

InDret

Dret a una indemnització per la denegació il·legal del permís de treball

Comentari a la STS, 3a, 7.7.2003

Oriol Mir Puigpelat
Facultat de Dret
Universitat de Barcelona

Working Paper núm.: 204
Barcelona, gener de 2004
www.indret.com

La STS, 3a, 7.7.2003 (Ar. 4791; MP: Rafael Fernández Montalvo) mereix l'atenció d'*InDret* perquè assenta un important precedent al Dret espanyol d'immigració, un sector de l'ordenament que incrementa la seva rellevància dia a dia, a mida que augmenta l'afluència d'entrada d'estrangers no comunitaris al nostre país: el dret a una indemnització en cas de denegació il·legal de la concessió del permís de treball.

Aquesta STS ja ha estat comentada –i aplaudida– per 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, novembre 2003, ps. 43-49 (http://www.aranzadi.es/online/àrees/social/artpub/comen_44_as12.html).

Segons es desprèn de l'escassa descripció dels fets que conté la sentència, el 29 de desembre de 1994 Citrias, S.L. va sol·licitar un permís de treball per compte d'altri en favor d'Abderrazak I., per tal que es pogués incorporar a la campanya de recol·lecció de mandarines i taronges de Castelló, campanya que finalitzava el juny de 1995. La Direcció Provincial de Treball, Seguretat Social i Afers Socials de Castelló va desestimar la sol·licitud mitjançant una Resolució de 18 de maig de 1995. Si bé es comptava amb l'informe favorable de la Brigada Provincial d'Estrangeria i Documentació, l'Administració va denegar el permís de treball al·legant, com a únic motiu, que l'“oferta de treball [era] inviable perquè el seu objecte eren tasques agrícoles en una campanya d'acabament proper”. Abderrazak va impugnar aquesta resolució en via contenciós-administrativa, davant la Sala Contenciós- Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana. Aquesta Sala, mitjançant la sentència de 5 de maig de 1999, va estimar el recurs d'Abderrazak, anul·lant la resolució administrativa i declarant el seu dret a obtenir el permís de treball sol·licitat i a ser indemnitzat amb una quantitat equivalent a l'import dels salaris que hagués percebut en haver ocupat el lloc de treball denegat durant els mesos de febrer a juny de 1995. El TS, a la sentència aquí comentada, va desestimar íntegrament el recurs de cassació interposat per l'Advocat de l'Estat.

Les principals qüestions sobre les que s'ha de pronunciar el TS són tres: la legalitat de la resolució administrativa de denegació del permís de treball; la possibilitat que el recurrent sol·liciti en la seva demanda una indemnització en concepte de responsabilitat patrimonial de l'Administració, no havent estat reclamada amb anterioritat en via administrativa; i el naixement i abast de l'esmentada responsabilitat en cas de denegació il·legal del permís de treball. Malgrat que aquestes qüestions estan estretament relacionades (la resposta a la tercera qüestió depèn en gran manera de l'establert a les dues anteriors), s'han d'examinar per separat.

1. Sobre el control de la discrecionalitat de l'Administració

La primera qüestió no és una altra que l'abast del control dels tribunals sobre les potestats discrecionals de l'Administració, un tema clàssic i crucial del Dret administratiu, que s'associa a les relacions existents entre la Llei, l'Administració i el poder judicial. En efecte, malgrat els dubtes manifestats pel TS en el moment de qualificar dogmàticament la potestat exercida per l'Administració a l'hora de pronunciar-se sobre l'atorgament dels permisos de treball als estrangers no comunitaris (al FJ 2n ve a afirmar que es tracta d'una potestat *discrecional* atribuïda sota la tècnica dels *conceptes jurídics indeterminats* –i, com és sabut, a Espanya se sol considerar

que la potestat basada en conceptes jurídics [o normatius] indeterminats és una potestat reglada, no discrecional—), sembla clar que es tracta d'una potestat discrecional. Això es desprèn dels llavors vigents arts. 18.1 de la Llei orgànica 7/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya (BOE de 3.7.1985, núm. 158; en endavant, LODLE), i 33 i ss. del Reglament d'execució de l'esmentada Llei, aprovat per Reial Decret 1119/1986, de 16 de maig (BOE de 12.6.1986, núm. 140; en endavant, RDLE). Aquests preceptes atribuïen a l'Administració un marge d'apreciació discrecional dels diferents factors a considerar en l'atorgament o la denegació dels permisos de treball.

El factor principal que aquesta normativa obligava a considerar era la *situació nacional d'ocupació*, circumstància que al·ludeix a l'existència de treballadors desocupats —amb una qualificació semblant a la del sol·licitant del permís de treball— a la zona geogràfica i al sector d'activitat que es tracti. Però no era l'únic. L'art. 37.4.f) RDLE, fins i tot, facultava a l'Administració a denegar el permís de treball “[q]uan concorri qualsevol altra causa que sigui considerada com a motiu legítim per l'autoritat laboral, mitjançant resolució degudament motivada”. Es tracta d'un exemple de llibre de potestat autoritzatòria discrecional.

Doncs bé, el TS coincideix amb la sentència d'instància quan considera que l'Administració, en denegar el permís de treball, ha fet un mal ús de l'esmentada potestat, vulnerant l'ordenament jurídic. La raó fonamental esgrimida pel TS és que els fets al·legats per l'Administració per denegar el permís no són certs: donat que la sol·licitud es va presentar el 29 de desembre de 1994, i la campanya de recol·lecció de la taronja, a Castelló, finalitzava el juny de 1995, no és cert que l'oferta de treball fos inviable (perquè estava a punt d'acabar la campanya agrícola citada); l'activitat laboral sol·licitada es podria haver desenvolupat durant, almenys, cinc mesos. El TS reforça la seva argumentació assenyalant que la normativa no exigeix en cap moment que el permís tingui una durada mínima, ni que el treballador el sol·liciti i l'obtingui abans que s'iniciï la temporada de recol·lecció; que l'Administració no va adduir cap altre motiu per desestimar la sol·licitud; i que la Brigada Provincial d'Estrangeria i Documentació s'havia mostrat favorable, en el seu informe, a la concessió del permís. Per tot això, el TS confirma la sentència recorreguda en aquest primer aspecte, sentència que no es va limitar a anul·lar l'acte administratiu impugnat, sinó que va declarar el dret d'Abderrazak a obtenir el permís de treball sol·licitat, substituint l'Administració.

La sentència aquí comentada no és nova en aquest punt. També anul·len la denegació d'un permís de treball a un estranger no comunitari, entre moltes altres, les 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) i 18.6.2003 (Ar. 5692; MP: Rodolfo Soto Vázquez). Entre elles, la segona i la quarta també reconeixen expressament el dret de l'estranger a obtenir el permís sol·licitat. L'única peculiaritat de la sentència objecte d'examen recau en el motiu al·legat per l'Administració per denegar el permís de treball; normalment, el TS anul·la la denegació perquè l'Administració no ha provat de manera suficient la seva al·legació més comuna: que hi ha treballadors desocupats amb un nivell de qualificació semblant a la del sol·licitant al sector d'activitat i la zona geogràfica de què es tracti.

Fins aquí, la sentència constitueix un exemple magnífic sobre com els tribunals contenciós-administratius controlen, al nostre país, l'exercici de les potestats discrecionals per part de l'Administració. Com és sabut, la nostra doctrina i jurisprudència admeten des de fa temps que els tribunals puguin controlar determinats aspectes de les potestats administratives discrecionals: els seus elements reglats (la competència per exercir la potestat, el procediment

que s'ha de seguir, la finalitat que s'ha de perseguir, la necessitat de motivació suficient, etc.), la realitat dels fets determinants del seu exercici i el respecte dels principis generals del Dret (proporcionalitat, igualtat, interdicció de l'arbitrarietat – principi l'abast del qual ha estat molt discutit en els últims anys –, etc.). En el cas que ens ocupa, el TS anul·la l'acte discrecional per entendre – encara que no ho digui expressament – que es basa en uns fets determinants erronis: que la temporada de recol·lecció estava a punt de finalitzar, quan en realitat no ho estava. Si la temporada ja hagués finalitzat, els fets haurien donat la raó a l'Administració, obligant-la a desestimar la sol·licitud (un fet determinant de l'exercici de la potestat discrecional d'atorgament de permisos de treball és, evidentment, que el treball pugui ser realitzat – i no ho pot ser quan el seu objecte, en aquest cas la recol·lecció de fruita, ja ha desaparegut –).

Però hi ha un problema, no advertit pel TS (ni, segons sembla, pel tribunal d'instància): la resolució administrativa no es dictà en el mateix moment de presentació de la sol·licitud (el 29 de desembre de 1994), sinó quatre mesos i mig més tard, el 18 de maig de 1995; i en aquesta data sí es podia afirmar que la temporada de recol·lecció de taronges estava a punt de finalitzar, restant només un parell de setmanes de treball. Si bé sembla clar que, com senyala el tribunal, l'Administració no ha de poder denegar un permís de treball de temporada – al·legant que aquesta ja està tocant al seu fi – quan encara restin cinc mesos perquè acabi, encara menys quan quedin només un parell de setmanes. Al meu parer, encara que la normativa no imposi una durada mínima, no té gaire sentit concedir un permís de treball de temporada per un parell de setmanes de recol·lecció de fruita. En qualsevol cas, es tracta d'una apreciació que cau dins l'àmbit de decisió discrecional reconegut pel legislador a l'Administració (i no als tribunals) en aquesta matèria; el fet que resti tan poc temps perquè desaparegui l'objecte del permís de treball sol·licitat pot ser considerat perfectament per l'Administració com un “motiu legítim” per denegar-lo, com assenyalava el transcrit art. 37.4.f) RDLE. Ha estat, doncs, el TS, i no l'Administració, qui no ha estat als fets determinants de la potestat administrativa exercida.

Naturalment, la qüestió, en el fons, passa a ser una altra (que el TS ni tan sols es planteja): és legítim que l'Administració trigui gairebé cinc mesos a pronunciar-se sobre una sol·licitud de permís de treball? Els sol·licitants de permisos de treball, com els sol·licitants de qualsevol altra autorització administrativa, no tenien, llavors, ni tenen, ara, el dret a obtenir una resposta immediata de l'Administració. El Dret administratiu espanyol – com el d'altres països del nostre entorn – estableix que la resolució administrativa només es podrà dictar un cop tramitat el procediment administratiu corresponent, durant el qual s'hauran de practicar una sèrie de tràmits necessaris perquè l'òrgan competent adopti una decisió fundada fàcticament i jurídicament. En el moment en què es van produir els fets objecte de la present sentència, estant vigent la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú (BOE de 27.11.1992, núm. 285; en endavant, LRJPAC), l'Administració demandada disposava de tres mesos per resoldre la sol·licitud de permís de treball presentada (art. 42.2 LRJPAC – en la versió anterior de la Llei 4/1999, de 13 de gener [BOE de 14.1.1999, núm. 12] –, en no existir un termini específic en la normativa sobre estrangeria del moment). Transcorregut l'esmentat termini, la sol·licitud s'havia d'entendre desestimada, en estar davant d'un supòsit de silenci negatiu [art. 4.1.a) i epígraf B de l'Annex del Reial Decret 1778/1994, de 5 d'agost (BOE de 20.8.1994, núm. 199), en relació amb la versió llavors vigent de l'art. 43.2.c) LRJPAC]. No obstant, com la desestimació presumpta no exonera

L'Administració de resoldre de forma expressa els procediments, l'òrgan competent en el cas examinat va dictar amb posterioritat (un mes i mig després) la resolució denegatòria que ja coneixem. Això significa que ni el TS ni el tribunal d'instància haurien d'haver pres en consideració la data en què fou presentada la sol·licitud del permís de treball per calcular el temps durant el qual el sol·licitant podria haver desenvolupat la seva activitat. D'aquest període s'ha de descomptar, com a mínim, el temps amb què compta l'Administració, segons l'ordenament jurídic, per resoldre la sol·licitud.

Sens dubte, cal retreure a l'Administració, en el cas que ens ocupa, que no emetés la seva resolució expressa en el termini legalment establert de tres mesos. Però aquesta falta no s'ha de sancionar amb l'estimació judicial de la sol·licitud del permís de treball (el legislador ha volgut que la falta de resolució en termini comporti la desestimació de la sol·licitud –en sotmetre aquests supòsits a silenci negatiu–, i que sigui l'Administració i no els tribunals qui decideixi si es concedeixen o no els permisos de treball –en configurar l'esmentada potestat com a discrecional–), sinó amb l'exigència als agents administratius que l'hagin propiciat de responsabilitat disciplinària, com ja exigia l'art. 42.3 LRJPAC.

Del que s'ha dit es desprèn que l'anul·lació pel TS de la denegació administrativa del permís de treball resulta, en el cas que ens ocupa, molt discutible. Però encara més discutible resulta que el TS (i la sentència d'instància) no es limiti a anul·lar l'esmentada resolució, sinó que declari el dret del sol·licitant a obtenir el permís de treball, substituint així l'Administració en la seva apreciació de les circumstàncies que justifiquen el seu atorgament o denegació. Com és sabut, l'art. 71.2 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la jurisdicció contenciós administrativa (BOE de 14.7.1998, núm. 167), prohibeix expressament que els òrgans jurisdiccionals “determinin el contingut discrecional dels actes anul·lats”. Això significa que els tribunals, com a regla general, només podran anul·lar els actes administratius discrecionals, remetent novament l'afer a l'Administració perquè aquesta es torni a pronunciar tot esmenant els errors que han dut a l'anul·lació. Només en aquells casos on hi hagi una sola alternativa a la triada erròniament per l'Administració en dictar el seu acte discrecional anul·lat s'admet que el tribunal declari el contingut que haurà de tenir aquell acte (és el que succeeix, per exemple, quan l'Administració adjudica de forma il·legal un contracte administratiu quan només s'han presentat dos licitadors: el tribunal el podrà adjudicar directament a l'altre licitador; es tracta de supòsits on es produeix la denominada *reducció a zero* de la discrecionalitat –*Ermessensreduzierung auf Null*, en l'expressió alemanya de la qual deriva l'espanyola–). Doncs bé, no queda clar en el cas que ens ocupa sobre si la discrecionalitat administrativa s'hagués reduït a zero en el moment que l'Administració va prendre la seva decisió de desestimar la sol·licitud. El fet que l'Administració només hagués basat la seva negativa en el poc de temps que quedava per finalitzar la temporada de recol·lecció de la taronja no significa necessàriament que hagués concedit el permís si hagués faltat més temps perquè es produís aquell acabament. No és desgavellat pensar que l'Administració, senzillament, no va considerar necessari entrar a valorar altres circumstàncies tenint en compte la claredat d'aquest motiu desestimatori. En qualsevol cas, aquesta disjuntiva entre la capacitat del jutge de limitar-se a anul·lar la denegació del permís o d'arribar a substituir l'Administració en el seu atorgament només incideix, en aquest tipus de casos (on el sol·licitant no podrà gaudir del permís de treball per haver passat la data per a la qual va ser sol·licitat –Abderrazak el va sol·licitar per a la campanya agrícola de 1995, i la STS és de juliol de 2003–), en el muntant indemnitzatori que podrà rebre l'afectat en concepte de responsabilitat patrimonial de l'Administració, la qual cosa

ens obliga a passar a examinar els pronunciaments d'aquesta STS sobre la indemnització concedida.

2. Sobre la possibilitat de sol·licitar una indemnització en concepte de responsabilitat patrimonial de l'Administració sense haver estat reclamada amb anterioritat en via administrativa

L'Advocat de l'Estat, d'altra banda, al·lega al seu recurs que no cabia concedir al recurrent una indemnització que no havia estat reclamada abans en via administrativa, segons el procediment específic d'exigència de responsabilitat patrimonial de l'Administració regulat per la LRJPAC i el Reglament que la desenvolupa en aquest punt. El TS desestima el motiu, en base a una línia jurisprudencial consolidada que s'empara en l'art. 42 de la Llei de la jurisdicció contenciós administrativa de 27 de desembre de 1956 (BOE de 28.12.1956, núm. 363; l'esmentat precepte ha passat a l'art. 31 de l'actual), que permet acumular la pretensió indemnitzatòria a la d'anul·lació de l'acte administratiu impugnat en la demanda, exonerant de la càrrega d'haver de reclamar la indemnització amb anterioritat en via administrativa. Aquest pronunciament del TS no és nou ni problemàtic, per la qual cosa no mereix majors comentaris.

3. Sobre el dret a obtenir indemnització com a conseqüència de la denegació il·legal del permís de treball

Més problemàtica és, en canvi, la decisió del TS de declarar el dret d'Abderrazak a ser indemnitzat per la denegació il·legal del permís de treball sol·licitat, en una quantitat equivalent a l'import dels salaris que hagués percebut si hagués ocupat el lloc de treball durant els mesos de febrer a juny de 1995. El TS, en aquesta sentència, després d'assenyalar que la responsabilitat patrimonial de l'Administració també pot sorgir d'actes administratius, es limita a coincidir amb l'apreciació de què concorren els requisits de l'esmentada responsabilitat que havia efectuat el tribunal d'instància, així com amb la seva quantificació de la indemnització, sense afegir cap argument significatiu. Però, amb això, assenta un important precedent en la matèria. Fins avui, el TS havia reconegut el dret a una indemnització dels estrangers que havien estat *acomiadats* per haver estat denegada de forma il·legal la *renovació* del seu permís de treball (així, p. ex., les 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] i 19.11.2001 [Ar. 484; MP: Enrique Lecumberri Martí]). Però no havia declarat que també tinguessin dret a una indemnització aquells que veiessin desestimada *per primera vegada*, de forma il·legal, la seva sol·licitud per treballar al nostre país.

Ambdós supòsits són, òbviament, molt diferents: qui ja disposi d'un permís de treball tindrà preferència sobre aquell que encara no el té [ja ho establí així l'art. 18.3.l) LODLE], tenint dret a la seva renovació sempre que subsisteixin les circumstàncies que van motivar la seva primera o anterior concessió (com ja assenyalava l'art. 19.1 LODLE). La seva expectativa de disposar (de la renovació) del permís de treball és, doncs, molt major que la d'aquell que encara el té. D'altra

banda, sembla molt pitjor desfavorir, menyscar la situació jurídica preexistent d'un subjecte (com succeeix quan l'Administració denega la renovació d'un permís de treball, propiciant l'acomiadament del subjecte), que deixar de beneficiar-lo, deixar de crear-li una situació jurídica favorable (és el que succeeix quan l'Administració no concedeix un permís de treball per primera vegada).

La virtualitat expansiva del principi assentat per aquesta STS és innegable. Encara que el TS sembla que es limita a reconèixer aquest dret indemnitzatori a aquells que no poden gaudir del permís de treball il·legalment denegat (per haver transcorregut el període de temps per al qual havia estat sol·licitat; sembla, doncs, limitar-ho als permisos de treball de temporada), li serà molt difícil negar-lo a aquells a qui se'ls hagi denegat injustificadament qualsevol altre permís de treball (per què no hauran de ser indemnitzats pel temps transcorregut sense poder treballar entre la desestimació il·legal de la seva sol·licitud i el moment en què finalment se'ls atorgui el permís?, per què l'Administració no els ha de pagar també a ells els sous que han deixat de percebre durant l'esmentat període?) i, en general, a qualsevol persona a qui l'Administració hagi denegat de forma il·legal qualsevol autorització reglada o discrecional. A més, tots ells, com es desprèn de la STS, tindran dret a reclamar el pagament de totes les quantitats que hagin deixat de percebre durant el període, sense necessitat de descomptar el que hagin pogut guanyar per altres vies (encara que la concisió de la STS no permet afirmar-ho amb rotunditat, no sembla que a Abderrazak se li hagi descomptat de la indemnització allò que va guanyar durant els mesos de febrer a juny de 1995 –i que de ben segur no hauria guanyat d'haver obtingut el permís de treball–).

Això posa de relleu, un cop més, la necessitat que el legislador espanyol reguli com cal el complex tema de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, construint un sistema articulat que doni una resposta previsible i satisfactòria a les moltes especialitats dels diferents àmbits de l'acció administrativa (entre ells, el de la concessió d'autoritzacions administratives discrecionals). Segons el meu parer, aquesta nova regulació, com a regla general, hauria de limitar l'abast de la responsabilitat de l'Administració per la denegació il·legal d'autoritzacions discrecionals a l'import (íntegre, això sí) de les despeses desembossades pel sol·licitant fins a obtenir una nova resolució administrativa ajustada a Dret (que li concedeixi o no, de forma correctament motivada, allò que va demanar), així com als danys morals patits com a conseqüència de l'espera. I és que aquell que sol·licita una autorització discrecional no té, per definició, el dret a obtenir-la, sinó, únicament, el dret a què la seva petició sigui resolta de forma motivada (raonada) i raonable, en el termini legalment establert, per part de l'òrgan competent, després d'haver-se tramitat el procediment previst, i respectant els diferents principis generals del Dret.

El més curiós és que el TS ha obert la caixa de Pandora de la responsabilitat de l'Administració per la denegació il·legal d'autoritzacions discrecionals en un cas en què no semblava necessari. En efecte, com s'ha dit anteriorment, per les raons exposades, resulta més que discutible que la denegació del permís de treball per part de l'Administració fos, en el cas examinat, il·legal. I, almenys de moment, el TS encara no s'ha atrevit a condemnar l'Administració per la denegació ajustada a Dret d'autoritzacions discrecionals.

Però tot té un costat positiu: aquesta STS, malgrat les seves carències, potser servirà perquè l'Administració espanyola examini amb major atenció les sol·licituds de permisos de treball que rep cada any de mils i milers d'estrangers necessitats.