

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION: CUARTA

fecha: 13/02/2003

Ponente: Mariano Baena del Alcázar

RECURSO CASACIÓN

Recurso_Numero_1: 9936/1998

Presidente_S: D. Juan García-Ramos Iturralde

MAG_1: D. Mariano Baena del Alcázar y D. Antonio Martí García y D. Rafael Fernández Montalvo y D. Rodolfo Soto Vázquez

Visto el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que le es propia contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de mayo de 1998, relativa a denegación de permiso de trabajo a ciudadano extranjero, formulado al amparo del motivo 4º del artículo 95,1 de la Ley Jurisdiccional por infracción del ordenamiento jurídico, habiendo comparecido el Abogado del Estado en la representación que le es propia y no habiendo comparecido sin embargo D. Lin Y., que había sido emplazado en debida forma.

PRIMERO.- Con fecha 27 de mayo de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia se dictó Sentencia en cuyo fallo se estimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Lin Y. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Valencia, relativa a denegación de solicitud nominativa de oferta de empleo a ciudadano extranjero.

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia en debida forma, por el Abogado del Estado en la representación que le es propia, mediante escrito de 11 de junio de 1998, se anunció la preparación de recurso de casación.

En virtud de Providencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de septiembre de 1998 se tuvo por preparado el recurso de casación, emplazandose a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- En 15 de marzo de 1999 por el Abogado del Estado en la representación que le es propia se interpuso recurso de casación, basandose en el motivo 4º del artículo 95,1 de la Ley Jurisdiccional.

No ha comparecido ante la Sala en concepto de recurrido D. Lin Y., que había sido emplazado en debida forma.

CUARTO.- Mediante Providencia de 15 de noviembre de 1999 se admitió el recurso de casación interpuesto.

Tramitado el recurso en debida forma, señalose el día 11 de febrero de 2003 para su votación y fallo en cuya fecha tuvo lugar.

PRIMERO.- La materia del presente proceso versa sobre otorgamiento de permiso de trabajo a un ciudadano extranjero. Pues por un ciudadano chino propietario de un restaurante se formuló oferta nominativa de empleo a favor de otro ciudadano chino para que trabajase en su negocio, acogiendo a lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobaba el contingente de permisos de trabajo a otorgar a extranjeros no comunitarios en 1994. Dicha solicitud fue desestimada por la Dirección provincial competente del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, ante lo cual el beneficiario del permiso solicitado recurrió en vía contenciosa.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso interpuesto. En sus Fundamentos de Derecho se expresan en síntesis inicialmente las alegaciones de las partes. El recurrente argumenta que es cocinero especialista en cocina china, para lo que va a ser empleado en el restaurante, lo cual exige unos conocimientos determinados. Por el contrario la Administración alega que son ajustadas a derecho la fundamentación y motivación del acto que denegó el permiso de trabajo, las cuales se basan sobre todo en que, según el informe del Instituto Nacional de Empleo, en las fechas de autos existían en la provincia 5.146 demandantes de empleo en el sector.

Seguidamente la Sentencia declara que la cuestión ya ha sido abordada por el mismo Tribunal y la misma Sala, y que debe resolverse conforme al precedente que supone la Sentencia de dicho Tribunal de 6 de mayo de 1998, y sobre todo conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

En este sentido se sigue la doctrina de nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 1990 (Sección Séptima), que se transcribe ampliamente. Esta Sentencia declara que procede otorgar el permiso de trabajo cuando se necesita un cocinero especialista en cocina china, y por la Administración no se ofrece a través de los servicios de empleo un cocinero español en paro capacitado para dicha especialidad. Es decir, la Sentencia citada se pronunciaba en el sentido de valorar la especialidad del puesto, no considerando bastante motivo para la denegación del permiso la existencia de españoles en paro en el sector. Así se declaraba en aplicación de los artículos 13 y 35 de la Constitución y los preceptos correspondientes de la Ley Orgánica de Extranjería 7/1985, de 1 de julio, y de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. En este sentido debe resolverse, siempre según la Sentencia citada, especialmente cuando no se ha probado que un cocinero español en paro en la ciudad donde está el restaurante tenga conocimientos suficientes para elaborar una cocina china con una perfección aceptable.

Al seguir fielmente esta doctrina, como se ha dicho, se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia recurre en casación el Abogado del Estado, invocando un solo motivo al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción en su redacción aplicable por infracción del ordenamiento jurídico, citando como infringidos el artículo 18.1, apartado a), de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y los artículos 37.4, apartado a) y 51.1, apartado a), de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. No comparece como recurrido el ciudadano chino que obtuvo Sentencia favorable del Tribunal a quo.

Se razona en el motivo, partiendo de la normativa de los artículos citados, que para la concesión o el otorgamiento del permiso debe valorarse la existencia de españoles en paro en la actividad que deba desempeñar el solicitante, y que la autoridad competente para resolver solicitará informe del Instituto Nacional de Empleo, aunque éste no siempre será necesario, y podrá denegarse el permiso cuando así lo aconseje la situación laboral nacional. Se entiende que esta normativa se ha infringido por la Sentencia y que la Administración no está obligada a averiguar cual es la especialidad de todos y cada uno de los españoles en paro en el sector, pues según el artículo 51 del Reglamento aplicable la información sobre las personas en desempleo ha de referirse solo a las distintas áreas geográficas, la actividad económica, y los grupos de ocupación. En el caso de autos el informe del Instituto Nacional de Empleo solo podía acreditar estos datos, y por ello en la cifra de 5.146 españoles en paro en la provincia se incluían puestos de trabajo como cocineros, oficiales, ayudantes y aprendices.

Entiende el defensor de la Administración que ello es bastante para denegar el permiso, pues de lo contrario sería suficiente alegar unos conocimientos que supusieran cierta especialización aunque no se hubiesen probado, lo que supondría frustrar la finalidad de los preceptos aplicables que se citan como infringidos.

No obstante, la Sala no puede acoger esta argumentación, por lo que procede desechar el motivo y desestimar el recurso. Pues según reiterada jurisprudencia que se contiene, no solo en la Sentencia citada por el Tribunal a quo de 7 de diciembre de 1970 sino en otras posteriores de la que son muestra las de 30 de octubre y 4 de diciembre de 2002 y 27 de enero de 2003, se viene declarando que no es motivación suficiente para denegar un permiso de trabajo que existan españoles en paro en el sector, sino que ha de demostrarse que estos españoles pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, bien por estar cualificados para ello, bien por no ser necesaria una cualificación especial.

En el caso de autos asiste la razón a la Sentencia impugnada cuando declara, asumiendo la doctrina de nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 1990, que dicho extremo no ha sido probado en el supuesto de que se trata. En definitiva el defensor de la Administración no desvirtúa esta argumentación, pues las alegaciones que realiza se refieren a criterios de organización interna y pautas de trabajo del Instituto Nacional de Empleo, lo que no supone alegar razones jurídicas que motiven que debemos modificar nuestra jurisprudencia.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia anterior y en virtud del principio de unidad de doctrina, procede como antes se ha dicho no acoger el motivo de casación invocado y desestimar el recurso.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción en su redacción aplicable al caso de autos debemos imponer a la Administración actora en casación las costas del proceso.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y común aplicación. Que no acogemos el único motivo invocado, por lo que declaramos no haber lugar a la casación de la Sentencia impugnada y debemos desestimar y desestimamos el presente recurso; con expresa imposición de costas a la Administración recurrente de acuerdo con la Ley.