

InDret

Derecho a indemnización por la denegación ilegal del permiso de trabajo

Comentario a la STS, 3ª, 7.7.2003

Oriol Mir Puigpelat
Facultad de Derecho
Universitat de Barcelona

Working Paper nº: 204
Barcelona, enero de 2004

www.indret.com

La STS, 3ª, 7.7.2003 (Ar. 4791; MP: Rafael Fernández Montalvo) merece la atención de *InDret* porque sienta un importante precedente en el Derecho español de inmigración, sector del ordenamiento que incrementa su relevancia día a día, a medida que aumenta el flujo de entrada de extranjeros no comunitarios en nuestro país: el derecho a indemnización en caso de denegación ilegal de la concesión del permiso de trabajo.

Esta STS ya ha sido comentada –y aplaudida– por Alfredo MARTÍNEZ PÉREZ (2003), “Posibilidad de solicitar indemnización derivada de denegación indebida de permiso de trabajo y residencia solicitado por extranjero no comunitario”, *Aranzadi Social*, núm. 12, noviembre 2003, págs. 43-49 (http://www.aranzadi.es/online/areas/social/artpub/comen_44_as12.html).

Según se desprende de la magra descripción de los hechos contenida en la sentencia, el 29 de diciembre de 1994 Citrias, S.L. solicitó permiso de trabajo por cuenta ajena en favor de Abderrazak I., para que pudiera incorporarse a la campaña de recolección de mandarinas y naranjas de Castellón, campaña que finalizaba en junio de 1995. La Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Castellón desestimó dicha solicitud mediante Resolución de 18 de mayo de 1995. Pese a contar con el informe favorable de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, la Administración denegó el permiso de trabajo alegando, como único motivo, que la “oferta de trabajo [era] inviable por ser para tareas agrícolas en campaña de próxima finalización”. Abderrazak impugnó dicha resolución en vía contencioso-administrativa, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicha Sala, mediante sentencia de 5 de mayo de 1999, estimó el recurso de Abderrazak, anulando la resolución administrativa y declarando su derecho a obtener el permiso de trabajo solicitado y a ser indemnizado con una cantidad equivalente al importe de los salarios que hubiera percibido por el desempeño del puesto de trabajo denegado durante los meses de febrero a junio de 1995. El TS, en la sentencia aquí comentada, desestima íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

Tres son las principales cuestiones ante las que debe pronunciarse el TS: la legalidad de la resolución administrativa de denegación del permiso de trabajo; la posibilidad de que el recurrente solicite en su demanda indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin haberla reclamado antes en vía administrativa; y el surgimiento y alcance de dicha responsabilidad en caso de denegación ilegal del permiso de trabajo. Pese a encontrarse estrechamente relacionadas (la respuesta a la tercera cuestión depende en gran medida de la que se haya dado a las dos anteriores), deben ser examinadas por separado.

1. Sobre el control de la discrecionalidad de la Administración

La primera cuestión no es otra que el alcance del control de los tribunales sobre las potestades discrecionales de la Administración, tema clásico y crucial del Derecho administrativo, asociado a las relaciones existentes entre la Ley, la Administración y el poder judicial. En efecto, pese a las dudas manifestadas por el TS en el momento de calificar dogmáticamente la potestad ejercida por la Administración al pronunciarse sobre el otorgamiento de los permisos de trabajo a los extranjeros no comunitarios (en el FJ 2º viene a afirmar que se trata de una potestad *discrecional* atribuida bajo la técnica de los *conceptos jurídicos indeterminados* –y, como es sabido, en España

suele considerarse que la potestad basada en conceptos jurídicos [o normativos] indeterminados es una potestad reglada, no discrecional—), parece claro que se trata de una potestad discrecional. Ello se desprende de los entonces vigentes arts. 18.1 de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 3.7.1985, núm. 158; en adelante, LODLE), y 33 y ss. del Reglamento de ejecución de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 16 de mayo (BOE de 12.6.1986, núm. 140; en adelante, RDLE). Dichos preceptos atribuían a la Administración un margen de apreciación discrecional de los distintos factores a considerar en el otorgamiento o denegación de los permisos de trabajo.

El factor principal que esta normativa obligaba a considerar era la *situación nacional de empleo*, circunstancia que alude a la existencia de trabajadores desempleados —con una cualificación similar a la del solicitante del permiso de trabajo— en la zona geográfica y sector de actividad de que se trate. Pero no era el único. El art. 37.4.f) RDLE, incluso, facultaba a la Administración para denegar el permiso de trabajo “[c]uando concurra cualquier otra causa que sea considerada motivo legítimo por la autoridad laboral, mediante resolución debidamente motivada”. Se trata de un ejemplo de libro de potestad autorizatoria discrecional.

Pues bien, el TS coincide con la sentencia de instancia al considerar que la Administración, al denegar el permiso de trabajo, ha hecho un mal uso de dicha potestad, vulnerando el ordenamiento jurídico. La razón fundamental esgrimida por el TS es que no son ciertos los hechos alegados por la Administración para denegar el permiso: como la solicitud se presentó el 29 de diciembre de 1994, y la campaña de recolección de la naranja, en Castellón, finalizaba en junio de 1995, no es cierto que la oferta de trabajo fuera inviable (por estar a punto de terminar dicha campaña agrícola); la actividad laboral solicitada podría haberse desarrollado durante, al menos, cinco meses. El TS refuerza su argumentación señalando que la normativa no exige en ningún momento que el permiso tenga una duración mínima, ni que el trabajador lo solicite y obtenga antes de que se inicie la temporada de recolección; que la Administración no adujo ningún otro motivo para desestimar la solicitud; y que la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación se había mostrado favorable, en su informe, a la concesión del permiso. El TS, por ello, confirma la sentencia recurrida en este primer aspecto, sentencia que no se limitó a anular el acto administrativo impugnado, sino que declaró el derecho de Abderrazak a obtener el permiso de trabajo solicitado, sustituyendo a la Administración.

La sentencia aquí comentada no es en este punto novedosa. Anulan también la denegación de un permiso de trabajo a un extranjero no comunitario, entre muchas otras, las SSTS, 3ª, 30.10.2002 (Ar. 10004; MP: Mariano Baena del Alcázar), 4.12.2002 (Ar. 3198/2003; MP: Rodolfo Soto Vázquez), 27.1.2003 (Ar. 2003; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y 18.6.2003 (Ar. 5692; MP: Rodolfo Soto Vázquez). De ellas, la segunda y la cuarta también reconocen expresamente el derecho del extranjero a obtener el permiso solicitado. La única peculiaridad de la sentencia en examen radica en el motivo alegado por la Administración para denegar el permiso de trabajo; normalmente, el TS anula la denegación porque la Administración no ha probado suficientemente su alegación más común: que existen trabajadores desempleados con un nivel de cualificación semejante al del solicitante en el sector de actividad y zona geográfica de que se trate.

Hasta aquí, la sentencia constituye un magnífico ejemplo de cómo los tribunales contencioso-administrativos controlan, en nuestro país, el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración. Como es sabido, nuestra doctrina y jurisprudencia admiten desde hace ya tiempo que los tribunales pueden controlar determinados aspectos de las potestades administrativas discrecionales: sus elementos reglados (la competencia para ejercer la potestad, el procedimiento que debe seguirse, la finalidad que debe perseguirse, la necesidad de motivación

suficiente, etc.), la realidad de los hechos determinantes de su ejercicio y el respeto de los principios generales del Derecho (proporcionalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad — principio cuyo alcance ha sido muy discutido en los últimos años—, etc.). En el caso que nos ocupa, el TS anula el acto discrecional por entender —aunque no lo diga expresamente— que se basa en unos hechos determinantes erróneos: que la temporada de recolección estaba a punto de finalizar, cuando en realidad no lo estaba. Si la temporada hubiera finalizado ya, los hechos habrían dado la razón a la Administración, obligándola a desestimar la solicitud (hecho determinante del ejercicio de la potestad discrecional de otorgamiento de permisos de trabajo es, evidentemente, que el trabajo pueda ser realizado —y no puede serlo cuando su objeto, en este caso la recolección de fruta, ya ha desaparecido—).

Pero hay un problema, no advertido por el TS (ni, por lo que parece, por el tribunal de instancia): la resolución administrativa no fue dictada en el mismo momento en que fue presentada la solicitud (29 de diciembre de 1994), sino cuatro meses y medio más tarde, el 18 de mayo de 1995; y en esa fecha sí podía afirmarse que la temporada de recolección de naranjas estaba a punto de finalizar, quedando apenas un par de semanas de trabajo. Si bien parece claro que, como señala el tribunal, la Administración no ha de poder denegar un permiso de trabajo de temporada —alegando que ésta está ya tocando a su fin— cuando aún falten cinco meses para que termine, lo es mucho menos que no pueda ni deba hacerlo cuando queden sólo un par de semanas. A mi juicio, pese a que la normativa no le imponga una duración mínima, no tiene mucho sentido conceder un permiso de trabajo de temporada por un par de semanas de recolección de fruta. En cualquier caso, se trata de una apreciación que cae dentro del ámbito de decisión discrecional que el legislador reconoce a la Administración (y no a los tribunales) en esta materia; el hecho de que falte tan poco tiempo para que desaparezca el objeto del permiso de trabajo solicitado puede ser perfectamente considerado un “motivo legítimo” por la Administración para denegarlo, como señalaba el antes transcrito art. 37.4.f) RDLE. Ha sido, pues, el TS, y no la Administración, el que no se ha atendido a los hechos determinantes de la potestad administrativa ejercida.

Naturalmente, la cuestión pasa a ser, en el fondo, otra (que el TS ni siquiera se plantea): ¿es legítimo que la Administración tarde casi cinco meses en pronunciarse sobre una solicitud de permiso de trabajo? Los solicitantes de permisos de trabajo, al igual que los solicitantes de cualquier otra autorización administrativa, no tenían, entonces, ni tienen, ahora, el derecho a obtener una respuesta inmediata de la Administración. El Derecho administrativo español — como el de los demás países de nuestro entorno— establece que la resolución administrativa sólo podrá ser dictada tras haberse tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, procedimiento durante el cual deberán practicarse una serie de trámites necesarios para que el órgano competente tome una decisión fundada fáctica y jurídicamente. En el momento en que se produjeron los hechos objeto de la presente sentencia, vigente ya la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27.11.1992, núm. 285; en adelante, LRJPAC), la Administración demandada disponía de tres meses para resolver la solicitud de permiso de trabajo presentada (art. 42.2 LRJPAC —en la versión anterior a la Ley 4/1999, de 13 de enero [BOE de 14.1.1999, núm. 12]—, al no preverse un plazo específico en la normativa sobre extranjería del momento). Pasado dicho plazo, la solicitud debía entenderse desestimada, al ser éste un supuesto de silencio negativo [art. 4.1.a) y epígrafe B del Anexo del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto (BOE de

20.8.1994, núm. 199), en relación con la versión entonces vigente del art. 43.2.c) LRJPAC]. Sin embargo, como la desestimación presunta no exonera a la Administración de resolver de forma expresa los procedimientos, el órgano competente en el caso aquí examinado dictó con posterioridad (un mes y medio después) la resolución denegatoria que ya conocemos. Ello quiere decir que ni el TS ni el tribunal de instancia deberían haber tomado en consideración la fecha en que fue presentada la solicitud del permiso de trabajo para calcular el tiempo durante el cual el solicitante podría haber desarrollado su actividad. De dicho período debe descontarse, como mínimo, el tiempo con que la Administración cuenta, según el ordenamiento jurídico, para resolver la solicitud.

A la Administración cabe reprocharle, en el caso que nos ocupa, sin duda, que no emitiera su resolución expresa en el plazo de tres meses legalmente establecido. Pero esta falta no debe ser sancionada con la estimación judicial de la solicitud del permiso de trabajo (el legislador ha querido que la falta de resolución en plazo comporte la desestimación de la solicitud –al someter estos supuestos a silencio negativo–, y que sea la Administración y no los tribunales quien decida si se conceden o no los permisos de trabajo –al configurar dicha potestad como discrecional–), sino con la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los agentes administrativos que la hayan propiciado, como exigía ya entonces el art. 42.3 LRJPAC.

De lo dicho se desprende que la anulación de la denegación administrativa del permiso de trabajo por parte del TS resulta, en el caso que nos ocupa, muy discutible. Pero más discutible resulta todavía que el TS (y la sentencia de instancia) no se limite a anular dicha resolución, sino que declare el derecho del solicitante a obtener el permiso de trabajo, sustituyendo así a la Administración en su apreciación de las circunstancias que justifican su otorgamiento o denegación. Como es sabido, el art. 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE de 14.7.1998, núm. 167), prohíbe expresamente que los órganos jurisdiccionales “determin[en] el contenido discrecional de los actos anulados”. Ello significa que los tribunales, como regla general, sólo podrán anular los actos administrativos discrecionales, debiendo remitir de nuevo el asunto a la Administración para que ésta vuelva a pronunciarse subsanando los errores que han llevado a dicha anulación. Sólo en aquellos casos en que haya una sola alternativa a la elegida erróneamente por la Administración al dictar su acto discrecional anulado se admite que el tribunal declare el contenido que deberá tener dicho acto (es lo que sucede, por ejemplo, cuando la Administración adjudica de forma ilegal un contrato administrativo habiéndose presentado sólo dos licitadores: el tribunal podrá adjudicarlo directamente al otro licitador; se trata de los supuestos en los que se produce la denominada *reducción a cero* de la discrecionalidad –*Ermessensreduzierung auf Null*, en la expresión alemana de la que procede la española–). Pues bien, no está nada claro que en el caso que nos ocupa la discrecionalidad administrativa se hubiera reducido a cero en el momento en que la Administración tomó su decisión de desestimar la solicitud. Que la Administración sólo basara su negativa en el poco tiempo que quedaba para que finalizase la temporada de recolección de la naranja no significa necesariamente que hubiera concedido el permiso de haber faltado más tiempo para que se produjera dicha finalización. No es descabellado pensar que la Administración, sencillamente, no consideró necesario entrar a valorar otras circunstancias teniendo en cuenta la claridad de este motivo desestimatorio. En cualquier caso, esta disyuntiva entre la capacidad del juez de limitarse a anular la denegación del permiso o de llegar a sustituir a la Administración en su otorgamiento sólo incide, en este tipo de supuestos (en los que el solicitante no podrá disfrutar el permiso de trabajo por haber pasado ya la fecha para la cual fue

solicitado – Abderrazak lo solicitó para la campaña agrícola de 1995, y la STS es de julio de 2003—), en el montante indemnizatorio que podrá recibir el afectado en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo que nos obliga a pasar a examinar los pronunciamientos de esta STS sobre la indemnización concedida.

2. Sobre la posibilidad de solicitar indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración sin haberla reclamado antes en vía administrativa

El Abogado del Estado alega en su recurso, por otro lado, que no cabía conceder al recurrente una indemnización no reclamada antes en vía administrativa, según el procedimiento específico de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regulado por la LRJPAC y el Reglamento que la desarrolla en este punto. El TS desestima el motivo, basándose en una consolidada línea jurisprudencial, amparada en el art. 42 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (BOE de 28.12.1956, núm. 363; dicho precepto ha pasado al art. 31 de la actual), que permite acumular la pretensión indemnizatoria a la de anulación del acto administrativo impugnado en la demanda, exonerando de la carga de haber reclamado antes dicha indemnización en vía administrativa. Este pronunciamiento del TS no es novedoso ni problemático, por lo que no merece mayores comentarios.

3. Sobre el derecho a obtener indemnización como consecuencia de la denegación ilegal del permiso de trabajo

Más problemática es, en cambio, la decisión del TS de declarar el derecho de Abderrazak a ser indemnizado por la denegación ilegal del permiso de trabajo solicitado, en cantidad equivalente al importe de los salarios que hubiera percibido por el desempeño del puesto de trabajo durante los meses de febrero a junio de 1995. El TS, en esta sentencia, tras señalar que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir también de actos administrativos, se limita a coincidir con la apreciación de la concurrencia de los requisitos de dicha responsabilidad efectuada por el tribunal de instancia, así como con su cuantificación de la indemnización, sin añadir ningún argumento significativo. Pero sienta, con ello, un importante precedente en la materia. Hasta la fecha, el TS había reconocido el derecho a indemnización de los extranjeros que habían sido *despedidos* por haber visto denegada de forma ilegal la *renovación* de su permiso de trabajo (así, p. ej., las SSTS, 3ª, 27.1.98 [Ar. 576; MP: Pedro Antonio Mateos García], 16.2.99 [Ar. 1623; MP: Francisco González Navarro], 2.3.99 [Ar. 2320; MP: Juan Antonio Xiol Ríos] y 19.11.2001 [Ar. 484; MP: Enrique Lecumberri Martí]). Pero no había declarado que tuvieran también derecho a indemnización aquellos que vieran desestimada *por primera vez*, de forma ilegal, su solicitud de trabajar en nuestro país.

Uno y otro supuesto son, obviamente, muy distintos: quien disponga ya de un permiso de trabajo tendrá preferencia sobre quien carezca aún de él [así lo establecía ya el art. 18.3.l) LODLE], teniendo derecho a que le sea renovado siempre que subsistan las circunstancias que motivaron su primera o anterior concesión (lo señalaba ya el art. 19.1 LODLE). Su expectativa de disponer

(de la renovación) del permiso de trabajo es, así, mucho mayor que la de quien todavía carece de él. Por otro lado, parece mucho peor desfavorecer, menoscabar la situación jurídica preexistente de un sujeto (como ocurre cuando la Administración deniega la renovación de un permiso de trabajo, propiciando que el sujeto sea despedido), que dejar de beneficiarle, dejar de crearle una situación jurídica favorable (es lo que sucede cuando la Administración no le concede a alguien un permiso de trabajo por primera vez).

La virtualidad expansiva del principio asentado por esta STS es innegable. Aunque el TS parezca limitarse a reconocer este derecho indemnizatorio a quienes no puedan ya disfrutar del permiso de trabajo ilegalmente denegado (por haber transcurrido ya el período de tiempo para el que lo solicitaron; parece, pues, limitarlo a los permisos de trabajo de temporada), le será muy difícil negarlo a aquellos a los que se les haya denegado injustificadamente cualquier otro permiso de trabajo (¿por qué no deberán ser indemnizados por el tiempo transcurrido sin poder trabajar entre la desestimación ilegal de su solicitud y el momento en que finalmente se les otorgue el permiso?, ¿por qué no debe pagarles también a ellos la Administración los sueldos que han dejado de percibir durante dicho período?) y, en general, a cualquier persona a la que la Administración haya denegado de forma ilegal toda autorización reglada o discrecional. Todos ellos, además, según se desprende de la presente STS, tendrán derecho a reclamar el pago de todas las cantidades que hayan dejado de percibir durante el período, sin necesidad de descontar lo que hayan podido ganar por otras vías (aunque la parquedad de la STS no permite afirmarlo con rotundidad, no parece que a Abderrazak se le haya descontado de la indemnización lo que ganó durante los meses de febrero a junio de 1995 —y que a buen seguro no habría ganado de haber obtenido el permiso de trabajo—).

Ello pone de relieve, una vez más, la necesidad de que el legislador español se decida a regular como es debido el complejo tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, construyendo un sistema articulado que dé una respuesta previsible y satisfactoria a las muchas especialidades de los distintos ámbitos de la acción administrativa (entre ellos, el de la concesión de autorizaciones administrativas discrecionales). A mi modo de ver, esta nueva regulación, como regla general, debería limitar el alcance de la responsabilidad de la Administración por la denegación ilegal de autorizaciones discrecionales al importe (íntegro, eso sí) de los gastos desembolsados por el solicitante hasta obtener una nueva resolución administrativa ajustada a Derecho (que le conceda o no, de forma correctamente motivada, lo que pidió), así como a los daños morales sufridos como consecuencia de la espera. Y es que quien solicita una autorización discrecional no tiene, por definición, derecho a obtenerla, sino, únicamente, derecho a que su petición sea resuelta de forma motivada (razonada) y razonable, en el plazo legalmente establecido, por parte del órgano competente, tras haberse tramitado el procedimiento previsto, y con respeto de los distintos principios generales del Derecho.

Lo más curioso es que el TS ha abierto la caja de Pandora de la responsabilidad de la Administración por la denegación ilegal de autorizaciones discrecionales en un caso en el que no parecía necesario. En efecto, como se ha dicho antes, por las razones entonces expuestas, resulta más que discutible que la denegación del permiso de trabajo por parte de la Administración fuera, en el caso aquí examinado, ilegal. Y, al menos de momento, el TS no se ha atrevido todavía

a condenar a la Administración por la denegación ajustada a Derecho de autorizaciones discrecionales.

Pero todo tiene un lado positivo: esta STS, pese a sus carencias, quizá servirá para que la Administración española examine con mayor atención las solicitudes de permisos de trabajo que recibe cada año de miles y miles de extranjeros necesitados.