

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DEL TRABAJADOR: no estableciéndose en la resolución del INSS, que así lo declara, que puede ser objeto de revisión por mejoría, no se requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, no exigiéndose que se agoten las posibilidades de reubicación ya que no consta que así se imponga convencional ni contractualmente, y teniendo en cuenta que estas resoluciones son inmediatamente ejecutivas, no constando que haya sido recurrida por la beneficiaria.

Recurso de Casación 998/2018

Ponente: Excmo. Sr. Ignacio García-Perrote Escartín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 31-10-2017 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase formulado por la demandante.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social - Sección Primera

Sentencia núm. 142/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 3 de enero de 2021

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por AZTERTZEN Servicios Asistenciales SL, representado por la procuradora D.^a Ana Caro Romero, bajo la dirección letrada de D. Gontzal Aitor Espinosa Pastor, contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1876/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 10 de julio de 2017, dictada en autos 222/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, seguidos a instancia de Doña Teresa, contra dicho recurrente, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 10 de julio de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Se DESESTIMA la demanda presentada por Dña. Teresa frente a AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES, S.L. a la que se le absuelve de los pedimentos hechos en su contra".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero. - Dña. Teresa vino prestando servicios desde el 23.05.2005 para la empresa AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES, S.L. con la categoría profesional de auxiliar domiciliaria, y con im sueldo bruto mensual incluido el prorrateo de pagas extraordinarias de 867,07 euros.

Segundo - La actora le ha sido reconocida una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual.

En el dictamen propuesta se preveía que la calificación de IPT podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 18.02.2018. Pero en la resolución notificada del INSS se establece que por resolución de fecha 20.01.2017 se reconoce a la actora una IPT con efectos económicos 19.01.2017. Fecha a partir de la cual se puede instar la revisión por agravación o mejoría: 18.12.2018. No se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años, (artículo 48.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. BOE 24.10.2015).

Expediente administrativo de la IPT de la actora que consta en autos a partir del folio 36 y que está formado por 14 folios. Que se da por reproducido a los efectos de hechos probados.

Resolución del INSS de reconocimiento de incapacidad permanente total de la actora donde consta que no es previsible revisión por mejoría antes de dos años. Folio 44 de autos y que se da por reproducido a los efectos de hechos probados.

Tercero. - La empresa demandada dio de baja a la actora en la Seguridad Social el 18.01.2017.

Cuarto. - Intentado acto de conciliación, el 24.03.2017, el mismo finalizó sin efecto".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que estimamos el recurso de suplicación formulado en nombre de doña Teresa contra la sentencia de fecha diez de junio de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Vitoria- Gasteiz en los autos 222/2017, en los que también es parte Aztertzen, Servicios Asistenciales, S.L.".

TERCERO. - Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de AZTERTZEN Servicios Asistenciales SL, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 11 de febrero de 2000, rec. 4347/1999.

CUARTO. - Por providencia de esta Sala de fecha 12 de abril de 2019, se admitió a trámite el presente recurso.

QUINTO. - No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada en forma, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido

de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO. - Por Providencia de fecha 16 de diciembre de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 2 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Cuestión planteada y sentencia recurrida*

1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (artículo 49.1 e) ET) que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años (artículo 48.2 ET,), requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, y si la ausencia de dicha comunicación escrita constituye un despido improcedente.

2. A la trabajadora, que prestaba servicios como auxiliar domiciliaria para la empresa recurrente, le fue reconocida por resolución notificada del INSS de 20 enero de 2017, con efectos de 19 de enero de 2017, una incapacidad permanente total para su profesión habitual, no previéndose que la situación de incapacidad fuera a ser objeto de revisión por mejoría que permitiera la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años (artículo 48.2 ET,).

La empresa dio de baja a la trabajadora en la Seguridad Social con efectos de 18 de enero de 2017.

La trabajadora demandó a la empresa considerando que su conducta de darle de baja en la Seguridad Social sin comunicación escrita constituyó un despido improcedente. La demanda fue desestimada por sentencia del juzgado de lo social. La trabajadora recurrió en suplicación y su recurso fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, de 31 de octubre de 2017 (rec. 1876/2017). La sentencia afirma que el empresario ha de comunicar la decisión extintiva al trabajador y que no consta en los hechos probados comunicación escrita alguna, existiendo únicamente una comunicación verbal efectuada tiempo después, por lo que el despido debe declararse improcedente al no cumplirse las formas del artículo 55 ET.

SEGUNDO.- *El recurso de casación para la unificación de doctrina, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción*

1. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 31 de octubre de 2017 (rec. 1876/2017), ha sido recurrida en casación para la unificación de doctrina por la empresa.

El recurso invoca finalmente como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 11 de febrero de 2000 (rec. 4347/1999), y denuncia la infracción del artículo 49.1 e) ET, en relación con los artículos 4 y 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales,

administrativas y de orden social, y la aplicación indebida de los artículos 49.1 k), 55 y 56 ET.

2. La trabajadora no se ha personado en el recurso.

3. Partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

4. Apreciamos, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste.

En efecto, en la sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 11 de febrero de 2000 (rec. 4347/1999), el INSS declaró la incapacidad permanente total del trabajador para su profesión habitual con efectos de 22 de enero de 1999 y sin previsión de revisión por mejoría, haciéndole saber verbalmente la empresa el 1 de julio de 1999 que, como consecuencia de esa declaración de incapacidad, su contrato de trabajo quedaba extinguido. El trabajador demandó por despido nulo o improcedente a la empresa, siendo desestimada la demanda por sentencia del juzgado de lo social. El trabajador interpuso recurso de suplicación con esta sentencia de instancia, pero el recurso fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 11 de febrero de 2000 (rec. 4347/1999). Esta sentencia entiende que la extinción del artículo 49.1 e) ET, no requiere la forma escrita a que se refiere el artículo 55.1 ET, y no precisa de formalidad alguna.

Como puede advertirse, en los dos supuestos se extinguieron los contratos de trabajo de los trabajadores por haber sido declarados en situación de incapacidad total para la profesión habitual. Y en ambos casos, los trabajadores demandaron por despido improcedente, siendo irrelevante que en la de sentencia de contraste se pidiera también la nulidad del despido. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en los dos supuestos, sentencias que fueron recurridas en suplicación por los trabajadores, estimándose el recurso en la sentencia recurrida y desestimándose en la de contraste.

La doctrina debe unificarse porque, así como la sentencia recurrida considera que la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total del trabajador prevista en el artículo 49.1 e) ET, requiere de comunicación escrita de la empresa al trabajador, la sentencia de contraste, por el contrario, considera que no es exigible la comunicación escrita y que la extinción no precisa de formalidad alguna.

TERCERO. - *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (artículo 49.1 e) ET) que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años (artículo 48.2 ET), no requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente*

1. La incapacidad permanente total del trabajador es una de las causas de extinción del contrato de trabajo que contempla el artículo 49.1 ET, concretamente en su letra e).

Ahora bien, hay una excepción a lo anterior prevista en el artículo 48.2 ET, precepto al que hace referencia el propio artículo 49.1 e) ET, en la que la incapacidad permanente total del trabajador no da lugar a la extinción del contrato de trabajo, sino a su suspensión con reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años. Se produce la suspensión del contrato

de trabajo (no su extinción) durante ese periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución que declare la incapacidad permanente total, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (artículo 48.2 ET)

Las SSTS 28 de enero de 2013 (Sala General, rcud 149/2012) y 134/2016, 23 de febrero de 2016 (rcud 2271/2014), denominan "ordinaria" a la incapacidad permanente extintiva del contrato de trabajo (artículo 49.1 e) ET) y "especial" a la que es suspensiva de dicho contrato (artículo 48.2 ET).

El artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y de orden social, concreta que la "subsistencia" de la relación laboral del artículo 48.2 ET, "solo procederá" cuando en la resolución del reconocimiento de invalidez se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, "igual o inferior a dos años". En este supuesto, se ha de dar traslado al "empresario afectado" de la resolución del INSS (artículo 7.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio). Con carácter general, el artículo 200.2 LGSS dispone que toda resolución que reconozca el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, ha de hacer constar necesariamente el plazo a partir del cual se puede instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional. Pues bien, el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio precisa, como se ha visto, que la suspensión del contrato de trabajo del artículo 48.2 ET, solo procede si en aquella resolución se hace constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado "igual o inferior a dos años". Como dijo la STS 28 de diciembre de 2000 (rcud 646/2000) y recuerda la STS 76/2016, 4 de febrero de 2016 (rcud 2281/2014), la diferencia entre el (actual) artículo 200.2 LGSS y el artículo 48.2 ET, desarrollado este último por el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, está en que el artículo 200.2 LGSS contempla la revisión de la incapacidad permanente como "posible" y el artículo 48.2 ET, como "*probable*" y solo en el caso de este último precepto el contrato de trabajo se suspende y no se extingue.

2. Para completar la exposición del régimen jurídico de la incapacidad permanente total como causa extintiva del contrato de trabajo, en lo que importa al presente recurso, es de interés mencionar, en primer lugar, que las resoluciones de los directores provinciales del INSS que reconocen las incapacidades son "inmediatamente ejecutivas" (artículo 6.4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio). De conformidad con las reglas generales, la resolución administrativa ha de notificarse lógicamente al trabajador y este podrá recurrirla. La sentencia recurrida parte en su fundamento de derecho segundo de que la trabajadora conocía la resolución del INSS que la declaró en situación de incapacidad permanente total; lo que ocurre es que considera que, adicionalmente, la empresa debía comunicar por escrito la extinción del contrato de trabajo.

En segundo lugar, que la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET.

En tercer lugar, que la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato de trabajo se haya extinguido en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato (artículo 32.3. 2º del Reglamento General de inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

Finalmente, que la pensión por incapacidad permanente total solo es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta cuando las funciones que realice no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad permanente total (artículo 198.1 LGSS). En el caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual es posible, en efecto, que el trabajador siga prestando servicios incluso en la misma empresa, siempre que realice tareas distintas de la profesión habitual que desempeñaba. Ello puede ocurrir, entre otros supuestos, porque exista alguna obligación en tal sentido establecida previamente en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, porque así lo acuerden las partes o incluso por decisión empresarial. La STS 372/2020, 21 de mayo de 2020 (rcud 1808/2017) examina, precisamente, un supuesto en que el convenio colectivo aplicable establecía una determinada obligación de recolocación en un puesto adaptado a la aptitud del trabajador con capacidad disminuida, obligación cuyo cumplimiento reclamó la trabajadora de la administración pública empleadora y esta no atendió por considerar que no se estaba en el supuesto previsto en el convenio colectivo aplicable.

3. En el presente caso, en la resolución del INSS de reconocimiento de la incapacidad permanente total de la trabajadora consta que no es previsible revisión por mejoría antes de dos años (hecho probado segundo). Estamos, en consecuencia, en el supuesto extintivo del artículo 49.1 e) ET, y no en el suspensivo del artículo 48.2 ET.

En la sentencia recurrida no consta que hubiera obligación convencional o contractual alguna de recolocación, ni tampoco lo alegó la trabajadora en su recurso de suplicación, limitándose a reprochar a la empresa que no valorase esa posibilidad de recolocación.

La sentencia recurrida se construye sobre dos grandes argumentos.

a) La sentencia afirma, en primer lugar, que, para que la incapacidad permanente total extinga el contrato de trabajo, es necesario que sea firme la resolución administrativa que declara aquella incapacidad.

Pero, con independencia de que ya se ha visto que las resoluciones de los directores provinciales del INSS que reconocen las incapacidades son "inmediatamente ejecutivas" (artículo 6.4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y aun diferenciando -como debe hacerse- lo anterior de la firmeza, no consta que en el presente caso la resolución del INSS declaratoria de la incapacidad permanente total de la trabajadora fuera recurrida por esta, lo que tampoco alegó la propia trabajadora, quien se limitó a afirmar en su recurso de suplicación que la resolución no era firme en el momento en que la empresa le dio de baja en la seguridad social .

Por el contrario, en las sentencias en que se apoya la sentencia recurrida, algunas de ellas igualmente citadas por la sentencia de contraste, además de ser anteriores al Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, ocurría que la correspondiente resolución declaratoria de la

incapacidad permanente total había sido recurrida por el trabajador. Y, en alguna otra, como la STS 27 de junio de 1983, invocada de contraste en el supuesto resuelto por la STS 22 de octubre de 1991 (rcud 1075/1991, lo que ocurrió es que se denegó la incapacidad permanente, por lo que no existía causa de extinción del contrato. Por su parte, en la recién mencionada STS 22 de octubre de 1991, que confirmó la desestimación de la demanda por despido y que menciona la sentencia recurrida (y también la sentencia de contraste), lo que se planteaba era un complejo problema de finalización de la situación de incapacidad laboral transitoria y de si la correspondiente resolución administrativa debía de ser firme para terminar, a su vez, con la suspensión del contrato de trabajo. En el supuesto enjuiciado por la STS 22 de octubre de 1991, el INSS declaró que no existía una situación de incapacidad permanente en ninguno de sus grados; pero también aquí, como en la finalización de la incapacidad temporal, la sentencia llega a la conclusión de que la simple impugnación de las resoluciones administrativas no mantiene automáticamente la suspensión del contrato de trabajo.

De nuevo se habrá de indicar que, en el presente caso, no consta que la trabajadora recurriera la resolución del INSS declaratoria de la incapacidad permanente total, ni tampoco afirmó así haberlo hecho la propia trabajadora en su recurso de suplicación.

b) El segundo argumento que conduce a la sentencia recurrida a declarar que la extinción del contrato de la trabajadora constituyó un despido improcedente es que la decisión extintiva no se le comunicó por escrito. Al no constar en los hechos probados "comunicación escrita" alguna, la sentencia recurrida considera que se trata de un despido improcedente "al no sujetarse la decisión empresarial a las formas previstas en el artículo 55 ET," ("forma y efectos del despido disciplinario"). Para la sentencia recurrida no es suficiente el conocimiento por parte de la trabajadora de la resolución del INSS declarándola en situación de incapacidad permanente total, pues -afirma- eran posibles "opciones distintas a la terminación del contrato", alusión que se hace por la sentencia en referencia a las posibles obligaciones de recolocación que pueden existir con base en el convenio colectivo aplicable, en el contrato de trabajo o en acuerdo entre las partes.

Pero además de que ya hemos dicho que no consta que existieran en el caso esas opciones distintas a la extinción, lo que tampoco afirma la trabajadora (como ya se ha dicho, su reproche a la empresa en el recurso de suplicación fue que ni siquiera se plantease la recolocación), igualmente hemos recordado que la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET, sin que se le exija, desde luego, que deba seguir las formalidades requeridas por el artículo 55 ET, para el despido disciplinario. Como expresivamente dijo, con cita de anteriores sentencias, la STS 20 de octubre de 1986, en la que se apoya la sentencia de contraste dictada por la sala de Sevilla, la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total "no precisa de formalidad alguna y, menos aún, de las normadas para el despido disciplinario".

La sentencia recurrida cita en su apoyo la STS 12 de julio de 1988, también mencionada por la sentencia de contraste. Pero el caso es que esta sentencia rechazó que la extinción del

contrato por declaración de incapacidad permanente total del trabajador constituyera un despido. La STS 12 de julio de 1988 entiende que, aunque nada impide al empresario "acoplar" al trabajador en puesto distinto al de la profesión habitual que ha dado lugar a la declaración de incapacidad permanente total, en el supuesto, el trabajador no manifestó sus deseos de reincorporación hasta fecha muy tardía y ya se había producido una "*voluntad extintiva por parte de la empresa*". Y el caso es que la STS 12 de julio de 1988 en ningún momento afirma que esta voluntad extintiva haya de expresarse con una determinada formalidad y desde luego no sostiene que hayan de seguirse las formas del despido disciplinario.

De la hipotética posibilidad de que el empleador pueda "acoplar" al trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total en funciones distintas a la de su profesión habitual, la STS 12 de julio de 1988 deduce que la incapacidad permanente total no opera efectos extintivos "automáticos" -como sí había entendido que ocurre la ya mencionada STS 20 de octubre de 1986 -, precisando la STS 18 de diciembre de 1989, asimismo citada por la sentencia de contraste, que esa posibilidad de acoplamiento es la razón de que la incapacidad permanente total no tenga efectos extintivos automáticos, como sí los tienen la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez. Pero ya hemos visto que la STS 12 de julio de 1988 constató la existencia de voluntad extintiva por parte de la empresa, sin exigir forma alguna, y menos escrita. Y, por su parte, la STS 18 de diciembre de 1989 recuerda que el hecho de que exista la posibilidad de que el declarado en situación de incapacidad permanente total pueda ser recolocado por la empresa "no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere, cual no es el caso de autos."

En su recurso de suplicación, la trabajadora alegaba que la empresa no cumplió con la denuncia o preaviso a los que se refiere el artículo 49.2 ET, Pero tampoco la legislación vigente exige expresamente la denuncia o el preaviso en el supuesto de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (artículo 49.1 e) ET), al contrario de lo que ocurre en otros supuestos (por ejemplo, artículo 49.1 c) ET), con independencia -claro es- de que el trabajador siempre tendrá derecho a la liquidación -a la que se refiere el artículo 49.2 ET,- de las cantidades adecuadas, teniendo el plazo de un año para reclamarlas (artículo 59 ET) para el caso de que no se le hubieran abonado.

4. Lo hasta aquí razonado permite llegar a la conclusión de que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste que, con mención de la ya citada STS 20 de octubre de 1986, afirma que no está legalmente establecida formalidad alguna para la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total, sin que, en consecuencia, le sean exigibles las formas que legalmente se requieren al despido disciplinario, pues la legislación vigente no lo ha dispuesto así.

Es relevante señalar, por otro lado, que, en el presente caso, la trabajadora demandó a la empresa por entender, como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, que había sido objeto de un despido verbal, solicitando la declaración de improcedencia del despido y, subsidiariamente -añadió en el acto del juicio-, la indemnización derivada de la STJUE 14 de septiembre de 2016, de Diego Porras I). Tampoco consta, por lo demás, como se viene

diciendo, que la resolución del INSS haya sido recurrida por la trabajadora -lo que tampoco alega esta, quien se limitó a afirmar en su recurso de suplicación que la resolución no era firme en el momento en que la empresa le dio de baja en la seguridad social-, y, no estando en el supuesto del artículo 48.2 ET, la incapacidad permanente total extingue el contrato de trabajo (art.49.1 e) ET).

La propia afirmación de la trabajadora en su recurso de suplicación en el sentido de que hubo un despido "*verbal*", revela que ella misma parte de que hubo una decisión y una voluntad extintiva empresarial. La trabajadora fundaba adicionalmente su inicial demanda -en la que tampoco se afirmaba en ningún momento que hubiera recurrido la resolución del INSS- en que la empresa debía haber procedido conforme al artículo 48.2 ET, y en que tampoco la empresa había tratado de reubicarla en un puesto de trabajo acorde con su capacidad. Pero ya hemos visto, de un lado, que no se estaba en el supuesto del artículo 48.2 ET, y, de otro, que la empresa no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así está establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impide hacerlo.

CUARTO. - *La estimación del recurso.*

1. De acuerdo con lo razonado y de conformidad con lo que propone el Ministerio Fiscal, aunque por razones no coincidentes, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia del juzgado de lo social.
2. No procede que la Sala se pronuncie sobre costas (artículo 235.1 LRJS).
3. Asimismo, en virtud de lo que señala el art. 228.2 LRJS, debemos decretar la devolución de los depósitos y consignaciones que se hubieran efectuado para recurrir.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.º Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Azterzen Servicios Asistenciales S.L., representada por la procuradora de los tribunales doña Ana Caro Romero y asistida por el letrado D, Gontzal Aitor Espinosa Pastor, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 31 de octubre de 2017 (rec. 1876/2017), que estimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz de 10 de julio de 2017 (autos 222/2017), que había desestimado la demanda promovida por doña Teresa.
- 2.º Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 31 de octubre de 2017 (rec. 1876/2017), y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz de 10 de junio de 2017 (autos 222/2017).
- 3.º No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

4.º Decretar la devolución de los depósitos y consignaciones que se hubieren efectuado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.