de abril de 1991, y posteriormente reiterada a diario, incluso por escrito del día (6, 7 u 8, según los casos) de mayo actual, nos vemos obligados a despedirla con efectos del 19 de mayo de 1991, por su manifiesta y reiterada indisciplina en el trabajo". 10.- El día 7-5-91, Unión Fenosa remitió a MKT, SA una comunicación escrita notificándole la implantación de un nuevo sistema de servicio telefónico, denominado "Teléfono Total", cuya puesta en marcha se calculaba para el mes de junio siguiente, con un contenido y una cobertura diferente al servicio llamado "Teléfono Eléctrico", por lo que le anuncia formalmente que el 31-5-91 considerarían extinguido el contrato que les unía, aunque confiaban en que para entonces, los posibles acuerdos a que llegaran, les permitieran adjudicarles el futuro servicio de atención telefónica a clientes y usuarios de Fenosa. 11.- Con fecha 24-5-91 se presentaron papeletas por despido ante el SMAC, teniendo lugar el día 10- 6-91 el preceptivo acto de conciliación con el resultado de "sin avenencia" respecto a ambas empresas demandadas".

En la parte dispositiva de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurrida en unificación de doctrina, se desestimaron los recursos de suplicación interpuestos por Unión Eléctrica Fenosa, S.A. y por M.K.T. Agencia Marketing Telefónica, S.A., contra la sentencia de instancia confirmando la misma y condenando a las demandadas recurrentes a la pérdida de los depósitos y consignaciones que habían efectuado para recurrir, así como a abonar al Letrado de la parte recurrida, en concepto de honorarios según lo acordado.

SEGUNDO.- Las partes recurrentes consideran contradictorias con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 1992 y Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid de 30 de abril de 1990.

En la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 1992, constan los siguientes hechos probados: "1.- La actora D^a María Esther comenzó a prestar sus servicios para la empresa M.K.T. (Marketing Telefónico S.A.) el 4-10- 1989, fecha en la que suscribió un contrato a tiempo parcial, al amparo del R.D. 1991/1984, cuya duración se extendía hasta el 3-11-1989. En dicho contrato, cuyo objeto, según la cláusula séptima, era atender las circunstancias de la producción, motivadas por exceso de tareas y pedidos, se establecía como cláusula adicional que "si por necesidades de la empresa y del trabajo que desarrolla en la misma propio de su categoría como telefonista, fuese necesario realizar una campaña de marketing en las oficinas de nuestros clientes estaría obligada a desarrollar dicha campaña en las formas y condiciones que la empresa tenga formalizadas con dicho cliente". El precitado contrato, por acuerdo de las partes de fecha 1-11-1989, fue modificado, convirtiéndose en contrato eventual por circunstancias de la producción, de 8 horas, finalizando el 3-11-1989, siendo objeto de diferentes prórrogas, cada una de un mes,



extendiéndose la última hasta el 1-3-1990 siendo en esta fecha que la actora Sra. María Esther firmó finiquito y liquidación por importe de 82.207 ptas., contra el que no formuló reclamación alguna. El 2-3-1990, la referida actora suscribió nuevo contrato para la realización de servicio determinado (R.D. 2104/84), con la categoría laboral de televendedora, y con duración por el tiempo que se desarrollase la campaña FENOSA; para la que se contrataba a la trabajadora.

2.- Dña. Inmaculada comenzó a prestar sus servicios para la empresa M.K.T. el 6-11-1989, fecha de suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, para atender los pedidos acumulados en la empresa, al amparo del R.D. 2104/84. En la cláusula sexta del contrato se establecía una duración de un mes (hasta el 5-12-1989), fijándose en la cláusula séptima un contenido idéntico al de la cláusula adicional del contrato de fecha 4-10-1989 suscrito por la codemandante y que se da aquí por reproducido. El contrato fue objeto igualmente de sucesivas prórrogas, cada una de un mes, finalizando la última el día 4-3-1990, en cuya fecha la Sra. Inmaculada firmó finiquito y liquidación por importe de 75.581 ptas., contra el que tampoco formuló reclamación alguna. Al día siguiente, el 5-3-1990 Dña. Inmaculada suscribió nuevo contrato con M.K.T. para la realización de servicio determinado (R.D. 2104/84), categoría de televendedora, por el tiempo que se desarrollase la campaña FENOSA, para la que se contrataba a la trabajadora. 3.- El salario de ambas actoras asciende a 125.764 ptas., mensuales, con prorrateo de pagas extraordinarias, al no haber sido impugnado. La categoría laboral ostentada es la de televendedoras. 4.- La empresa M.K.T. S.A. se constituyó por escritura pública de fecha 5-10-1988, teniendo por objeto la publicidad directa por teléfono, promociones, ventas, información y gestiones diversas, así como cualquier otra actividad relacionada, directa o indirectamente, con las anteriores. En julio del presente año M.K.T. tenía dados de alta a 96 trabajadores. 5.- Por contrato suscrito el 10-1-1990 Unión Eléctrica Fenosa, S.A. adjudicó a M.K.T. la prestación del servicio de "Teléfono Eléctrico" para Madrid, cuyo objeto es el de atender todas las llamadas de los clientes de U.E. Fenosa, S.A. de la zona de Madrid, debiendo adecuarse la prestación del mismo al volumen de llamadas que puedan producirse en cada momento, teniendo en cuenta para su mejor desarrollo las horas de mayor afluencia y las distintas temporadas del año. El citado servicio de "Teléfono Eléctrico" viene siendo prestado desde noviembre de 1988 a U.E. Fenosa por M.K.T. S.A. Este servicio aparece previsto en el organigrama jerárquico, gestión comercial, aprobado como "Proyecto Fénix" en septiembre de 1988, por U.E. Fenosa. El denominado "Teléfono Eléctrico" presta un servicio de atención al cliente de U.E.

Fenosa o consumidor, donde se le informa y atiende, se reciben pedidos, se atiende reclamaciones, se conciertan entrevistas, se realiza venta telefónica y se cumplen determinadas funciones de administración como cobro de impagados y recepción de llamadas de circuitos internos. Igualmente este servicio presta una función de telemarketing en recepción como apoyo de las campañas de publicidad de los distintos productos ofrecidos por U.E. Fenosa (aire acondicionado, tarifa nocturna, acumuladores...). Asimismo la empresa M.K.T. S.A., realiza análisis del funcionamiento telefónico de U.E. Fenosa, haciendo propuestas para la mejora de sus servicios telefónicos. 6.- Con anterioridad a la implantación del servicio "teléfono eléctrico" U.E.

Fenosa prestaba un servicio de atención telefónica a sus abonados, realizando con su propio personal, no constando que a través de este servicio de atención telefónica se desarrollaran funciones o estrategias globales de marketing, como las que actualmente lleva a cabo. 7.- La prestación del servicio contratado por U.E. Fenosa la realiza M.K.T., S.A.

a través de un sistema por el cual aquélla fija los objetivos generales que pretende conseguir a través del teléfono así como el procedimiento para cada operativa a realizar dentro de las propias de la empresa (contratación, reclamación, bajas, cobro de recibos...) siendo exclusivamente ésta la que puede determinar tales procedimientos y objetivos por ser específicos de su estructura y estrategia empresarial.

M.K.T., S.A., lo articula por medio de técnicas específicas de telemarketing, analizando, atendiendo y gestionando el servicio telefónico de U.E. Fenosa. Todo ello obliga a una colaboración entre ambas empresas, apareciendo diluidas las funciones de dirección empresarial. 8.- El servicio de "teléfono eléctrico" se ubica en el local sito en el nº 36 de la calle Goya de Madrid, propiedad de U.E. Fenosa quien también es propietaria del instrumento informático (hardware y software) necesario para realizar la labor, así como del resto de los elementos materiales que en dicho local se encuentran. 9.- Las actoras al inicio de su relación laboral con M.K.T. S.A. (4-10-89 y 6-11-899 trabajaron en las campañas de HILTI y DINNERS CLUB, pasando en marzo de 1990 a prestar el servicio Campaña Fenosa, como se recoge en los dos primeros hechos de la presente relación. Cada mes percibían su salario de M.K.T., quien confecciona las nóminas y cotiza, estando al corriente del pago de sus obligaciones con la Seguridad Social. Ambas han recibido formación tanto de M.K.T. S.A. como de U.E. Fenosa para poder desempeñar su tarea. 10.- Las demandantes, junto con otras televendedoras, con fecha de 11 de abril de 1991 muestran su disconformidad con la realización del trabajo de "refacturación de recibos pagados y a favor del cliente", demandado por M.K.T. como parte de las funciones a realizar por las televendedoras en cumplimiento de lo pactado con U.E. Fenosa. 11.- Con fecha de 22 de mayo de 1991



la empresa M.K.T., S.A. hizo entrega a las actoras de sendas comunicaciones en las que les ordenaba la refacturación de determinados recibos allí mencionados, dándose por reproducidos los documentos 6 y 14 del ramo de prueba de aquella empresa. No ha quedado acreditada la existencia de órdenes anteriores a la escrita de 22 de mayo. 12.- Con fecha de 28 de mayo las representantes de los trabajadores de la empresa M.K.T. emitieron informe considerando excesiva la sanción de despido a imponer a las actoras (doc. 32 del ramo de prueba de M.K.T. S.A.). 13.- En fecha de 1 de junio y 31 de mayo D^a. María Esther y D^a. Inmaculada respectivamente recibieron sendos telegramas, remitidos por M.K.T. del siguiente tenor literal: "Al incumplir reiteradamente la orden de refacturar los recibos ya abonados por el cliente, pero que sin embargo reclama posteriormente al contener datos erróneos y que le fue comunicada a usted con fecha 16 de abril de 1991 y posteriormente reiterada a diario, incluso por escrito el día 22 del actual, nos vemos obligados a despedirla con efectos 31 de mayo 1991, por su manifiesta y reiterada indisciplina en el trabajo. MKT, MARKETING TELEFONICO S.A. POR PODER A.M. CASTRO". 14.- Las actoras no realizaron el trabajo que les fue ordenado por comunicación de fecha 22 de mayo. No consta que el resto de las televendedoras disconformes con la precitada orden la acataran realizando el trabajo. 15.- Con fecha de 10 de mayo de 1991 D^a. Inmaculada recibió escrito por el que M.K.T. le comunicaba la finalización el 31 de mayo del contrato Campaña suscrito entre ambas, deseando conocer la disponibilidad de la actora para prestar el trabajo que se define en el nuevo servicio de atención telefónica a clientes de U.E. Fenosa. Previamente el 7-5-91 U.E. Fenosa había remitido a M.K.T. una comunicación escrita notificándole la implantación de un nuevo sistema de servicio telefónico denominado "teléfono total", anunciándole formalmente que el 31-5-1991 considerarían extinguido el contrato que les unía, aunque confiaban en lograr acuerdos para la adjudicación del futuro servicio de atención telefónica, lo que efectivamente ha tenido lugar. 16.- El 24 de junio se celebró acto de conciliación sin avenencia, instado el 7 de junio. La demanda se presentó el 25 de junio, quedando correctamente agotada la vía previa". En la parte dispositiva de dicha sentencia se desestimaron los recursos de suplicación interpuesto por M.K.T. Marketing Telefónico, S.A. y por María Esther y Inmaculada contra la sentencia de instancia confirmando la misma.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 30 de abril de 1990, versa sobre un supuesto en el que los actores venían prestando servicios por cuenta de la empresa IMASA, para Unión Eléctrica Fenosa, S.A. en el centro de trabajo que esta tienen en La Robla. El objeto social de la empresa cedente IMASA es la "explotación de un taller de calderería y construcciones metálicas y cualquier otra operación de comercio lícito". La empresa IMASA era la que abonaba los salarios a los actores, recibiendo estos las órdenes de trabajo de los Mandos de Fenosa, debido a que la empresa cedente no disponía de mandos propios en La Robla. Los actores coincidían con los trabajadores de Fenosa en horario, jornada, vacaciones, etc. Solicitan los actores la adquisición de la condición de trabajadores fijos de la empresa principal Unión FENOSA S.A. En la parte dispositiva de la misma se desestimó el recurso de suplicación interpuesto por los actores contra la sentencia de instancia confirmando la misma.

Los recurrentes han aportado la preceptiva certificación de la sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que consideran contradictorias a los efectos de este recurso.

TERCERO.- Los escritos de formalización del recurso presentados por M.K.T. Marketing Telefónico S.A. y Unión Eléctrica Fenosa, S.A., llevan fecha de 2 de noviembre de 1992 y 3 de noviembre de 1992, respectivamente.

En el escrito presentado por M.K.T. Marketing Telefónico S.A. se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre las sentencias reseñadas en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción por no aplicación del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores y art. 2 del R.D. 2108/84 de 21 de noviembre en relación con el art. 15 y art. 49.3 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 1091 y 1255 del Código Civil. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y formación de la jurisprudencia.

En el escrito presentado por Unión Eléctrica Fenosa, S.A. se alega como único motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento laboral, contradicción entre la sentencia impugnada y las reseñadas en el antecedente de hecho anterior. Alega también el recurrente violación de lo dispuesto en los art. 42 (por falta de aplicación) y art.

43 (por indebida aplicación) del Estatuto de los Trabajadores. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

CUARTO.- Por Providencia de 12 de noviembre de 1992, se tuvieron por personados e interpuestos en tiempo y forma los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, le fue efectuado el correspondiente traslado de los recursos, al que contestó en escritos, ambos de la misma fecha, de 31 de mayo de 1993.



QUINTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos señalándose día para votación y fallo, que ha tenido lugar el 11 de enero de 1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se explica de manera suficiente en los escritos de formalización del recurso, la sentencia impugnada y la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 1992 aportada para comparación, que han mantenido ambas los hechos y pronunciamientos de las respectivas resoluciones de instancia, han resuelto en sentido distinto litigios sustancialmente iguales. Una y otra sentencia de suplicación (y obviamente las de instancia que se encargan de confirmar) se refieren a hechos surgidos en el contrato de ejecución de servicios celebrado entre Unión Fenosa SA y MKT Agencia de Marketing Telefónico SA (MKT SA) el 4 de enero de 1990 para la campaña de comunicación con los clientes de aquella denominada 'Teléfono Eléctrico' (hecho probado 4 y concordantes de la sentencia recurrida, y hecho probado 5 y concordantes de la sentencia de contraste). Una y otra han sido dictadas en procesos de despido de trabajadoras que figuraban como empleadas de MKT SA, y que desarrollaron funciones de 'televendedoras' en dicha campaña de Unión Fenosa. Los incumplimientos alegados para el despido, suscrito en ambos casos por MKT SA, son también idénticos en una y otra sentencia: negativa a cumplir órdenes de refacturación de recibos de clientes (hecho probado 9 de la sentencia recurrida, y hecho probado 13 de la sentencia de contraste). En fin, las dos resoluciones judiciales comparadas concluyen que no se han acreditado conductas de indisciplina subsumibles en el art. 54.2.b. del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Pero mientras la sentencia de contraste ha calificado de despido improcedente el acordado respecto a las empleadas que fueron parte en el proceso, la sentencia recurrida ha optado por la calificación judicial de despido nulo por fraude de ley.

El fundamento de la resolución impugnada es que las empleadas despedidas habían sido objeto de cesión a Unión Fenosa por parte de MKT SA, siendo esta última mera empleadora aparente de aquéllas, con infracción de lo dispuesto en el art. 43 ET; así las cosas -sigue razonando la sentencia recurrida, en la misma línea que la sentencia de instancia que confirma-, la calificación de despido nulo es la única forma de evitar una discriminación en el empleo, que consistiría en que la empresa cesionaria condenada optara por indemnizar a las demandantes en lugar de readmitirlas.

Distinto es el discurso de la sentencia de contraste, que parte de considerar el contrato entre Unión Fenosa y MKT SA como contrata de servicios con entidad real, y no como un acuerdo prohibido de mero suministro de mano de obra. El siguiente paso del razonamiento coincide con la sentencia impugnada en descartar la concurrencia de la causa de despido descrita en el art. 54.2.b. ET, pero se aparta de ella en la calificación de los despidos enjuiciados, que son declarados aquí improcedentes, entendiendo aplicable a los mismos lo que ordena el art. 108.1 TA LPL ("En caso contrario -es decir, cuando no "quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación"- el despido será calificado como improcedente"). Las conclusiones que se extraen de las anteriores premisas son la absolución de Unión Fenosa de las reclamaciones dirigidas frente a ella, y la condena a MKT SA a optar entre la readmisión de las empleadas despedidas de manera improcedente o el abono a las mismas de las indemnizaciones previstas en el art. 56 ET.

SEGUNDO.- La primera de las claves de la decisión del presente litigio es la calificación de la relación obligatoria existente entre Unión Fenosa y MKT SA para la prestación del servicio 'Teléfono eléctrico', en virtud de contrato de 10 de enero de 1990. Sobre este punto la Sala entiende que esta relación contractual no puede ser calificada, a la vista de los hechos probados de las sentencias comparadas, como una contrata de servicios. Se ha acreditado, como afirman ambas sentencias que, MKT SA es una empresa con actividad y organización propias. Pero también resulta de las resoluciones comparadas que, respecto del servicio de 'Teléfono eléctrico', tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro a Unión Fenosa de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa eléctrica contratante.

Así resulta sobre todo de los datos siguientes: 1) La existencia de un llamado 'proyecto Fénix', aprobado en el seno de Unión Fenosa en septiembre de 1988 (hecho probado 4 de la sentencia recurrida, y 5 de la de contraste), con arreglo al cual ya se habían definido y desarrollado las funciones del referido servicio; 2) La impartición por parte de la propia empresa eléctrica de cursillos de formación o aprendizaje de las funciones de televendedoras en el repetido 'teléfono eléctrico' (hecho probado 5 de la sentencia recurrida, y 9 de la de contraste); y 3) La ejecución del trabajo con los medios materiales y el instrumental informático (tanto



maquinaria como programas) de Unión Fenosa, y bajo el control del propio personal de ésta (hecho probado 5 de la sentencia recurrida, y 7, 8 y 9 de la de contraste).

La atribución a la empresa eléctrica de la responsabilidad exclusiva o principal en la organización del servicio de 'teléfono eléctrico' conduce necesariamente a la conclusión de que en el caso se ha producido una cesión de trabajadores, a la que es de aplicación la norma prohibitiva del art. 43 ET, vigente en el momento de los hechos sin la excepción de las empresas de trabajo temporal introducida en el art. 2 del Real Decreto-Ley 18/1993 de 3 de diciembre. Es cierto que Unión Fenosa pudo y puede proceder al encargo a una empresa contratista de éstas u actividades de su ciclo productivo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42 ET, y sobre la base del art. 38 de la Constitución. Pero no es menos verdad que la ejecución de servicios acordada con MKT SA, al no poner en juego la organización empresarial de esta última empresa, quedó convertida en una operación de cesión de trabajadores no permitida por el ordenamiento vigente. Lo que se realizó en el caso enjuiciado no fue, por tanto, una verdadera contrata sobre la propia actividad de la empresa comitente, sino una mera exteriorización aparente del empleo en el servicio de comunicación con la clientela.

No es posible en conclusión excluir a Unión Fenosa, que es parte material en el litigio entablado, al ser sujeto en la relación jurídica a que éste se refiere, de las consecuencias de los despidos disciplinarios enjuiciados. En este punto concreto de discrepancia entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste es aquélla la que lleva razón.

TERCERO.- La segunda cuestión clave para la resolución del presente recurso de unificación de doctrina es la de si en la legislación procesal actualmente vigente despidos como los acordados por MKT SA en las sentencias comparadas, coincidentes en la forma y contenido del escrito de notificación así como en la no apreciación de la causa alegada, deben ser calificados necesariamente como despidos improcedentes (lo que hace la sentencia de contraste), o pueden ser calificados como despidos nulos por fraude de ley (lo que hace la sentencia recurrida). Más radicalmente, el problema de interpretación que se plantea aquí es el de si esta calificación de despido nulo por fraude de ley, acogida por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo durante la vigencia del anterior Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (TS 14-10-85, 9-5-86, 2-6-86, 8-7-86, 28-10-87, 14-3-88, 23-11-88, 20-2-89, 21-3-89), tiene cabida en el ordenamiento laboral vigente, y en particular en el art. 108 del TA LPL, precepto regulador de las calificaciones judiciales del despido.

La inclinación a una respuesta negativa a dicha cuestión, apuntada ya en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 1991, ha quedado patente en la sentencia posterior de 3 de noviembre de 1993. Esta solución es la que vamos a adoptar también en la decisión del presente asunto, por las razones que se exponen seguidamente.

CUARTO.- La Base vigésimoprimera.tres de la Ley 7/1987 de 12 de abril, de bases de procedimiento laboral (LBPL), establece: "El juez calificará el despido de procedente, improcedente, o nulo", añadiendo a continuación el inciso "de conformidad con lo dispuesto en las leyes". Con el criterio hermeneútico de la interpretación histórica, esta referencia final al derecho legislado no debe ser entendida como un mandato redundante, sino como la expresión de la voluntad del Parlamento de que se colmaran las lagunas legales existentes en la materia, que habían dado motivo a la creación jurisprudencial de calificaciones de despido (señaladamente, despido nulo radical por lesión de derechos fundamentales, y despido por fraude de ley) no previstas en la legislación precedente.

El régimen de las calificaciones judiciales del despido contenido en el art. 108 TA LPL responde plenamente a la finalidad perseguida por la Base 21.3 de la LBPL. El legislador delegado mantiene la definición clásica del despido procedente ("cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación"), introduce nuevas figuras de despido nulo en una lista de cinco supuestos (entre ellos, el de despidos discriminatorios o con violación de derechos fundamentales), y reserva para los casos restantes la calificación de despido improcedente.

Tanto desde el punto de vista de la estructura lógica de la norma como desde el punto de vista de su contenido material, este cuadro de calificaciones cumple el propósito de cobertura de lagunas legales manifestado en la LBPL. En cuanto a lo primero, porque en la definición legal de despido improcedente se integran todos los supuestos no comprendidos en las otras dos calificaciones. Y en cuanto a lo segundo, porque en la lista de supuestos de despido nulo enunciada en el art. 108.2 TA LPL tienen cabida las conductas empresariales de extinción de la relación de trabajo merecedoras de una reacción del ordenamiento especialmente rigurosa, por atentar contra las bases de la convivencia ciudadana establecidas en la Constitución.

Hay que concluir, en suma, que el legislador no ha querido conservar la figura de cuño jurisprudencial del despido nulo por fraude de ley, sin que pueda achacarse a olvido la ausencia de la misma en la enumeración del art. 108 TA LPL, habida cuenta que este precepto sí recoge en cambio la figura también de creación jurisprudencial del despido por causas discriminatorias o con violación de los derechos fundamentales.



QUINTO.- De las consideraciones anteriores se desprende que, en el estado actual del ordenamiento, la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado TR LPL. No puede compartirse por tanto la posición de la sentencia recurrida, que presupone implícitamente la existencia en el vigente TA LPL de una laguna o 'insuficiencia legal' en las calificaciones judiciales del despido. El propósito de la LBPL, llevado a cabo en la TA LPL, ha sido precisamente establecer una normativa legal cerrada en esta materia, que por una parte tiene en cuenta el cambio habido en las bases del ordenamiento por la aprobación de la Constitución, y por otra parte atiende al principio de seguridad jurídica, cuyos requerimientos son particularmente exigentes, tanto desde la perspectiva de los intereses de los empresarios como desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, en el régimen jurídico del despido.

Tampoco es posible, con toda evidencia, transformar la calificación de despido nulo por fraude de ley acogida en la sentencia impugnada por la de despido discriminatorio, ya que no existe referencia alguna en los hechos declarados probados que permita sustentar tal calificación; sin que pueda justificarla tampoco la mera finalidad preventiva de una hipotética conducta discriminatoria en la opción empresarial entre readmisión o indemnización.

Las consideraciones anteriores conducen a la estimación del recurso de MKT SA en el punto en que afirma que la calificación correcta de los despidos en litigio era la de improcedentes y no nulos.

SEXTO.- El tramo final de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina es, en cumplimiento del art. 225.2 TA LPL, la resolución del debate de suplicación en términos ajustados a la unidad de doctrina. Tal resolución comprende en el caso la declaración de improcedencia de los despidos acordados; y la condena conjunta a Unión Fenosa y a MKT SA a la readmisión o al abono de las indemnizaciones de despido improcedente (cuyos factores de cálculo no se han discutido en suplicación), y de los salarios de tramitación, en los términos del art. 56 ET. La opción entre una y otra condena debe corresponder en caso de discrepancia a Unión Fenosa, que ha sido en el caso enjuiciado aquí el único empleador efectivo de las trabajadoras demandantes.

FALLAMOS

Estimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por UNION ELECTRICA FENOSA S.A. y M.K.T. AGENCIA MARKETING TELEFONICO, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29 de junio de 1992, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de julio de 1991 por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en autos seguidos a instancia de DOÑA Virginia , DOÑA Aurora y DOÑA Flor , contra dichos recurrentes, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate planteado en suplicación, revocamos la sentencia de instancia, declaramos improcedentes los despidos de las actoras, y condenamos conjuntamente a Unión Fenosa y a MKT SA a la readmisión de las trabajadoras despedidas o al abono de las indemnizaciones de despido improcedente correspondientes, además de los salarios de tramitación en los términos del art. 56 ET, con opción preferente a Unión Fenosa en caso de discrepancia entre las condenadas a elegir entre la readmisión y el abono de las indemnizaciones. Devuélvase a las partes recurrentes los depósitos consignados para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.