**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA:** Existencia de: Resolución del INSS: interpretación del art. 48.2 ET por la Sala de lo Social del TS: el derecho a reserva del puesto de trabajo sólo dura dos años contados desde la fecha de la resolución administrativa declarando la incapacidad: dictada Resolución por el INSS superados los dos años: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado: no es necesario que el trabajador recurra el cese de la empresa: indemnización procedente: cálculo: cantidad correspondiente a la indemnización que le hubiera correspondido en un supuesto de despido improcedente.

**Jurisdicción:** Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 3269/2012

**Ponente:** Excmo. Sr. Manuel García Fernández-Lomana

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dicta sentencia de fecha 17-04-2013 estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por particular contra la desestimación por silencio de la reclamación interpuesta en solicitud de indemnización de los daños causados (responsabilidad patrimonial) y, en consecuencia, condena a la Administración demandada (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) a que abone al demandante la cantidad de 87.853,50 euros. Sin condena en costas.

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de abril de dos mil trece.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 3269/2012 seguido a instancia de D Lucas que comparece representado por el Procurador D ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO y dirigida por Letrado, siendo parte demandada la Administración del Estado (actualmente Ministerio de Empleo y Seguridad Social), en cuya representación y defensa interviene el Sr. Abogado del Estado. Y codemandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) , en cuya representación y defensa interviene la Sra. Letrada del INSS. La cuantía de recurso es de 187.853,50 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2012 se interpuso recurso contencioso-administrativo por la representación de D Lucas contra la desestimación por silencio de la reclamación interpuesta en solicitud de indemnización de los daños causados (responsabilidad patrimonial).

SEGUNDO.- Por Decreto de 9 de abril de 2012 se admitió a trámite el recurso y se solicito a la Administración el expediente administrativo. Verificada la remisión el 8 de mayo de 2012 se entregaron los autos al recurrente para que formulase demanda. EL 10 de mayo se tuvo por personado y parte al INSS.

TERCERO.- El 4 de junio de 2012 se formalizó demanda por el recurrente. De dicha demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, que presentó escrito de contestación el 30 de julio de 2012. Así, como a la Letrada del INSS que contestó a la demanda el 24 de octubre de 2012.

CUARTO.- Por escrito de 29 de octubre de 2012 se acordó abrir el periodo de prueba y practicar la admitida. Abierto el trámite de conclusiones la demandante presentó el correspondiente escrito el 15 de noviembre de 2012; el Sr. Abogado del Estado el 22 de noviembre de 2012 y el INSS el 12 de febrero de 2013.

QUINTO.- Por providencia de 3 de abril de 2013 se señaló para votación y juicio el 10 de abril de 2013.

Visto, habiendo actuado como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El demandante inició un proceso de incapacidad temporal el 14 de febrero de 2007 con el diagnóstico de "leucemia aguda mieloblástica". Próximo el tiempo máximo de duración de la IT, se propuso por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) declarar al demandante en situación de incapacidad permanente absoluta (IPA). Dictándose Resolución el 7 de agosto de 2008 declarando a D. Lucas en situación de IPA e indicándole que "se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita su reincoporación al puesto de trabajo antes de dos años ( art 48.2 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores - [ET  ( RCL 1995, 997 )](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)   -)". Fijándose para primera revisión la fecha de 3 de agosto de 2009. El 9 de septiembre de 2009 se dictó una nueva Resolución en la que se indicaba que no se había producido variación en el estado de sus lesiones que determinase la modificación del grado de incapacidad, continuando en la situación de IPA.

El 31 de mayo de 2010 se comunicó al actor que se procedía a iniciar un expediente de revisión. El 9 de agosto de 2010 se envió al demandante copia del informe propuesta para alegaciones por diez días. Y el 1 de septiembre de 2010 se dictó Resolución por la que se declaraba que procedía la revisión por mejoría y que el trabajador no se encontraba afecto a ningún grado de incapacidad, procediendo en consecuencia a darle de baja en el cobro de la pensión. Copia de esta decisión se remitió a la empresa -folio 106-, constando que el trabajador la recibió el 6 de septiembre de 2010 -folio 36-.

El trabajador realizó dos tipos de actuaciones. Por una parte recurrió la decisión del INSS en la vía previa, siendo desestimado su recurso por Resolución de 28 de octubre de 2010. Acudiendo a la vía judicial y siendo su demanda desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo de fecha 11 de abril de 2011 . El 15 de septiembre de 2011 presentó nueva solicitud de invalidez que le fue denegada por resolución de 24 de octubre de 2011. Y el 19 de agosto de 2011 presentó reclamación por responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, por escrito de 7 de septiembre de 2010 -al día siguiente de la notificación de la resolución administrativa declarando la mejoría- el trabajador solicitó su reincorporación a la empresa FRINOVA SA, la cual le fue denegada el 9 de septiembre de 2010 por entender que la petición de ingreso se había realizado con superación del plazo de dos años contados desde la resolución administrativa.

SEGUNDO

Para la parte demandante al dictarse la resolución superado el plazo de dos años establecido en el art. 48.2 del  [Estatuto de los Trabajadores  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  se ha producido un daño indemnizable al no serle posible la reincorporación a su puesto de trabajo. Para el Sr. Abogado del Estado y la Letrada de la Seguridad Social la Administración actuó correctamente al iniciar el expediente de revisión antes del transcurso de los dos años.

Establece el art 48.2 del  [ET  ( RCL 1995, 997 )](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)   que "en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente". El procedimiento de revisión se encuentra regulado en el  [Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio  ( RCL 1995, 2446 )](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+2446',%20'.',%20'RCL+1995+2446');)   y en la  [Orden de 18 de enero de 1996  (RCL 1996, 263, 456)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1996+263',%20'.',%20'RCL+1996+263');) .

Pues bien, interpretando el artl 48.2 del  [ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su STS (4ª) de  [28 de mayo de 2009  (RJ 2009, 4552)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2009+4552',%20'.',%20'RJ+2009+4552');)  (Rec. 2341/2008 ) analiza un caso en el que se debate si en aplicación de lo establecido en dicha norma la empresa tiene obligación de readmitir al trabajador "pese a que la resolución del INSS recayó una vez superado el plazo de dos años que establece dicho precepto por el hecho de que el citado expediente se iniciara antes de finalizar el plazo".

En dicha sentencia la Sala razona que: "Es cierto que el  [art. 7.1](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+2446',%20'RCL_1995_2446_A_7',%20'RCL+1995+2446*A.7');)  del  [Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio  (RCL 1995, 2446)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+2446',%20'.',%20'RCL+1995+2446');)  , por el que se desarrolla, en materia de Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social, la  [Ley 42/1994, de 30 de diciembre  ( RCL 1994, 3564 y RCL 1995, 515)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1994+3564',%20'.',%20'RCL+1994+3564');)  , de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dispone, para los "supuestos de declaración de invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo", que " la subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 art. 48  [TR ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  , sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párr. 1º apartado 2 arto 143  [LGSS  ( RCL 1994, 1825 )](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1994+1825',%20'.',%20'RCL+1994+1825');)   , se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igualo inferior a dos años ". Y que existe una evidente descoordinación normativa con el art. 48.2 [ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  puesto que permite fijar un plazo "igual a dos años" para instar (es decir, solicitar o pedir la iniciación del expediente) la revisión, con lo es claro que con tal plazo la resolución administrativa de revisión recaerá siempre una vez trascurridos ya los dos años de suspensión que fija el precepto estatutario. .....Pero ello supone tanto como hacer prevalecer la previsión del art. 7 del Real Decreto sobre las disposiciones del arto 48.2  [ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');) , con olvido de que el R.D es norma de inferior rango a la Ley del Estatuto de los Trabajadores; que, además, disciplina exclusivamente una materia de Seguridad Social y no laboral, por lo que en modo alguno puede extender o ampliar las obligaciones que el arto 48.2  [ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  impone al empresario en orden a la suspensión del contrato de trabajo; y que, en todo caso, la fijación de ese plazo extremo u otro próximo a la fecha final del plazo de suspensión, puede ser combatido por el trabajador en proceso de Seguridad Social, si considera que le puede perjudicar su derecho a reincorporarse a la empresa".

En suma, la Sala de lo Social establece que el derecho a reserva del puesto de trabajo sólo dura dos años contados desde la fecha de la resolución administrativa declarando la incapacidad. Si el INSS dicta la Resolución superados los dos años puede generar un perjuicio grave al trabajador que pierde su derecho a la reincorporación. Repárese en que el origen de la norma ha sido la conciliación entre los intereses generales del sistema de la seguridad social y la defensa de la estabilidad en el empleo del trabajador. En efecto, con ánimo de disminuir el coste que para el sistema supone una larga permanencia en la situación de IT, el legislador ha establecido un periodo máximo en el que se puede permanecer en dicha situación -con carácter general 18 meses-; pero, al mismo tiempo, y con el fin de defender la estabilidad en el empleo del trabajador -recuérdese que la declaración de incapacidad permanente en causa de extinción del contrato de trabajo-, el legislador, en supuestos en los que sea previsible la mejoría del trabajador, opta por suspender la relación de trabajo con derecho a la reincorporación por dos años. Quizás por ello la reciente STS (4ª) de  [28 de enero de 2013  (JUR 2013, 104094)](javascript:maf.doc.linkToDocument('JUR+2013+104094',%20'.',%20'JUR+2013+104094');)  (Rec. 149/2012 ) razona que "la situación que prevé el art. 48.2 [ET  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  es la contraria, en cierto sentido, a la del art. 143.2 [LGSS  (RCL 1994, 1825)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1994+1825',%20'.',%20'RCL+1994+1825');) . En el art. 48.2, precisamente a causa de la probabilidad de la mejoría del interesado, la revisión se ha de efectuar necesariamente en los dos años siguientes a la resolución que reconoció la IP. En cambio, en el art. 143.2 [LGSS  (RCL 1994, 1825)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1994+1825',%20'.',%20'RCL+1994+1825');)  la revisión no se puede realizar en el tiempo inmediato posterior a la resolución del INSS, sino después de que se haya cumplido el plazo señalado en tal resolución".

La tardía resolución del INSS, por lo tanto, ha generado una lesión en los bienes y derechos del demandante, causando un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado - art 139 de la  [Ley 30/1992, de 26 de noviembre  ( RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1992+2512',%20'.',%20'RCL+1992+2512');)  , de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC)-.

Por lo demás y respondiendo a las alegaciones de la parte demandada no se discute que la resolución del INSS declarando la mejoría del trabajador sea correcta -de hecho ha sido confirmada por un juzgado de lo social-, lo que se discute es si su dictado más allá del plazo de dos años contados desde que se dictó la resolución declarando la invalidez permanente causa una lesión a los derechos del demandante. El INSS razona que el trabajador no recurrió el cese de la empresa, pero no parece razonable exigir al trabajador que recurre una decisión que es conforme con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

TERCERO

En cuanto al daño la recurrente reclama por dos conceptos:

a.- En primer lugar sostiene que la Administración debe abonarle la suma de 87.853,50 € que sería la cantidad correspondiente a la indemnización que le hubiera correspondido en un supuesto de despido improcedente en el momento de la negativa a la reincorporación por la empresa, es decir, 45 días de salario con un máximo de 42 mensualidades.

La Sala entiende que la fórmula propuesta por la actora para calcular el daño es correcta. En efecto, es necesario conceder una indemnización que sea equivalente al valor de su relación laboral y es el propio legislador el que fija el valor de dicha relación en el artículo 56 del  [Estatuto de los Trabajadores  (RCL 1995, 997)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1995+997',%20'.',%20'RCL+1995+997');)  en 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades (la extinción es anterior a la reforma introducida por el  [Real Decreto Ley 3/2012  ( RCL 2012, 147 y 181)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+2012+147',%20'.',%20'RCL+2012+147');)   y la Ley 3/2012). Por lo demás, ni el Sr. Abogado del Estado, ni la Sra. Letrada del INSS se han opuesto al cálculo de la concreta cuantificación.

b.- Si se oponen los demandados al abono de 100.000 € en concepto de daños morales. La recurrente basa esta petición en su "gran sufrimiento moral". La Sala admite que, en determinados casos, pueda indemnizarse el daño moral causado por el sufrimiento personal, pero para ello es preciso que el recurrente acredite de forma razonable hechos o indicios de los que pueda inferirse dicho daño.

Pues bien, la parte recurrente cita al efecto el folio 56 donde se describe la situación patológica general que tiene el demandante, pero no consta en dicho documento que dicha situación se haya visto alterada o agravada por la no reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. A los folios 60 a 62 consta un dictamen de la EVI en el que, ciertamente, se hace referencia a una situación de depresión y pérdida de capacidad cognitiva, pero no consta en el informe que dicha situación guarde conexión con la pérdida de trabajo, es más en el informe médico que adjunto al EVI se habla de crisis ansiosa por "problemas familiares", depresión, etc. pero nada se dice en relación con la pérdida del empleo. En el documento al folio 69 simplemente se dice que "quiere volver a trabajar". Tampoco cabe inferir vinculación causal entre las patologías sufridas por el recurrente y la no reincorporación al trabajo de los documentos a los folios 72 y 76, es más, en este último documento se habla de "un comportamiento extraño ..de toda su vida, dependiente... no es capaz de tomar decisiones,,,,tuvo una tentativa autolítica". En suma, sin negar que el demandante, padece diversas patologías, es lo cierto que no consta que las mismas se hayan generado o agudizado como consecuencia de su falta de reincorporación al trabajo.

CUARTO

En aplicación de lo establecido en el art. 139.1 de la  [LRJCA  (RCL 1998, 1741)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1998+1741',%20'.',%20'RCL+1998+1741');)  al ser la estimación parcial "cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurados D ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, en nombre y representación de D Lucas contra la desestimación por silencio de la reclamación interpuesta en solicitud de indemnización de los daños causados (responsabilidad patrimonial) y, en consecuencia, condenamos a la Administración demandada (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) a que abone al demandante la cantidad de 87.853,50 €. Sin condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del  [artículo 248.4](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1985+1578',%20'RCL_1985_1578_A_248',%20'RCL+1985+1578*A.248');)  de la  [Ley Orgánica del Poder Judicial  ( RCL 1985, 1578 y 2635)](javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+1985+1578',%20'.',%20'RCL+1985+1578');)   , que contra la misma NO cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.