

PICARESCA LABORAL DE «ALTO ESTANDING»: LA SIMULACIÓN DE CONTRATO Y SEGUNDO «NO DESPIDO» DEL SEÑOR BÁRCENAS

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5.^a, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 1000/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Director académico RTSS.CEF

*«... –Lázaro, engañado me has; ¡juraré yo a Dios que has tú comido las uvas tres a tres!
–No comí –dije yo–, mas ¿por qué sospecháis eso?
Respondió el sagacísimo ciego:
–¿Sabes en qué veo que las comiste tres a tres? En que comía yo dos a dos, y tú callabas...»*

El Lazarillo de Tormes

1. LOS NEGOCIOS CON CAUSA SIMULADA: OTRO EJEMPLO DE RECIVILIZACIÓN LABORAL

Una de las instituciones más clásicas del Derecho –civil– de los Contratos es la sanción de los «negocios anómalos», esto es, aquellos en que algunos de sus requisitos no son como «debieran ser», según la dogmática ortodoxa de los contratos. En un plano funcional mucho más concreto, estamos ante «negocios que desnaturalizan» los reconocidos por una norma, deliberadamente, pues tal deformación es querida por quienes lo crean, y elusivamente, porque se hace para escapar de, u orillar, la regulación normal del negocio deformado, prevista y ordenada por las leyes. Ahora bien, dentro de ellos cabe distinguir la simulación, que puede tener fines lícitos o ilícitos, del fraude propiamente, que siempre es ilícito, claro está, y conlleva la nulidad. No obstante, también es oportuno recordar que los negocios anómalos no se excluyen entre sí, por lo que puede haber simulación negocial en fraude de ley.

Por lo que hace a la simulación, junto a una apariencia de negocio jurídico, se exige que concurren, además, dos requisitos: un acuerdo simulador entre las partes implicadas en el nego-

cio (*consilium simulationis*), de un lado, y una especial finalidad de la simulación, que puede ser lícita o ilícita –*causa simulationis*–, de otro. Según sea la causa, así serán los efectos del negocio simulado, si la simulación se descubre, claro está. En toda simulación hay, sin embargo, falsedad de la causa. Aunque no se regula de forma expresa como tal simulación, en el **Código Civil** (CC) hay varios preceptos que contienen un régimen general, identificándolo con la «causa falsa» –arts. 1.275-1.277 CC– y estableciendo reglas tanto para la simulación absoluta –no hay negocio real– como relativa –hay otro negocio bajo la apariencia falsa–.

Pues bien, si un asunto ha reactualizado en las relaciones laborales esta vetusta institución ese es, sin duda, el caso del «Sr. Bárcenas». Además de la secretaria general del PP –la empresa–, mediante «lapsus», así lo acaba de constatar, mediante sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid –TSJ de Madrid–.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DE UN SUPUESTO DE «COMEDIA DE ENREDO»

A tenor de los hechos probados, el «Sr. Bárcenas» habría tenido una relación más que complicada con «su empresa», pues habría resultado sujeto de «despido» en dos ocasiones o tiempos. Así, ingresó por vez primera en la empresa el 2 de marzo de 1982, habiendo sido «despedido disciplinariamente» el 27 de septiembre de 1987, en principio –oficialmente– por una causa que se antoja poco creíble en este tipo de situaciones: «haber faltado al trabajo tres días seguidos sin autorización». La empresa, no obstante, y como era de esperar, reconoció en el acto de conciliación su improcedencia, con abono de una cantidad de cuatro millones de pesetas en concepto de indemnización de saldo y finiquito. Solicitadas las prestaciones por desempleo, fue perceptor de las mismas, con el tope máximo fijado en la normativa de entonces, desde el 6 de octubre de 1987 al 30 de enero de 1989.

Apenas dos días más tarde de finalizar su situación de desempleo, fue recontratado en la misma empresa, asumiendo gradualmente mayores funciones, «inherentes a la gerencia» y «a la función de tesorero», en virtud de poderes otorgados mediante escrituras públicas en los años 1999, 2002, 2004 y 2008, actuando en nombre y representación de la empresa, según la fecha de la escritura, don Javier Arenas, don Ángel Acebes, don Ángel de la Puerta y doña María de Cospedal. Esta última le revocaría el poder de tesorero tan solo cuatro días después de dárselo –el 5 de octubre de 2009–. Una análoga revocación le haría, ahora unos meses después, del resto de poderes otorgados (22 de abril de 2010).

El 1 de abril de 2004, el «Sr. Bárcenas» solicitó la *situación jurídica de excedencia forzosa* por su elección como senador, solicitud que fue aceptada el 5 de abril por la empresa. Durante su periodo como senador estuvo de alta en Seguridad Social «en régimen parlamentario, Cortes Españolas, Europeas y comunidades autónomas». Esta situación se prolongó desde el 2 de abril de 2004 hasta la fecha de su cese en tal actividad –abril de 2010–.

Finalizada su actividad parlamentaria, el trabajador parece que se «reincorporó», al menos de facto, a la empresa pues, conforme consta en el hecho probado quinto de la Sentencia núm. 303/2014, de 17 de julio, del Juzgado de lo Social n.º 16 de Madrid, *fue dado nuevamente de alta en la Seguridad Social* pocos días después de haber causado baja como senador. *Durante el periodo 16 de abril de 2010 a 31 de enero de 2013*, el actor utilizaba una dependencia en la sede del Partido Popular sita en la c/ Génova, n.º 13, de Madrid, se puso a su disposición por el partido un vehículo marca Audi, con chófer, así como medios personales y materiales propiedad del mismo en concreto servicio de informática, servicio de secretaria personal, personal adscrito, acudiendo a su domicilio cada vez que eran requeridos para ello. El «Sr. Bárcenas», por tanto, no acudía regularmente al centro de trabajo. Disponía de una cuenta de correo electrónico propiedad de la demandada, usada básicamente para gestiones personales. Esta alta se mantendrá hasta el 31 de enero de 2013, en la que fue dado de baja por la empresa, siendo la causa de la misma «*dimisión - baja voluntaria*». Aportados los recibos de salarios correspondientes a aquel periodo «laboral» resultará que el «Sr. Bárcenas» cobró la cantidad de 719.502,99 euros, y se le retuvo en concepto de IRPF la cantidad de 295.043,69 euros. En suma, la remuneración bruta anual era de 255.600,96 euros (21.300,80 € mensuales).

El actor presenta demanda de despido, por entender que sí prestó servicios laborales para la empresa «como asesor a disposición de la misma con carácter retribuido», y que fue la empresa quien, sin motivo alguno, le dio de baja en la Seguridad Social con fecha 31 de enero de 2013, resultando «un despido tácito». La demandada, en cambio, considera que ni tiene acción para demandar, por haberse extinguido hace años la relación laboral por mutuo acuerdo –no documentado porque «es un pacto entre caballeros... que no convenía formalizar por escrito» para evitar su «filtración y ulterior difusión»–, precisamente el 16 de abril de 2010 –día de alta–, ni hay nada que saldar por haber cobrado «una indemnización diferida, abonada como renta mensual –con cuotas sociales y retenciones fiscales– que debía extenderse hasta diciembre de 2012». La renta de 2013 correspondería a un error administrativo.

Ante la radical desavenencia entre las partes, se dictó la referida Sentencia 303/2014 – Autos 367/2013– del Juzgado de lo Social n.º 16 de Madrid. En esta sentencia se desestimó tanto la excepción procesal de falta de acción de despido, dado que se trató de un cese voluntario, opuesta por la demandada, como la acción o pretensión, por entender que se trataba de una situación de excedencia forzosa ya finada y sin que se hubiese solicitado la reincorporación en ningún momento, de ahí que permanezca en suspensión de contrato de trabajo. En efecto, la juzgadora entiende que existió una nueva relación laboral desde el 12 de febrero de 1989 (y no desde el 16 de abril de 2010), calificándola de relación «común», sin perjuicio de reconocer el desempeño de «puestos de especial confianza como gerente o tesorero, siendo apoderado por los representantes del partido para el desempeño de tales funciones». Pero considera que:

- No ha quedado probada la solicitud de reingreso y por consiguiente la reanudación de su actividad laboral, dado que no habría más prueba que la de un documento privado autenticado y sin contradicción, tal y como exige el artículo 326.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (LEC).

- No cabe aplicar el artículo 30 del [Estatuto de los Trabajadores](#), que presupone una relación de servicios activada o viva.
- El uso de medios de la empresa –materiales y personales– lo es solo a título particular, es decir, en su único beneficio e interés, como prueba el tipo de actividades realizadas.
- La eventual simulación contractual del periodo litigioso –arts. 1.275-1.276 CC– sería cuestión sobre la que no cabe pronunciarse en el proceso de despido, por impedirlo el principio de congruencia con lo alegado y probado (art. 218 LEC) (FJ cuarto, SJS 303/2014).
- El alta en Seguridad Social sería «indebida», sin perjuicio de incurrir en una infracción muy grave de la normativa de Seguridad Social –art. 23 [Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social](#) en relación con los arts. 100 [Ley General de la Seguridad Social](#) y 31 del [Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social](#)– (FJ quinto, *in fine*, SJS 303/2014).

Contra esta sentencia se interpuso el recurso de suplicación, que ahora ha resuelto el TSJ de Madrid. En él se esgrimen tanto motivos procesales, al amparo del artículo 193 b) de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) (LRJS) –revisión de hechos–, como de fondo –art. 193 c) LRJS–.

3. JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: LA *RATIO DECIDENDI* DEL FALLO

La primera línea de impugnación de la sentencia de instancia social se dirige, como era de esperar, hacia la revisión de su ordinal quinto, para que quede recogido que el «Sr. Bárcenas» sí solicitó su reingreso como trabajador en la empresa una vez que dejó de tener la condición de senador, y que dicho reingreso «fue aceptado» y que desde ese momento «permaneció a disposición de la demandada en calidad de asesor del partido...». Pero la Sentencia del TSJ de Madrid rechazará todas estas argumentaciones, tanto por haber sido inadmitidos los documentos probatorios que se aportaban con el recurso (art. 233 LRJS), cuanto por entender, entrando, algo contradictoriamente respecto a aquel rechazo, en su valoración, que tampoco sirven para acreditar que hubo aceptación empresarial de la solicitud de reingreso. Tampoco considerará incluir otros, pues se basarían no en documentos o pruebas periciales sino en pruebas testificales o declaraciones –ante medios de comunicación– sin relevancia suficiente.

Más relevante resulta, a mi juicio, la segunda línea de combate del fallo de instancia. Frente al argumento del «despido tácito» por una decisión unilateral de la empresa de dar de baja al trabajador en la Seguridad Social el 31 de enero de 2013, existente una relación laboral entre las partes desde abril de 2010, por concurrir las notas de dependencia, remuneración y

ajeneidad, sin que sea lícito pedir al trabajador que acredite la falta de ocupación efectiva por ser una «prueba diabólica», la sentencia de suplicación dice compartir la tesis de la instancia, según la cual entre las partes no existió relación laboral durante el periodo comprendido entre el 16 de abril y el 31 de enero de 2013. Para ello, acude, una vez más, al juicio de razonabilidad tan característico en una materia compleja y en la que hay que ponderar un elenco extenso de circunstancias. Así, no puede asumirse como «*mínimamente razonable*» ni la existencia de una relación laboral en la que se paguen durante casi tres años altísimas cantidades y se pongan a disposición numerosos medios de toda índole sin recibir contraprestación alguna, ni tampoco que haya una extinción por mutuo acuerdo manteniendo en alta al trabajador y el pago de los salarios, por más que se pactara una «indemnización diferida» –FJ cuarto–. La Sala Social avanza incluso un «juicio de razonabilidad» o «normalidad» de la conducta previsible o asumible en tal caso, pues lo adecuado hubiese sido «*mantener al actor alejado de la sede del Partido, dado su horizonte penal complicado y despedir al demandante si era previsible, como se dice, un fallo que declarara la procedencia del despido y no abonarle una indemnización por un importe tan elevado*».

Su conclusión, por tanto, es la atisbada por la sentencia de instancia pero sobre la que no consideró oportuno pronunciarse: «*estamos ante una simulación negocial, que existe cuando bajo la apariencia de un negocio normal se oculta otro propósito negocial, ya sea este contrario a la existencia misma –simulación absoluta–, ya sea el propio de otro tipo de negocio –simulación relativa–...*». Con cierta desidia o desinterés, quizás por el hartazón que supondría decidir una situación tan compleja y abigarrada, en la que es manifiesto que ambas partes han actuado de espaldas a las exigencias de la buena fe, la sala se despreocupa ya de determinar qué tipo de simulación se produce en el caso, si absoluta o relativa, por tanto, cuál es aquí el negocio disimulado y si es lícito o no, por cuanto lo relevante sería que queda constatado el negocio aparente: la relación laboral. Si no hay relación tampoco puede haber, en suma, cese por mutuo acuerdo con indemnización diferida. Para confirmar esa solución se hace aplicación de los artículos 1.277 del CC –presunción legal de simulación absoluta– y 1.276 –corresponde al actor probar la existencia del negocio disimulado y la realidad y licitud de su causa–.

Consciente la sala de que «entre pillos anda el juego», y que dar la razón a uno de ellos no puede suponer «dejar ir de rositas» al otro, incorpora un pronunciamiento adicional, que siendo plenamente jurídico en su estructura y efectos, responde mucho más a un juicio de reproche ético-social de la conducta de la «empresa». Así, «al haberse simulado por las partes una relación laboral, lo que reconoce incluso la demandada –aunque no se haya aceptado que el negocio disimulado era el que ella invocaba–, la sala decide dar testimonio de la sentencia tanto a la Tesorería General de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal –por el ingreso de cotizaciones sociales que legalmente no procedía, con el impacto que las mismas pudieran tener para lucrar futuras prestaciones del sistema público–, como a la Agencia Tributaria –por no corresponderse los ingresos con las rentas del trabajo– y, finalmente, a la Fiscalía del TSJ de Madrid «a la vista del posible fraude cometido» –FJ cuarto *in fine*–.

4. LA TRASCENDENCIA PRÁCTICA Y PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

Dada la extraordinaria notoriedad mediática que ha conocido este caso, un auténtico sainete o «comedia de enredo» permanente en la que los dos personajes protagonistas tienen culpas cruzadas, es manifiesta la trascendencia social de la sentencia del TSJ de Madrid. Pero lo es más en el plano social que en el plano jurídico propiamente dicho, porque la *ratio decidendi* de la sentencia, más que su fallo, destila un «estilo de juicio salomónico». A quien pretendía cobrar una «segunda» indemnización –añadida a la recibida cuando se produjo el cese difuso, más que diferido–, probando que la relación laboral subsistía, se le dice que no puede seguir sacando provecho de una situación simulada. Pero el fallo en tal sentido supone dar la razón a quien también había actuado de forma irregular, incluso fraudulenta, por eso, además de dejar en el exhaustivo relato de hecho evidenciada la malicia de su conducta, promueven una amplia acción de otros poderes públicos de garantía del cumplimiento de las obligaciones, tanto en el ámbito administrativo como incluso penal, para «sancionar-reprobar» tal conducta.

El resultado final expresa un confortable sentimiento social de justicia, de seguro, para la mayoría de los ciudadanos y eso, con certeza, redundará en reforzar la confianza en quienes la administran para poner las cosas en su sitio en un contexto donde el desprecio por buena parte de las instituciones y las reglas de Derecho han dominado en muchas organizaciones. Y sin embargo, mi sentimiento como ciudadano no puede ocultar mi insatisfacción como jurista, práctico y teórico, ante un razonamiento que, a penas se rastree con detenimiento, deja más sombras que luces, tanto en la sentencia de instancia como en la de suplicación. Dejando a un lado la referencia a una doctrina social ya muy vetusta en torno a la simulación contractual –STS, Sala 4.ª, de 18 de abril de 1990 (ROJ: STS 3322/1990)–, la Sala Social dice confirmar una sentencia de instancia que, si bien intuye que se está ante aquella simulación, lo cierto es que concluye que no puede determinarla porque no tiene competencia para ello al no ser procedimiento apropiado, asumiendo que sí se mantiene una relación laboral, pero suspendida por estar en situación de excedencia sin reincorporarse. Ni la instancia ni la suplicación son un ejemplo de virtuosismo y claridad técnico-jurídicos, sin preocuparse por diferenciar entre negocio simulado y fraudulento. Lo que preocupa es reprobar tanta picaresca e inmoralidad, pero los jueces deben hacer Ética desde el Derecho y no Derecho desde la Ética.

Precisamente, la contradicción entre la tesis de la juzgadora social de instancia y la del TSJ, que este no ha resuelto adecuadamente, ha dado alas al «Sr. Bárcenas» para que siga escribiendo un capítulo más de esta novela de pícaros del siglo XXI. Tendremos que seguir dedicando recursos públicos a «desfacer este enredo»³.

³ «El PP deniega a Luis Bárcenas el reingreso en el partido», <http://www.msn.com/es-es/noticias/espana/el-pp-deniega-a-luis-b%3%a1rcenas-el-reingreso-en-el-partido/ar-BBjZxQu?ocid=UP97DHP>