

¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *La unidad del ordenamiento jurídico invita a que las categorías propias de cualquier disciplina sean conocidas y, en la medida de lo posible, asumidas por las restantes. Aquí nos encontramos con un supuesto de discriminación por asociación que salta desde el plano del empleo (público) al del castigo penal (prevaricación). El Tribunal Supremo (Sala Segunda) considera que hay delito en el Cargo público (Alcalde) que, como represalia por la denuncia formulada en su contra por miembro de partido distinto, decide cesar a una empleada interina por su parentesco con el denunciante. Se trata de un ejemplo más de la interacción que los diversos sectores del ordenamiento jurídico mantienen, consecuencia de la unidad del mismo.*

Palabras clave: *Represalia. Derecho de indemnidad. Discriminación por asociación. Prevaricación. Alcalde. Interdisciplinariedad jurídica.*

Abstract: *The unity of the legal system invites the categories of any discipline to be known and, as far as possible, assumed by the rest. Here we find a case of discrimination by association that jumps from the level of employment (public) to that of criminal punishment (prevarication). The Supreme Court (Second Chamber) considers that there is a crime in the Public Office (Mayor) who, in retaliation for the complaint made against him by a member of a different party, decides to dismiss an interim employee because of her relationship with The complainant. This is one more example of the interaction that the various sectors of the legal system maintain, a consequence of its unity.*

Keywords: *Reprisal. Right to compensation. Discrimination by association. Prevarication. Mayor. Legal interdisciplinarity.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión versa sobre la tipicidad penal de la conducta desarrollada por un Alcalde, en su vertiente de máximo responsable en materia de personal. En esencia, lo que ha ocurrido es que, como represalia por la denuncia formulada en su contra por miembro de partido distinto, decide cesar de su puesto de trabajo en el Ayuntamiento a una empleada interina que, a su vez, es pariente del denunciante.

Basta esa somera descripción para entender que estamos ante una decisión desfavorable que se dirige a persona distinta (la empleada) de aquella otra a la que se desea perjudicar (el político denunciante). Con independencia de las circunstancias concretas del caso, lo relevante de la sentencia glosada, desde la perspectiva

laboralista que aquí interesa, es que asume no solo la construcción jurisprudencial sobre represalias a quien ha ejercido la libertad de expresión y opinión sino también, aunque sin especial teorización, el concepto de la discriminación refleja o por asociación.

Desde estas elementales consideraciones, tiene interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 439/2022, de 4 de mayo.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4831/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1638

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

Voto Particular: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El Trasfondo fáctico

La polémica de orden político que genera este procedimiento aparece como trasfondo de este caso, que ha conocido una deriva primero de orden laboral (en sentido amplio) y finalmente de carácter penal. A nuestros efectos conviene subrayar lo siguiente:

- (18 abril 2017): al acabar la Semana Santa, el Partido Popular interpone ante la Fiscalía una denuncia contra el Alcalde de Alicante.
- Ese mismo día el referido Alcalde contacta con el Concejal competente en materia de Personal y le indica que debía ordenar de modo inmediato el cese de una funcionaria interina, cuñada del Portavoz del Partido Popular.
- (19 abril 2017): al encontrarse fuera de la ciudad (en Santander) el referido Concejal, es el propio Alcalde quien ordena al Técnico de la Concejalía de Recursos Humanos que elabore el Decreto de cese de dicha interina, sin que existiese ningún expediente en tramitación para la regularización de los interinos ni de esa en concreto, y sin indicar la causa de tal decisión.
- El referido Técnico contactó con su Concejal responsable, quien le recomendó que solicitara la Orden por escrito. Ante la negativa del Alcalde a hacerlo, el Técnico incorporó una diligencia en el expediente indicando que había recibido una orden verbal en el sentido antes expuesto.
- Tanto ese Técnico cuanto otro más comprobaron que la funcionaria interina lo era desde noviembre de 2010 y había sido nombrada para la elaboración de determinado cometido. Acto seguido elaboraron un Proyecto de Decreto cesándola por haberse cumplido el objetivo para el que había sido contratada.

- Sin embargo, se comprobó que desde 2015 la funcionaria había cambiado de destino y gestionaba la Sala de Exposiciones de la Lonja de Pescado y el Centro Municipal de las Artes, dentro de la Concejalía de Cultura.
- El Alcalde confirmó con el Concejal de Cultura el destino de la funcionaria y le comunicó que iba a cesarla porque su cuñado lo había desacreditado y que ya la sustituirían.
- (20 abril 2017): el Concejal de Personal se reincorpora al Ayuntamiento y, al interesarse por el tema, el Alcalde le manifiesta que disponía de un expediente favorable al despido, que había recibido un requerimiento para ello de la Sindicatura de Greuges, y que contaba con un informe de la Concejalía de Cultura.
- (20 abril 2017): el Concejal de Personal firmó el cese sin comprobar la veracidad de lo manifestado por el Alcalde. Sin embargo, no existía expediente, ni el informe de la Concejalía de Cultura era favorable al cese, ni el requerimiento del Sindic de Greuges se refería a la funcionaria cesada en concreto, sino en general a la sustitución de todos los funcionarios interinos, en cuanto fuera posible, por funcionarios de carrera.
- (26 abril 2017): el Pleno Municipal aprueba (14 votos favorables, 8 abstenciones, 6 en contra) una Declaración institucional condenando las "medidas ordenadas, adoptadas o promovidas por el Sr. Alcalde de forma arbitraria o con presunto abuso de poder, que afecten a la plantilla de personal del Ayuntamiento", que no sean tomadas en base a criterios estricta y le requiere para que la revoque, trasladando "a toda la plantilla municipal un mensaje de tranquilidad, manifestando que este Pleno ni promoverá ni consentirá la adopción partidista de decisiones arbitrarias que puedan conculcar la ley y los legítimos derechos de todos y cada uno de los trabajadores de este Ayuntamiento."
- (2 mayo 2017): mediante Decreto específico se deja sin efecto el mencionado cese, de modo que la funcionaria interina afectada no llegó a dejar materialmente su cometido profesional.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alacant, en su procedimiento abreviado nº 78/2018, dimanante del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Alacant con el número 1853/2017, por delito de prevaricación administrativa, dictó su sentencia nº 40/2020 de 3 de febrero de 2020.

La resolución condena al Alcalde como autor de un delito de prevaricación administrativa a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de nueve años, así como al pago de las costas causadas. Con amplia cita de jurisprudencia, esta resolución resalta detalladamente la trascendencia jurídica de lo acaecido:

- La orden de cese debe ser considerada ilegal de una manera manifiesta: emanó de forma unilateral e injustificada del propio Alcalde, sin previa consulta, sin previa sustanciación de ningún tipo de expediente, sin atender a las necesidades concretas del servicio Público prestado, contraviniendo la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Del elevado número de personas interinas del Ayuntamiento solo ella es cesada, intentando justificarlo en un Informe que recomendaba la paulatina sustitución de este tipo de personal por otro estable.
- La pretextada causa del cese (buscada "a posteriori"), además, era sumamente controvertida.
- No solo se omitieron trámites esenciales del procedimiento sino que la ilegalidad de la resolución es palmaria, y no puede explicarse mediante una argumentación técnico-jurídica medianamente razonable.
- El resultado de todo este desatino el cese de la empleada, despedida de forma fulminante y reincorporada solo por la decisión del Pleno.
- Todo ello lo llevó a cabo el acusado con plena conciencia de que su actuación no era conforme a derecho, y supuso una verdadera desviación de poder.

Concluye que la actuación fuera de todo procedimiento legalmente establecido, de manera abrupta, sorpresiva e injustificada, que constituye una verdadera desviación de poder, tenía la finalidad no ya de perjudicar a la interina, única cesada entre cientos de interinos, sino que constituía un acto de venganza contra quien ese mismo día había interpuesto una denuncia contra el hoy acusado por un presunto delito de prevaricación.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

El condenado presentó recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Valenciana. En concreto, se rebajó la pena impuesta, quedando en la inhabilitación especial para empleo o cargo público así como para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cuatro años y seis meses. La STSJ 160/2020 de 17 septiembre, con abundante cita de jurisprudencia, argumenta del siguiente modo:

- Aun cuando quepa admitir que concurría una causa legal de cese, la decisión del acusado no resiste el juicio de legitimidad o de justicia intrínseca que toda resolución debe contener de conformidad con constante jurisprudencia.
- La resolución ordenando el cese de una determinada funcionaria interina fue tomada en claro ejercicio de una desviación de poder, del cual abusó para represaliar a un rival político que le había denunciado por un delito de prevaricación.
- La antijuricidad del acto realizado por el acusado es innegable. Hay abuso de poder al haberse desviado de los fines propios de su actuación pública como Alcalde, ya que se prevaleció de su superior posición política y administrativa para ejercer las presiones adecuadas que movieran las voluntades de quienes estaban bajo sus órdenes para conseguir su fin particular de represaliar a un rival político por haberle denunciado.
- No se acepta el razonamiento de que de no haber adoptado esa decisión de cese se habría avalado una situación ilegal, porque la situación de la funcionaria interina cesada era una más de un estado de cosas generalizado en el ayuntamiento que afectaba a muchos interinos y cuya solución exigía unas medidas generales y consensuadas a fin de cambiar su configuración funcional.

Aprueba la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada, dado que el culpable procedió "a reparar el daño ocasionado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral" (art. 21.5ª Código Penal). Ello con independencia de que viniera exigida por el Acuerdo del Pleno.

4. Recurso de casación

Disconforme con la referida condena, el actor interpone recurso de casación basado en cinco motivos, Además de las garantías constitucionales inherentes al proceso, aparecen invocados diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal (CP).

IV. Posición de las partes

En el presente caso basta la lectura de los argumentos expuestos por la sentencia para comprender el alcance de lo pretendido por el recurrente, que había sido condenado en las dos instancias anteriores.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución

El art. 9.3 de nuestra Constitución garantiza, entre otros principios, «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

El art. 103.1 establece: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

2. Código Penal

Según la redacción vigente en el momento en que se producen los hechos sancionados (que es la actual), el artículo 404 del CP prescribe que *“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*.

Por su lado, el artículo 405 especifica que *A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años*.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada, como resulta obligado, asume un estricto enfoque casacional y de Derecho Penal, de modo que alguna cuestión especialmente atractiva para la perspectiva laboral queda en la penumbra. Con todo, parece interesante repasar sus pilares argumentales.

1. Ámbito del recurso de casación frente a sentencias de segunda instancia

La Ley 41/2015 varió sustancialmente el régimen del recurso de casación frente a sentencias dictadas en segunda instancia. Consecuencias de ello son las siguientes:

- Lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.
- No debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear

cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas.

- El recurso de casación ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos.
- No es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.
- Si el Supremo considera convincentes los argumentos del TSJ y nada nuevo se arguye frente a ellos, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados.

2. La presunción de inocencia

La invocación de que se ha vulnerado la presunción de inocencia lleva a que el Supremo examine la racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación en cuanto a licitud, regularidad y suficiencia de la prueba^[1].

Puesto que la sentencia de apelación ha revisado tales parámetros, no cabe en casación reiterar dicho examen pues equivaldría a es suplantar la valoración hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó la prueba, superado el filtro del tribunal de apelación.

Asimismo, considera tan evidente la irregularidad de tomar una decisión que debe sujetarse a unos trámites, prescindiendo por completo del procedimiento, que hasta el más profano sabe esto; por lo tanto, con más razón quien tiene obligación de saberlo por el cargo que ocupa, y mucho más si concurre en él la condición de abogado, como concurría en el condenado.

3. El cese como represalia

Como presupuesto de la condena impugnada aparece el hecho de que el Alcalde acordó el cese “como represalia por la denuncia que se había interpuesto contra él en la fiscalía por el Partido Popular”^[2].

Para así concluir, las sentencias previas han contado con una prueba personal, que, en ese contexto de valoración conjunta de toda la prueba practicada a su presencia, como demanda el art. 741 LECrim, ha llevado a unas conclusiones razonables en relación con ese particular. Esa valoración hecha por el tribunal de instancia ya ha pasado por el filtro del juicio de revisión realizado por el tribunal de apelación, por lo que, cumplida esa doble instancia, al Supremo solo toca verificar el examen de la racionalidad de la sentencia de apelación. No cabe entrar en una nueva valoración de una prueba que ya ha sido valorada por quien correspondía, con más razón si se trata de una prueba personal.

Lo decisivo es que la Administración Pública queda sujeta a servir con objetividad intereses generales, de ahí que resulte incompatible con ello cualquier actuación realizada «como represalia», en cuanto que encierra una idea de venganza, en opuesta confrontación, por tanto, con cualquier actuación conforme a la ley y al Derecho. EL Tribunal Supremo destaca “lo burdo del abuso y ese elemento de venganza que irradia la actuación”.

4. El principio de intervención mínima

Es generalmente aceptado que el artículo 24 CE alberga, de forma implícita, los principios de intervención mínima, fragmentariedad y última ratio del Derecho Penal. Es lícito invocarlos cuando sea discutible dónde se encuentra la frontera entre lo penal y lo que no llega a serlo. El principio de intervención mínima aboca a que solo han de caer en ámbito del Derecho Penal las ilegalidades de aquellas actuaciones administrativas que constituyan una infracción grave de los principios más elementales de la Administración, no aquellos otras que sean meras ilegalidades o irregularidades antijurídicas y siempre guiados con un criterio interpretativo a favor de reo.

El Tribunal Supremo considera que en el caso examinado es indiscutible la subsunción de los hechos en el delito del art. 404 del CP. Sostiene que en los supuestos de prevaricación la gravedad del hecho, tipificado como delito, es notoria y alcanza, en una jerarquía de desvalores, uno de sus primeros lugares. Es más, la doctrina científica expresa, en general, su sorpresa de que hechos de tanta gravedad reciban un tratamiento punitivo tan especial al contemplarse para ellos solo penas de inhabilitación que, a todas luces, parecen desproporcionadas, en sentido negativo, a la gravedad de los comportamientos sancionados.

Es tan notoria y grave la ilegalidad de la decisión de cese de la empleada pública, en represalia de algo y sin cumplir el más elemental presupuesto al respecto, como es la apertura de un procedimiento, que entra sin paliativos en el campo del Derecho Penal.

5. La arbitrariedad de la conducta

Para alcanzar la tipicidad del art. 404 CP no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". La norma califica como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho.

Especial relevancia poseen las reflexiones acerca de la concurrencia de los elementos del tipo penal de la prevaricación. La decisión que ha generado las actuaciones penales debe someterse a un doble filtro de legalidad y legitimidad para no incurrir en la arbitrariedad que define el delito de prevaricación administrativa.

Pero, aunque se encontrara una causa legal para el cese de la indicada interina, lo cierto es que ésta se busca para cubrir la arbitrariedad ya consumada, cuando ya se la había cesado por las vías de hecho. La resolución ordenando el cese de una determinada empleada pública fue tomada por el Alcalde en claro ejercicio de una desviación de poder, del cual abusó para represaliar a un rival político que le había denunciado por un supuesto delito de prevaricación.

Una vez que ha cometido la arbitrariedad, carece de relevancia que se busque cualquier resorte para justificarla porque, sin si siquiera haber iniciado trámite hábil para adoptar tal decisión. La arbitrariedad del cese se aprecia por la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento^[3]. Por mero capricho y como represalia se acordó, sin que sea admisible la posterior tergiversación de los hechos para buscar una cobertura legal. Se trata de una desviación o abuso de poder característico de la prevaricación del art. 404 CP. La arbitrariedad del cese (sin el más mínimo trámite que lo justifique) es tal que acaba readmitiéndose a la empleada pocos días después.

La arbitrariedad aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista

objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

6. La injusticia de la decisión

El delito de prevaricación nada tiene que ver con el problema del acierto o desacierto en la actuación administrativa y/o política de un político que tendrá sus correcciones, si ha lugar a ellas, en el campo administrativo y/o político correspondiente.

El requisito de la injusticia de la resolución que el precepto requiere puede entenderse referido a la falta absoluta de competencia jurídica-decisoria del inculpado, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial. Será, por consiguiente, injusta aquella resolución que se dicte en un procedimiento administrativo sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial.

La prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable^[4].

7. Ausencia del procedimiento debido

La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones^[5].

En el caso resulta tan patente que tomar una decisión como la adoptada por el condenado, habiéndose saltado todo procedimiento, constituye una arbitrariedad tan evidente, que poco más podemos decir para considerar que queda cumplido el elemento objetivo del delito y, en consecuencia, para desestimar este particular del motivo de recurso. Considera la sala acreditado que el condenado ha tratado de crear una apariencia de legitimidad a lo que fue una decisión arbitraria, que adoptó en represalia por razones de enfrentamientos entre concejales de distintos partidos políticos.

8. Reparación del daño

La concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes permite rebajar la pena correspondiente en uno o dos grados^[6]. La sentencia recurrida aplicó la atenuante de reparación del daño como muy cualificada y rebajó la pena en un grado. El recurrente interesa que sea reducida en dos.

Sin embargo, se trata de una materia correspondiente al terreno de la individualización judicial de la pena, dependiente de criterios de arbitrio del órgano sentenciador, que han de ser respetados siempre que se encuentre debidamente motivada. En consecuencia la casación no es hábil para admitir lo pretendido^[7] por las siguientes razones:

- Esa individualización encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación.

Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales^[8].

- Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación.
- El órgano a quo ha de exteriorizar los porqués de su decisión, para que pueda comprobarse que se ajustan a pautas legales y racionales y no a simple intuición, o desnudo decisionismo (art. 72 CP). Esta exigencia proporciona las bases para una cierta fiscalización en vía de recurso que, sin embargo, no llega al punto de poder sustituir de forma voluntarista, la pena impuesta por la Audiencia por otra por igual de legal que pueda ser.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye declarando que no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a la sentencia 160/2020, dictada con fecha 17 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que se confirma, con imposición de las costas ocasionadas con motivo del mismo.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto condensa la caracterización jurisprudencial del delito de prevaricación, especialmente interesante cuando se piensa en decisiones adoptadas en materia de empleo público:

- *Para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho^[9].*
- El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.
- Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita

a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución^[10].

IX. Comentario

1. Límites de la casación como tercer grado

El orden penal comparte con el social la restricción que el Tribunal Supremo tiene a la hora de examinar lo realmente acaecido cuando conoce del recurso frente a una sentencia dictada en el segundo nivel (apelación, suplicación). A este respecto conviene traer a colación tres criterios básicos de la doctrina social.

Primero.- La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba^[11]. El error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta^[12], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial^[13].

La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso»^[14].

Segundo.- No cabe examinar un recurso construido a partir de unos hechos distintos a los que se han dado como probados en la instancia, sin posterior cuestionamiento. En diversos supuestos^[15] las sentencias salen al paso de tales planteamientos. Mientras el recurso sostiene que combate determinada realidad, lo acreditado es algo bien distinto. Al desplegar su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión.

Tercero.- Tampoco acepta el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) una valoración de la realidad discrepante con la ya realizada por el Juzgado y el TSJ. La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba, pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta^[16].

2. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad (art. 14 CE) no es absoluto, no impone un trato absolutamente uniforme a toda la plantilla, como si sus integrantes (y sus respectivas prestaciones) fuesen idénticos entre sí; la desigualdad razonable no se opone al art. 14 CE. Aspecto cualificado del derecho a la igualdad es el principio de no discriminación por motivos típicos, históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona. Aparece recogido con carácter general en el importante Convenio de la OIT núm. 111 «relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación» (ratificado por España en 26.10.1967) y, respecto de la igualdad de los trabajadores con responsabilidades familiares, en el Convenio núm. 156 (ratificado en 26.7.1985).

Con el fin de trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, la Ley de Medidas, Fiscales, Administrativas y de Orden Social-2004 dedicó un capítulo (arts. 27 ss.) sobre «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», en el que se

ocupó de éste en su dimensión general (con especial énfasis en la discriminación por el origen racial o étnico) y en su aspecto laboral.

Poco después, la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres llevó a cabo un ambicioso esfuerzo en esta línea. Finalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones.

3. Discriminación por asociación

En concordancia con la preexistente jurisprudencia (de diverso orden) la Ley 15/2022 identifica los diversos tipos de discriminación: directa e indirecta, por asociación o por error, múltiple o intersectorial, inductiva o imperativa. Es discriminación indirecta la que surge cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas reseñadas. Y la discriminación por asociación surge si una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurre alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio (art. 6.2.a).

La misma norma entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

Desde luego, entre las circunstancias frente a las que no cabe discriminación aparecen la convicción u opinión, además de cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El Tribunal Supremo (Sala Cuarta) ha venido considerando ilícita la discriminación refleja o transferida^[17]. La aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación. Acoge de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman -C-303/06- y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD -C-83/14-, recogido en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP, que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4.

4. Indemnidad

Las leyes laborales consideran «nulos y sin efectos» los actos discriminatorios, tanto si consisten en decisiones unilaterales del empresario como si vienen incluidos en disposiciones normativas o contratos individuales. Se configura como represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrirse por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

La garantía de indemnidad consiste en que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad», como dijera tempranamente la STC 14/1993, de

18 de enero. Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero—, «quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial». La jurisprudencia ha extendido la protección de la garantía de indemnidad, por las mismas razones, a las reclamaciones administrativas y a las efectuadas en el interior de la empresa^[18].

La jurisprudencia constitucional ha precisado que «el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de manera que, además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).

5. Daños y perjuicios

La jurisprudencia viene advirtiendo que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. La indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación. Tras la LRJS se considera que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»^[19].

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional^[20], a la par que considerado idóneo y razonable^[21]. La utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no implica su sistemática y directa aplicación.

En ocasiones el recurso a las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización^[22].

X. Apunte final

La construcción acogida por la Sentencia Penal comentada concuerda con aspectos procesales del ámbito social (finalidad del recurso de casación unificadora, valoración de los hechos probados), pone en juego construcciones típicas del ámbito laboral (despido como represalia, discriminación por asociación), analiza los elementos

de la conducta incriminada (ilegalidad, ausencia de procedimiento adecuado, finalidad) y ladea los aspectos contractuales (resarcimiento del daño).

Referencias:

1. [^] Se trata de constatar si la sentencia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.
2. [^] La sentencia de instancia añadía que por el Alcalde «se realizan afirmaciones absolutamente falaces por parte del acusado, que resultan en frontal contradicción con lo declarado por algunos testigos, de cuya objetividad carece esta Sala de motivos para dudar».
3. [^] “Cualquiera, hasta el más profano, puede apreciar, porque de común entender es que en el ámbito administrativo no cabe cesar a nadie por capricho, sin pasar por el trámite correspondiente, y arbitrario es tomar esa decisión saltándose las normas de procedimiento más elementales, que no deja de serlo aunque, luego, se busque una razón de fondo que la ampare, e incluso la llegue a convalidar, porque injusta puede ser una decisión materialmente correcta, pero sin pasar por las normas de procedimiento más elementales”.
4. [^] Invoca aquí la STS 773/2014, de 28 de octubre y otras varias en ella citadas.
5. [^] Basa estas afirmaciones en las SSTS 18/2014, de 13 de enero y 152/2015, de 24 de febrero, entre otras.
6. [^] Conforme al artículo 66.1 del CP, en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: “1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.
7. [^] En tal sentido, por ejemplo, STS-PE 207/2020, de 21 de mayo 2020.
8. [^] En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).
9. [^] En apoyo de estas afirmaciones la Sala invoca anteriores resoluciones como las SSTS 49/2010, de 4 de febrero; 1160/2011, de 8 de noviembre;

- 502/2012, de 8 de junio; 743/2013, de 11 de octubre; 1021/2013, de 26 de noviembre; 773/2014, de 28 de octubre; o 259/2015, de 30 de abril, entre otras.
10. ^ *Invoca al efecto las SSTS 743/2013, de 11 de octubre; 152/2015, de 24 de febrero; y 259/2015, de 30 de abril, entre otras.*
 11. ^ *SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013).*
 12. ^ *SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)]*
 13. ^ *[SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13)*
 14. ^ *SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)*
 15. ^ *Como los resueltos por las SSTS 898/2017 de 15 noviembre (rec. 247/2016), 532/2019 de 3 julio (rec. 51/2018) y 794/2021 de 15 julio (rec. 74/2021, Pleno).*
 16. ^ *SSTS de 17 septiembre 2013 (rcud. 2212/2012); 3 diciembre 2014 (rcud. 1012/2013) y 17 junio 2014 (rcud. 1057/2013), entre muchas.*
 17. ^ *La STS 79/2020 de 29 enero la refiere a que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación.*
 18. ^ *Cf. La STS 24 junio 2020 (rcud. 3471/2017).*
 19. ^ *SSSTS de 22 de febrero de 2022 (rcud. 4322/2019) y 9 marzo 2022 (rcud. 2269/2019), entre otras.*
 20. ^ *STC 247/2006, de 24 de julio.*
 21. ^ *SSTS-SOC de 15 de febrero de 2012, R. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, R. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras*
 22. ^ *Cf. La importante STS del Pleno 356/2022 de 20 abril.*