

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

LA IMPOSIBILIDAD DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INEXISTENTE

Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 16 de Madrid, de 17 julio de 2014 (nº. sentencia 303/2014) y a la STSJ de Madrid de 20 de abril de 2015 (nº. sentencia 311/2015).

Caso Bárcenas

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Acreditada a Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Resumen

En los últimos tiempos, la jurisdicción social se ha visto obligada a pronunciarse sobre un caso de gran difusión social, y lo ha hecho dictando dos sentencias sucesivas (una en instancia y otra, en fase de recurso) que han tenido tanta repercusión práctica, que merecen ser objeto de comentario. Se trata de Los fallos que resuelven la reclamación por despido que efectúa el antiguo gerente y tesorero del Partido Popular frente a la que fue su empleadora durante más de veinte años, después de que, una vez que los medios de comunicación empezaron a difundir presuntas irregularidades en su gestión, el partido decidiese prescindir de sus servicios.

Palabras clave: *Despido, sentencia, Bárcenas, contrato nulo, simulación.*

Abstract

Since the beginning of this century, European Community lawmakers, aware of the risks associated with food consumption, have been increasingly tightening the rules under public law aimed at offering consumers preventive protection to ensure the health and safety of food products. The question that the interpreter poses, then, is that of ascertaining whether, and to what degree, a connection exists between public law concerning food safety - aimed at offering consumers preventive protection against damage to human health - and the provisions governing private torts law.

Keywords: *Redundancy, judgment, Barcenas, no contract, simulation.*

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES Y HECHOS PROBADOS. II. LAS DIFERENTES JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS. 1. La postura del trabajador. 2. La argumentación de la empresa. III. EL CURIOSO CONTENIDO DEL FALLO. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA SIMULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL. V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES Y HECHOS PROBADOS

El pasado 17 julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº. 16 de Madrid¹, dictaba sentencia en relación a un caso de despido de enorme difusión social: el denominado “caso Bárcenas”. Lo llamativo del asunto es que el Juez de instancia, a la hora de dictar el fallo que resuelve la demanda de despido presentada contra el Partido Popular por quien fuera su gerente y tesorero, utiliza, un criterio poco frecuente (y además, diferente al esgrimido por cualquiera las dos partes implicadas para sustentar sus respectivas posturas).

En concreto, para negar la existencia de “despido” se apoya en la figura de la simulación, en virtud de la cuál considera que la relación laboral a la que se está haciendo referencia, en realidad, nunca existió. Por la trascendencia económica que esta calificación generaba para ambas partes (una, que ve desaparecer sus expectativas de obtener una elevada indemnización en concepto de despido improcedente, y otra, a la que se le ha imputado un grave incumplimiento laboral y se enfrenta por ello a una sanción administrativa de importante cuantía), ya desde un primer momento se podía intuir que el fallo iba a ser objeto de recurso.

Pues bien, el TSJ de Madrid, después de entrar de nuevo a valorar la adecuación a derecho de los argumentos utilizados en la sentencia del Juzgado, opta por confirmar la decisión inicial (en su sentencia de 20 de abril de 2015²), reiterando que no puede extinguirse algo que nunca ha existido, y por lo tanto, no puede finalizarse a raíz de un despido (sea éste procedente, improcedente o nulo) una relación laboral meramente simulada. Se tratan éstas de unas sentencias dignas de análisis, no sólo por el interés social que despiertan sino por el criterio jurídico utilizado para sustentar su fallo, que sin duda, será a partir de ahora muy utilizada en la práctica del derecho por los actores

¹ Nº. sentencia 303/2014.

² Nº. sentencia 311/2015.

sociales con el fin de argumentar y contra-argumentar otras situaciones complejas. Los hechos considerados probados son los siguientes:

- Bárcenas, de forma ininterrumpida, había mantenido una relación laboral con el Partido Popular desde el año 1989. El objeto de su contrato era desempeñar funciones como asesor, ocupando la categoría profesional de “licenciado”. Anteriormente, entre 1982 y 1986 también había desarrollado una prestación laboral de servicios para el grupo Alianza Popular que terminó por despido expresamente reconocido como “improcedente” por la propia empleadora, siendo de nuevo contratado este mismo trabajador, en 1989, tras agotar su prestación por desempleo, por el entonces denominado ya Partido Popular.

- En el año 2004, esta relación se suspendió por excedencia forzosa, al haber sido designado éste Senador. Se trata ésta de una situación de excedencia por elección de cargo público, expresamente calificada como “forzosa” en la legislación laboral (art. 46.1 ET). En el momento de acordar la suspensión del contrato, Bárcenas ocupaba el cargo de Tesorero del partido.

- Entre los citados años 1989 y 2004, Bárcenas había ocupado dentro del partido, los cargos, primero de Gerente y después, de Tesorero del Partido Popular, otorgándole plenos poderes para realizar dichas funciones las personas competentes para ello en representación del partido, mediante escritura pública. De esta forma, lo que nació siendo una relación laboral común con el partido, a lo largo de los años, revistió, de forma circunstancial, la condición de relación laboral de alta dirección.

- En el año 2010, finaliza el cargo de senador del Sr. Bárcenas, momento en el cual, el Partido Popular tramita de nuevo su alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena. Ahora bien, coincidiendo con esto, también se formaliza la revocación de los poderes de Tesorero del partido (que Bárcenas hasta ese momento mantenía, junto con su relación laboral, en suspenso).

- En enero de 2013, coincidiendo con la imputación de Bárcenas por presuntas irregularidades fiscales, acaecida poco tiempo antes, el Partido Popular tramita la baja del citado sujeto en el RGSS.

Es precisamente llegados a este punto, cuando surgen los problemas de interpretación: ¿qué calificación jurídica tiene tal decisión empresarial? ¿Debe considerarse demostrativa de un despido tácito o de una resolución contractual operada de mutuo acuerdo entre las partes del contrato? Pero para poder contestar a esta

pregunta, resulta imprescindible resolver antes otra, cuya respuesta va a ser imprescindible en la resolución del caso ¿qué pasó entre abril de 2010 y enero de 2013? ¿Qué tipo de relación mantenían Bárcenas y el Partido Popular en este periodo de tiempo? Y es que la conclusión a la que se llegue al respecto, sin duda va a determinar el sentido del fallo.

Como es sabido, al finalizar toda situación de excedencia, las reglas de la buena fe obligan a los trabajadores a solicitar, con una antelación razonable, su reincorporación a la empresa una vez haya expirado la causa que justificaba la suspensión del contrato. Al tratarse de una excedencia forzosa, la legislación laboral otorga derecho al trabajador a reincorporarse exactamente al mismo puesto de trabajo que tenía antes de ocupar el cargo público. De no realizarse este trámite se entiende que el trabajador desiste en su derecho, actuando esta dejadez como una forma particular de *desistimiento* tácito de la relación jurídica que hasta ese momento mantenía con su empresa, y que hasta ese momento se encontraba en suspenso.

Aunque durante un tiempo el Sr. Bárcenas tuviese asignadas funciones de especial responsabilidad que lo convirtieran en un alto cargo del partido, al tratarse éstos de puestos de confianza, la persona que los ostenta puede cambiar a lo largo del tiempo. En ese caso, al desaparecer este plus de responsabilidad, desaparece también la naturaleza especial de la relación laboral que desempeñaba, permaneciendo en cambio el carácter de relación laboral común con que en un primer momento se concertó la relación jurídica: no se puede olvidar el objeto de esta prestación laboral era la de prestar funciones como “asesor” del partido, como “licenciado” en Derecho.

Ahora bien, al finalizar la causa que daba lugar a la excedencia, ¿verdaderamente se solicitó la reincorporación al puesto de trabajo? A pesar de que el Sr. Bárcenas presenta copia del escrito que, según sostiene, en su momento utilizó para solicitar al Partido Popular formalmente su reincorporación, al tratarse de un documento privado, sin registro de entrada, se considera insuficiente para probar que verdaderamente existió una solicitud formal de reincorporación, pues atendiendo a la prueba presentada, no existe forma alguna de probar que verdaderamente dicho documento fue recibido por la empresa. Pese a estas reflexiones, se considera probado que desde abril de 2010 a enero de 2013, el Sr. Bárcenas continuó percibiendo retribución a cargo del Partido Popular (retribución nada desdeñable por cierto, pues superaba los 21.000 euros mensuales), teniendo a su disposición coche de empresa y chofer, ordenadores, cuenta de correo electrónico y varias secretarías personales.

Ambas partes reconocen que Bárcenas no acudía al lugar de trabajo diariamente, hasta el punto de que se permite que, incluso, el personal de apoyo que el partido Popular pone a su servicio de desplacen hasta su residencia privada para realizar allí sus funciones. De la misma forma, se aportan pruebas demostrativas de que, con frecuencia, el demandante utiliza el material informático y la cuenta de correo corporativa asignada por la empresa para fines personales.

Así pues, aunque no consta que se solicitara formalmente la reincorporación tras la finalización de la causa que daba lugar a la excedencia forzosa, si queda en cambio plenamente acreditado que desde la fecha en la que cesó en el cargo de senador (abril de 2010) hasta enero de 2013, volvía a recibir retribución a cargo del Partido y a estar de nuevo en alta en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena. Ahora bien ¿cómo se explica esta situación?

II. LAS DIFERENTES JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS

Existen dos versiones que pretenden justificar estos hechos, totalmente distintas entre sí, alegadas respectivamente por las dos partes enfrentadas en el proceso:

1. La postura del trabajador

- Por una parte, el Sr. Bárcenas considera que el hecho de recibir una retribución periódica y de haberse tramitado el alta en la Seguridad Social, circunstancias que se mantuvieron prácticamente durante los tres años siguientes al cese en el cargo de senador, son datos claramente indicativos de que la empresa en cuestión, había aceptado su solicitud de reincorporación, presentada en tiempo y forma.

- En virtud de este argumento, entre abril de 2010 y enero de 2013, Bárcenas sostiene que reactivó la relación laboral que hasta ese momento mantenía en suspenso con el Partido Popular (relación laboral en este caso común, al ser desprendido de los poderes que en otro momento tuvo conferidos como Gerente y Tesorero), lo que conllevó también la reanudación de las obligaciones principales de ambas partes: realizar una prestación laboral de servicios y abonar la retribución al trabajador. Confirmaría esta posición el hecho de que también se reactivó su alta en el RGSS, motivo que justificará las cotizaciones ingresadas a su nombre por el partido durante el citado periodo de tiempo.

Bárcenas sostiene que el despido se produjo de forma tácita al causar la empresa su baja en la Seguridad Social, sin entregar carta de despido ni expresar la causa que

motiva esta decisión, y por eso, reclama indemnización por despido improcedente, desde la fecha en que comenzó a prestar servicios en la citada empresa.

Para calcular la antigüedad en la empresa (pues es ésta el parámetro de referencia que utiliza la legislación laboral a la hora de fijar la forma de cálculo de la indemnización por despido) se ha de entender a la vida de la relación laboral sin interrupciones. Este es el motivo que lleva a determinar la fecha de comienzo de la relación laboral de Bárcenas con el Partido Popular en 1989, y no en 1982, como inicialmente se pretendía, ya que la relación laboral iniciada en tal momento, terminó en 1986, por despido con el grupo entonces denominado Alianza Popular, y por tanto, estos años de prestación de servicio no se han de tener en cuenta a la hora de calcular el importe de una hipotética indemnización por despido, si esto fuese necesario.

A estos efectos, resulta interesante contestar a la siguiente pregunta ¿cómo influye la situación de excedencia en el cálculo de la indemnización por despido de un trabajador? ¿Este periodo de interrupción en la prestación de servicios es relevante a la hora de concretar la antigüedad en virtud de la cual se calcula la indemnización por despido?

Sobre esta cuestión, es importante tener en cuenta las diferencias que la propia legislación laboral establece entre las situaciones de excedencia calificadas como “forzosas” y las “voluntarias” (art 46 ET). Y es que mientras las primeras otorgan al trabajador un verdadero derecho a la reincorporación al puesto de trabajo que hasta ese momento ocupaban cuando finalice la causa que ha dado lugar a la suspensión del contrato, la excedencia voluntaria concede tan sólo a su titular un derecho preferente al reingreso en las posibles vacantes de puestos de trabajo de igual o similar categoría, que en el futuro se puedan producir en su empresa.

En otras palabras, el excedente forzoso mantiene vivo (aunque éste se encuentre temporalmente en suspenso) el vínculo laboral que mantenía con su empresa, situación que le hace todavía titular de derechos y obligaciones laborales. Por lo tanto, como cualquier otro trabajador de la empresa, éste todavía queda sujeto al deber de buena fe contractual, al de no ejercer competencia desleal y también será receptor de ciertos derechos laborales, como el de asistir a los cursos de formación organizados por la empresa, y lo que es más importante, también se beneficia del reconocimiento de la antigüedad en su puesto de trabajo durante los años de excedencia. Y es precisamente esta previsión la que en realidad está contestando a la pregunta inicial, pues en virtud de ella se puede deducir que, también el periodo de excedencia computa a efectos de

calcular la indemnización por despido, pues el propio legislador reconoce que generará antigüedad a todos los efectos (incluido, por supuesto, éste que nos ocupa).

Dado que la relación laboral sigue viva en todo momento, extinguir el vínculo laboral de una persona en situación de excedencia forzosa, genera las mismas consecuencias para la empresa que extinguir el contrato de trabajo de un sujeto en activo (deber de comunicación formal de la cusa de despido, y deber indemnizatorio, en su caso, atendiendo a las circunstancias concretas que justifican la extinción del contrato).

De esta manera, el despido de un trabajador que se encuentre en situación de excedencia *forzosa* generará las mismas consecuencias (tanto si hubiese ocurrido sin llegar la empresa a reconocerle el derecho a la reincorporación que le concede la legislación laboral, como si se hubiera producido una vez reincorporado). Como se puede apreciar, se trata de unas diferencias sustanciales respecto a la situación de excedencia *voluntaria*, en la que el trabajador excedente sólo conserva una expectativa de derecho, que no implica deber de contratación, se puede frustrar, por ejemplo, al decidir la empresa amortizar puestos de trabajo conforme se vayan produciendo vacantes en la misma, o incluso, al desaparecer la empresa durante el periodo de excedencia, sin generar por ello indemnización alguna a favor del trabajador. Incluso, imaginando la situación en la que un excedente voluntario de reincorpore a la empresa haciendo uso de su preferencia en el reingreso a la hora de cubrir una vacante, y tiempo después se extinga su contrato por despido, el tiempo transcurrido en situación de excedencia no computará en el cálculo de la indemnización correspondiente, pues en la legislación laboral no se le reconoce que genere antigüedad durante tal situación.

Una vez, resuelto este tema, queda por determinar, en defecto de acuerdo expreso entre los contratantes ¿cuál es la cuantía máxima que un trabajador podría recibir en concepto de indemnización por despido?

En este sentido, resulta oportuno llamar la atención sobre el hecho de que la legislación laboral no fija una cuantía máxima de indemnización, valorada en términos económicos, sino tan sólo unas indicaciones de cálculo, realizadas tomando en consideración el salario diario y anual del trabajador y los años de servicios en la empresa, que serán los que en definitiva, permitan calcular en cada caso concreto, cuál es la cuantía a la que asciende la indemnización legal por despido. De esta manera, cuando mayor sea la retribución del trabajador despedido, más alta será también en consecuencia la indemnización que la empresa deberá abonar al despedirlo.

Al mismo tiempo es importante resaltar que los topes en la cuantía de la indemnización existe únicamente respecto a la *indemnización legal* por despido o por resolución del contrato (por causas económicas, por despido improcedente, expiración de un contrato temporal, extinción a voluntad del trabajador basada en incumplimientos empresariales, etc.), pues los contratantes tienen plena libertad para pactar, si así lo estiman conveniente, una indemnización superior a la fijada por la ley.

La única diferencia en este sentido estribaría en el hecho de que mientras la indemnización legal estaría excluida de la base imponible del sujeto a efectos del IRPF, sí se habrían de computar en ella las cantidades percibidas superiores a ésta (sobre las rentas exentas en el IRPF véase art. 7 de la Ley reguladora de este impuesto).

2. La argumentación de la empresa

Por el contrario, la empresa sostiene que se produjo una situación totalmente diferente: estima que en abril de 2010, al cesar en sus funciones de senador, también se produjo una resolución del contrato por mutuo acuerdo entre la dirección del partido y el Sr. Bárcenas. Pacto que se realizó de manera verbal y no consta por escrito. En el momento del acuerdo de extinción del contrato, ambas partes, haciendo uso de la libertad contractual que les reconoce el ordenamiento civil, acuerdan también abonar al trabajador una indemnización muy elevada, pero en lugar de hacerlo en un pago único, optan por un pago fraccionado en cuotas mensuales (forma de pago denominada por la parte empresarial “pago en diferido”). En concreto, la empresa sostiene haber abonado en pagos periódicos la cantidad bruta total de 719.502,99 euros en concepto de indemnización fraccionada por resolución del contrato (adviértase que se trata ésta de una cantidad infinitamente superior a la que le hubiera correspondido de haberse declarado improcedente el despido, puesto que, según consta probado, la retribución anual del Bárcenas era de 255.600,96 euros al año). De este modo, al haberse producido ya la extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo, no puede extinguirse después también por despido.

La propia empresa reconoce que se trata ésta de una situación atípica y para “evitar problemas”, decidió seguir ingresando las cotizaciones a la Seguridad Social por las cantidades mensualmente recibidas por Bárcenas, así como haciendo frente a las mismas obligaciones de retención fiscal que le corresponden a toda empresa, como si de una retribución salarial se tratara. A la hora de valorar la oportunidad de la postura

defendida por la empresa, se hace necesario realizar en primer lugar la siguiente reflexión: en caso de despido ¿nuestra legislación laboral admitiría una indemnización “en diferido”?

No se puede negar que este argumento sufre ciertos defectos importantes pues, aunque la legislación laboral establezca que en principio, la indemnización se pondrá a disposición del trabajador en el momento de perfeccionarse la extinción contractual, haciendo uso de la libertad contractual que reconoce el art. 1255 C.C. nada impide que ambas partes (muchas veces por falta de liquidez) decidan voluntariamente abonar de forma fraccionada la indemnización por despido. De la misma forma, nada impide ofrecer una compensación económica para fomentar la resolución del contrato por mutuo acuerdo, ni hay ninguna regla que establezca imperativamente que dicha indemnización se haya de abonar en un único pago.

Ahora bien, pese a ello, no se puede negar que no parece del todo razonable, no sólo acordar un fraccionamiento mensual de prácticamente tres años, sino también mantener las obligaciones de cotización a la Seguridad Social que únicamente llevan aparejadas las obligaciones laborales. Y es que, como es sabido, incluso tras el reciente endurecimiento que han experimentado las obligaciones de cotización a la Seguridad Social, las cuantías percibidas en concepto de indemnización derivada de la resolución del contrato, no cotizan a la Seguridad Social (cfr. redacción actual del art.109 LGSS).

En cambio, si verdaderamente se trataba de una indemnización voluntariamente pactada para instar un desistimiento por mutuo acuerdo, hay que tener en cuenta que esta indemnización sí quedaría sujeta a tributación, pues sólo se excluirían de ésta, las cantidades que se ajusten a la cuantía de las indemnizaciones por despido reconocidas en la legislación laboral, y el Estatuto de los Trabajadores no contempla ningún tipo de compensación económica por las extinciones de mutuo acuerdo, por lo que la empresa en este sentido, sí actuó correctamente realizando las oportunas retenciones fiscales.

III. EL CURIOSO CONTENIDO DEL FALLO

De forma llamativa, el Juzgador no confirma ni la postura del despido improcedente, defendida por el trabajador, ni la de la existencia de una indemnización por despido abonada “en diferido”, que en todo momento mantenía la empresa, sino que se decanta por mantener un argumento totalmente diferente e imprevisible.

Así, tanto el Juzgado de lo Social en un primer momento, como posteriormente el TSJ en fase de recurso, entienden que en realidad nunca se produjo una verdadera reincorporación al Partido Popular después de finalizar el mandato como senador, sino que en realidad, la relación laboral inicial se extinguió por desistimiento del trabajador, aunque se inició entonces *una nueva relación laboral*, en la que el sujeto en cuestión ya no ostentaba los cargos de confianza que tuvo en el pasado. Y es que al no considerarse suficientemente probado que se solicitase la reincorporación en la empresa en tiempo y forma adecuada, entiende el juzgador que el trabajador decae su derecho, considerándose este comportamiento demostrativo de una renuncia tácita.

Ahora bien, a la vista de que, de esta nueva relación laboral no surgen obligaciones laborales para el trabajador -pues no consta, a juicio del juzgador, suficientemente acreditado que realizara actividad productiva de ninguna clase-, considera que, por connivencia de ambas partes, se ha dado lugar a un fenómeno de simulación absoluta, fingiendo, con intención de beneficiar al sujeto que aparece formalmente como trabajador por cuenta ajena, una relación laboral que verdaderamente no existe. Y es que si el consentimiento, el objeto y la causa son los elementos esenciales que determinan la validez de todo contrato (según indica el art. 1.258 C.C., incluyendo por supuesto, del contrato de trabajo) al faltar uno de ellos (en este caso, la causa) debe reconocerse que el contrato de trabajo nunca existió, puesto que nunca se perfeccionó válidamente.

En virtud de esta argumentación, se estima que la relación contractual que aparentemente mantenía Bárcenas con el Partido Popular entre 2010 y 2013 era resultado de un contrato de trabajo nulo de pleno derecho, y por tanto, al no haberse concertado nunca un contrato de trabajo válido, la resolución de esta mera apariencia contractual, no genera derecho del trabajador a percibir indemnización de ninguna clase derivada de la finalización de sus servicios (art. 9.2 ET). Adviértase que, como ocurre en la situación comentada, se trata de una consideración que puede realizar el juzgador aunque ninguna parte lo alegue. Y es que la simulación no es más que un atipo especial de fraude de ley (art. 6.4 C.C.), y como tal, en el momento en que se estime que concurren indicios suficientes para probarlo, se debe apreciar de oficio. Es muy importante tener en cuenta que, para llegar a esta conclusión, resulta imprescindible considerar que el sujeto en cuestión ha iniciado una nueva relación laboral con la entidad empleadora, considerando que, la antigua se extingue por desistimiento tácito.

En cambio, si a la vista de que el Partido Popular, en abril de 2010, expirado ya el cargo de senador, solicitó de nuevo el alta del Sr. Bárcenas en la Seguridad Social, este comportamiento se hubiera considerando –apreciación que, por otra parte, sería quizá más razonable- un hecho indiciario claramente demostrativo de que en realidad, se había aceptado la reincorporación (aunque la solicitud del trabajador no se hubiese registrado formalmente en las instalaciones de la empresa), las consecuencias hubiesen sido totalmente diferentes. Y es que, apreciar la nulidad de un contrato de trabajo por inexistencia de uno de sus elementos constitutivos implica, por propia naturaleza, considerar que desde su comienzo, la relación laboral nunca existió. En cambio, en esta ocasión, no se discute la validez de la relación laboral en sus inicios –esto es, antes de nombramiento como senador y el subsiguiente paso a la situación de excedencia-.

De esta forma, de haber considerado el juzgador que la reincorporación después del periodo de excedencia verdaderamente se produjo, estaría reconociendo también la existencia de una relación laboral única, y por lo tanto, el criterio de la nulidad no serviría para denegar tan sólo la validez del último periodo temporal de adscripción al partido, pues en este caso, la mera falta de atribución de funciones hubiese sido demostrativa únicamente del incumplimiento del deber empresarial de ocupación efectiva (art. 30 ET) pero no de un fenómeno de nulidad sobrevenida del contrato. Y es por ese motivo por el que se alega el curioso argumento de la extinción de la primera relación laboral por desistimiento tácito, y la suscripción de un nuevo vínculo laboral (esta vez simulado) entre los mismos contratantes.

Ahora bien, esta consideración obliga necesariamente a realizar la siguiente reflexión ¿dónde se encuentra la diferencia entre falta de ocupación efectiva y simulación de una relación laboral? Y no sólo eso, ¿realmente puede afirmarse sin reservas que, durante el periodo comprendido entre abril de 2010 y enero de 2013, el trabajador careciese totalmente de cometidos laborales? Dado que no se trata de un hecho comúnmente aceptado por los litigantes, se trata de un hecho considerado probado en vía procesal a la luz de los diferentes datos indiciarios aportados. Pero, realmente los datos presentes en el caso conducía inexorablemente a admitir que Bárcenas no desempeñó actividad de ninguna clase en interés del Partido entre los años citados? Si es así, que función tenía la asignación no ya de una contraprestación salarial, sino de despacho, material informático, secretarías, etc.? Y más aún ¿por qué se admitía que el personal de apoyo administrativo se desplazara al domicilio del citado trabajador

si la propia entidad empresarial era consciente de la total y absoluta carencia de cometido laboral?

En otras palabras, de los datos del caso, el juzgador entiende que se desprende un particular fenómeno de simulación absoluta en el ámbito laboral, sin entrar, ni siquiera a valorar a compleja concreción que en muchos casos experimentan las difusas tareas de asesoramiento. Y es que, la mera inasistencia al lugar de trabajo durante determinados días ¿impide prestar funciones de asesoramiento? ¿Todas estas funciones han de desempeñarse necesariamente en las instalaciones de la empresa? ¿Qué ocurre con la flexibilidad inherente a cierto tipo de prestaciones laborales de servicios, sobre todo de naturaleza intelectual?

Fundamentar la carencia absoluta de cometido laboral sobre un haz indiciario basado en factores de tiempo y lugar de trabajo, puede conducir a error en la calificación de la relación jurídica, pues implica realizar una apreciación tomando como punto de referencia un modelo que queda hoy en día totalmente alejado del perfil normal de las prestaciones laborales de servicios del siglo XXI. No se puede olvidar que ante las prestaciones de servicios de naturaleza inmaterial, deben buscarse nuevos indicios demostrativos de la existencia de las notas de dependencia y amenidad, pues el haz tradicional de indicios, construido sobre el modelo de producción fondista, queda ya relegado a un plano meramente orientativo. De esta manera, es perfectamente imaginable, dar lugar a una relación jurídico-laboral en la que el objeto de la prestación laboral sea únicamente estar a disposición de la empresa, para prestar funciones de asesoramiento técnico especializado, *cuando sea requerido para ello*, sin necesidad de justificar por ello tareas diarias, semanales o mensuales.

Pero existe otra objeción: ¿también desvirtúa la pretendida existencia de una relación laboral el hecho de que el material aportado por la empresa se utilizase en ocasiones para fines personales? ¿No es ya comúnmente admitida, una generalizada tolerancia del uso personal del material de la empresa?

En resumen, siendo críticos con el contenido de la sentencia puede decirse que en la argumentación que sustenta el fallo se echa en falta también una labor de comparación entre las funciones que el trabajador desarrollaba antes de solicitar la excedencia por elección de cargo público, y las funciones que pasó a desarrollar después de su pretendida reincorporación. Y es que para poder considerar suficientemente probada la carencia total y absoluta de cometido laboral que implica el reconocimiento de un fenómeno de simulación absoluta, necesariamente se deberían haber tenido en

cuenta cuáles eran las funciones concretas que el mismo trabajador, actuando también como asesor, había desarrollado para la misma empresa, en un momento en el que nunca se discutió que efectivamente mantenía una relación laboral. Pues, excluyendo las tareas propias de su condición de Gerente o Tesorero, durante el tiempo que ocupó dichos puestos de confianza, ¿Bárceñas realmente había desempeñado alguna vez las funciones de asesoramiento como Licenciado para las que inicialmente fue contratado?

Habida cuenta de la flexibilidad inherente a determinado tipo de profesiones como la expuesta, posiblemente sólo se puede negar radicalmente la existencia de una prestación laboral de servicios comparando las funciones desempeñadas con el cometido inicialmente asignado en el momento de suscribir en un primer momento la relación laboral. Y es que puede ocurrir, como de hecho ocurre en muchas funciones de asesoramiento, que no se asigne un cometido constante a los trabajadores así contratados, sino que se reclamen sus servicios sólo ante determinadas controversias, por lo que negar radicalmente su cometido laboral, parece, en principio, una decisión precipitada.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA SIMULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL

La simulación desde un punto de vista jurídico, consiste bien en fingir un negocio distinto el verdaderamente celebrado, bien en crear la apariencia de que existe una relación jurídica que en realidad nunca existió. El art. 1276 C.C. ofrece un tratamiento jurídico distinto según se haya dado lugar a un fenómeno de simulación absoluta o de simulación relativa. Y esta diferencia de efectos también se aplica sobre los fenómenos de simulación laboral.

La *simulación relativa* es la más frecuente en el ámbito laboral. Y es que en la práctica, en gran número de ocasiones se intenta hacer pasar desapercibida una relación laboral, encubriéndola bajo una cobertura jurídica que no le pertenece³. Las partes se valen de la similitud que existe entre la forma en que finalmente se materializan las obligaciones nacidas de vínculos contractuales de diversa naturaleza jurídica,

³ Son muy variadas las modalidades de fraude a través de las que se pretende dar lugar a un fenómeno de <<huida ilegítima del Derecho del Trabajo>> encubriendo bajo una cobertura formal falsa la relación que verdaderamente cumple todos los presupuestos constitutivos del contrato de trabajo. Lo más frecuente es que se utilicen formas contractuales de naturaleza no laboral que en la materialización de sus respectivas obligaciones puedan guardar alguna similitud con la ejecución de una prestación laboral de servicios: el arrendamiento civil de obra o de servicios, ciertas formas asociativas en las que media u socio industrial, las falsas becas e incluso las aparentes colaboraciones voluntarias que verdaderamente encubren una finalidad cambiaria.

precisamente para conseguir crear una apariencia que en realidad no existe⁴, dando lugar así a particulares formas de precariedad laboral, en las que un sujeto, pese a desempeñar realmente una prestación laboral de servicios, queda fuera de la esfera protectora del Derecho del Trabajo, pues se encubre, bajo una apariencia jurídica distinta (normalmente bajo la forma del arrendamiento civil de servicios), la verdadera naturaleza laboral del vínculo iniciado entre los contratantes.

En estos casos, la causa verdadera que motivó la contratación es la que ha de prevalecer y no la causa aparente que manifiestan las partes, pues la simulación en realidad no es más que una concreta aplicación del fraude de ley⁵. El resultado será entonces la aplicación de la norma que trataba de eludir, en este caso, la plena aplicación de la legislación laboral con todas las consecuencias que ello implica, por ejemplo en lo que a la cobertura por el RGSS se refiere⁶.

Pero excepcionalmente también se presentan en el ámbito laboral ejemplos de *simulación absoluta*, aunque en el sentido contrario: se finge haber concertado una relación laboral cuando en realidad no ha existido ninguna clase de relación jurídica entre las partes; incluso cuando ni siquiera existe una actividad productiva⁷, casos en los

⁴ Lo normal es que gracias a esta falsa apariencia de relación laboral intentan beneficiarse de la cobertura especialmente protectora del RGSS que les correspondería a los verdaderos trabajadores dependientes. Esto es lo que ocurre en el caso que resuelve al STS (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/7497). El tribunal estima entonces que el mero dato del alta en el RGSS es <<un dato puramente formal, que no resulta decisivo para la calificación de la relación>>.

⁵ En realidad, el art. 1276 C.C. al regular las consecuencias de la expresión de causa falsa, repite para la simulación las consecuencias que ya preestableció el art. 6.4 C.C.

⁶ Esta solución normativa no viene más que a consagrar las reglas normales de la lógica: reconoce plenos efectos al modelo contractual surgido entre las partes independientemente de la cobertura formal que se le haya dado. Y tal reconocimiento se realiza *ex tunc*: desde el momento de su misma configuración, precisamente por el juego habitual de la concurrencia de los elementos sustanciales del contrato: consentimiento, objeto y causa (1261 C.C.). Los tres elementos inicialmente constituyeron una modalidad contractual distinta a la que se podía intuir de la formalización que de ella hicieron las partes y por ese motivo es la que debe imperar.

⁷ Así lo reconoce la Sentencia del TS de 19 de diciembre (RJ 1989/9251) que discute la existencia de una relación laboral simultánea y compatible a la condición de cierto sujeto de socio y administrador de una determinada sociedad anónima. En el caso de existir esta relación laboral simultánea y compatible con las demás relaciones existentes entre el sujeto en cuestión y la misma persona jurídica, tal condición de parte en un contrato laboral justificaría su alta lícita en el RGSS. En este caso, el TS argumenta de forma muy clara que: "(...) la invocada alta en la Seguridad Social, que por sí misma no evidencia la preexistencia de una relación laboral, que sólo se acredita por medio de la prueba de la efectiva realización de trabajos por cuenta ajena que realmente no se practicó". También declaran la falsedad de la relación laboral, entre otras muchas, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 17 de noviembre (AS 1993/4898), la STSJ de Navarra (Sala de lo Social) de 6 de octubre (AS 1997/3620), la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 27 de abril (AS 2004/3303) y más recientemente la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 27 de mayo (AS 2005/1514) y la STSJ de Cataluña, de 17 de mayo (AS 2005/1856).

que, al no existir causa contractual, el contrato será nulo al faltar uno de sus presupuestos esenciales de validez (1261 C.C.)⁸.

Con esta simulación absoluta se pretende beneficiar al sujeto que, formalmente va a aparecer como trabajador por cuenta ajena, a pesar de que éste no realiza actividad laboral de ninguna clase. La principal consecuencia de esta forma de simulación es que vacía de recursos la Seguridad Social para satisfacer fines que no le son propios y beneficiar a sujetos que no reúnen el perfil de contratantes débiles que justifica el nacimiento del Derecho del Trabajo y la protección del Régimen General de la Seguridad Social.

Fingiendo una relación laboral se intenta encubrir lo que en realidad es un mero compromiso de cotización, sin sustrato fáctico ni justificación ninguna, realizado con el fin de beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social. En la práctica, cuando se finge una laboralidad que no existe, el sujeto protegido suele mantener una estrecha vinculación con la empresa que tiene que participar en el fraude (normalmente porque el fraude se ha producido en el seno de una empresa familiar, o se ha fingido que existe trabajo agrario o servicio doméstico entre personas que mantienen entre sí una estrecha vinculación personal).

En este tipo de supuestos, junto a la falsa denominación de las partes acerca de la naturaleza de la relación que ha nacido entre ellas, también se cumplirán rigurosamente otras obligaciones derivadas directamente de la calificación laboral, como son la cotización al RGSS y la retención por parte del supuesto empresario de la parte proporcional de la retribución salarial por IRPF, que actuarán como falsos indicios de laboralidad, enmascarando la realidad. La finalidad perseguida es disfrutar de la protección que este trae consigo el RGSS, muy superior al régimen de protección social previsto para los trabajadores autónomos e infinitamente más barato que la concertación de seguros privados para cubrir las mismas contingencias.

Ahora bien, la relación que Bárcenas mantuvo con el partido entre los años 2010-2013 ¿obedecía realmente a un fenómeno de simulación absoluta? Y es que admitir esta apreciación conduce necesariamente a afirmar también que entre el Sr.

⁸ Como aprecia la STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1993 (AS 1993/4898), “el negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realizada porque no existe en absoluto (simulación absoluta) o porque es distinto a aquel que se muestra al exterior (simulación relativa); de ahí que los efectos de la simulación sean distintos en atención a la modalidad simulatoria concurrente; mientras que la nulidad es completa en la simulación absoluta, en la relativa se limita al negocio aparente, pudiendo mantenerse la eficacia del negocio verdadero si este reúne los requisitos necesarios”.

Bárceñas y el Partido Popular, durante los tres años citados, no existió relación jurídica de ninguna clase y esto ¿realmente era cierto?

Incluso, de admitirse la teoría de la simulación absoluta, queda pendiente de respuesta otra incógnita ¿qué se pretendía con verdaderamente ello? Por una parte, no se puede negar que no se trata ésta de una situación en la que el sujeto en cuestión tuviera especiales dificultades para financiar con sus propios recursos el convenio especial con al Seguridad Social que le asegurara la cobertura de las contingencias personales que pudiera atravesar. Y por otra, ¿cuál es en este caso la *estrecha vinculación personal* que mantiene el Partido con Bárceñas para prestarse a colaborar en un fraude a la Seguridad Social del que no va a obtener ningún beneficio? ¿Por qué asumir ese riesgo? No se puede olvidar que este tipo de conductas suponen un fraude a la Seguridad Social y como ello, son sancionadas con multas de elevada cuantía.

Al mismo tiempo, resulta llamativo comprobar que, de ser verdaderamente un caso de simulación absoluta de relación laboral, se trataría éste de uno de los escasos supuestos en los que la apariencia de relación laboral no se utiliza para justificar únicamente el alta en el RGSS y el abono de la correspondiente cotización, sino que esta simulación va mucho más allá y verdaderamente se acompaña del abono efectivo, periódico y prolongado, de la retribución salarial que le hubiera correspondido de ser ciertos los servicios prestados. Pero ¿no resulta, por lo menos extraño, que en este concreto fenómeno de simulación la única prestación inherente al contrato que se elude es la de realización de actividad laboral mientras en cambio se sigue cumpliendo escrupulosamente la obligación de abonar la retribución salarial?

En síntesis, el hecho de que verdaderamente se estuviese ingresando retribución ¿no podría considerarse por sí sólo demostrativo de que verdaderamente sí existía una relación laboral entre el Sr. Bárceñas y su Partido durante el margen temporal antes referenciado? ¿Un fenómeno de simulación absoluta no hubiera implicado, fingir que se cumplían las obligaciones principales de ambas partes contractuales –realizar actividad productiva por una parte, y abonar la retribución salarial, por otro-, y no cumplir íntegramente una de ellas –abonar retribución salarial- sin esperar contraprestación de ninguna clase?

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Aunque la argumentación jurídica utilizada en los fallos que en esta ocasión se comentan, haya sido cuidadosamente elaborada, se ha de reconocer que se utilizan

determinados criterios que no dejan de ser opinables. Así pues, entre otras cuestiones, pueden realizarse las siguientes apreciaciones:

¿Puede iniciarse una nueva relación laboral existiendo una anterior en suspenso por motivo de excedencia? No es más lógico entender que, cursando de nuevo el alta en la Seguridad Social, abonando retribución y poniendo a disposición del trabajador material de la empresa en realidad lo que se ha hecho es aceptar una solicitud de reincorporación, y por tanto, reactivando una relación laboral que hasta ese momento estaba en suspenso.

Desde otro punto de vista, aunque no se trate de una apreciación que deba realizarse en un fallo de naturaleza laboral, no se puede obviar que todo fenómeno de simulación absoluta obedece a una particular motivación personal entre los sujetos que participan en el fraude. Así las cosas, la lectura de esta sentencia obliga a formular la siguiente reflexión ¿qué se pretendía en este caso con la simulación? ¿Cuál es el motivo concreto que en realidad está justificando el interés de la empresa en fingir una relación laboral que no existe?

Parece que, habida cuenta del sentido de esta sentencia, se están queriendo apuntar oscuros motivos de recompensa del Partido hacia su ex tesorero que, a modo de una especie de “compensación por los servicios prestados”, justificarían esta actuación empresarial. Y es que en este tipo de simulaciones, el único beneficiado es el trabajador (que obtiene de esta manera unas cotizaciones y con ellas, el derecho a ciertas prestaciones de la Seguridad Social), y por tanto ¿por qué prestarse la empresa a realizar esta actuación fraudulenta si no subyace de fondo otro motivo que justifique esta actuación? A la vista de estas negativas consecuencias ¿realmente hubiese sido más perjudicial para el partido apreciar en cambio que la relación laboral sí se reanudó y que se extinguió después por despido improcedente?

En cualquier caso, fuese cual fuese el sentido del fallo, resulta sorprendente comprobar que se mantuviese la citada situación durante un periodo tan prolongado de tiempo (bien la relación laboral viva y válida pero sin atribución de funciones laborales, bien la relación laboral simulada con ingreso periódicos de salarios y cotizaciones) pues, si verdaderamente existían sospechas fundadas de la actuación irregular de esta persona ¿por qué, al tiempo que se revocaron sus poderes, el partido no optó por denegar también formalmente su reincorporación? (no se puede olvidar que tampoco la empresa aporta prueba alguna demostrativa de que existiese una negativa expresa a la solicitud del trabajador al reingreso). O incluso, si tal reincorporación ya se había

aceptado, ¿por qué no se tramitó, de forma cautelar, una suspensión de empleo y sueldo al tener conocimiento de que el trabajador en cuestión podía haber realizado conductas delictivas? Y es que esta postura, permitiría, en el caso de confirmarse una sentencia condenatoria por los hechos que se le imputaban al trabajador, legitimar después un despido improcedente (justificando la imposición de dos sanciones disciplinarias en la mayor gravedad que, a la vista de la sentencia, tienen finalmente las irregularidades cometidas por el trabajador).

Con este fallo, el juzgador está reconociendo que la propia empresa optó voluntariamente por mantener la retribución, la vinculación y el status del trabajador, aunque éste no realizaba ya actividad retribuida de ninguna clase en el Partido, y este comportamiento tiene en sí mismo efectos más perjudiciales todavía que la simple declaración de despido improcedente.

En definitiva, debe reconocerse que se trata de una sentencia que emite un fallo muy estudiado con el que pretende no dar la razón íntegramente a ninguna de las partes enfrentadas. Y es que aunque no se reconoce la existencia de un despido como reclamaba Bárcenas, también se imputan serios defectos a la actuación del Partido Popular, irregularidades que a su vez, si se confirman, pueden ser constitutivas de una infracción muy grave de las obligaciones empresariales tipificadas en la LISOS (y que no prescribirán, al tomarse como fecha indicativa de su comisión, la fecha de la sentencia en la que se ratifique la existencia de simulación).

Se trata por tanto de un flaco favor al partido que, aunque no sufre una sentencia condenatoria por despido improcedente, se enfrenta no sólo a una sanción laboral por infracción muy grave de sus obligaciones laborales y fraude a la Seguridad Social (de cuantía, si cabe más elevada que la que hubiera ocasionado el deber de abonar la indemnización por despido que reclamaba Bárcenas) sino también, a la reprobación moral de sus afiliados, para los que sin duda resultará difícil entender los motivos que llevaron al partido no sólo a tolerar, sino también a participar en una situación de simulación absoluta (tan bien retribuida por cierto), si es que no obtenía con ello algún beneficio o saldaba alguna deuda preexistente.