

Id Cendoj: 38038340012008100291
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 117/2008
Nº de Resolución: 294/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 7 de mayo de 2008.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife

formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. M^a Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000117/2008 , interpuesto por Vicente y Instituto Nacional De La Seguridad

Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000902/2006 en

reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Vicente , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social, Tesorería General De La Seguridad Social, BREZEL CUATRO S.A. HOTEL LAS VEGAS y MUTUA ASEPEYO y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 13 de noviembre de 207 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio en parte.

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- El actor D. Vicente nació el 6.10.1959, está afiliado al régimen general de la seguridad social con el num. NUM000 y su profesión habitual es la de cocinero. SEGUNDO.- El 6.8.04 causó baja por I.T. derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de "otros trastornos de tejidos blandos", *código CIE-9ME729, permaneciendo en dicha situación hasta el 7.10.05* , en que causa alta tras haber agotado el periodo máximo de invalidez. TERCERO.- En fecha 24.1.06 le fue denegada la calificación de incapacidad permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. El EVI emitió informe que sirvió de base a la resolución anterior, determinando el siguiente cuadro clínico residual: hernia umbilical de 2x3 cm. en lista de espera quirúrgica; asma bronquial con patrón ventilatorio obstructivo moderado; artrosis leve de manos, rodilla y lumbar sin signos de afectación radicular; radiculopatía C5-C6-C7 sin signos de actividad denervativa; trastorno ansioso-depresivo, evolución favorable. CUARTO.- El 3.4.06, el actor causa nueva baja médica por enfermedad común con diagnóstico "otras alteraciones de espalda, concretamente lumbociática, *código CIE-9ME724.3*. QUINTO.- Solicitado el pago del subsidio de IT por la última baja, la entidad gestora, en resolución de fecha 18.7.06, le denegó el pago de la prestación, al tratarse de la misma o similar patología, estimando agotada y extinguida la prestación de I.T. percibida por el actor al no haber transcurrido más de seis meses desde la resolución

denegatoria de incapacidad permanente. SEXTO.- El actor venía prestando servicios para la empresa Brezelcuatro S.A. que tiene cubierta la contingencias derivadas de accidente de trabajo con la Mutua Asepeyo. SEPTIMO.- El actor presenta un síndrome de **fibromialgia** severa, discopatía degenerativa C5-C6, L4-L5 y L5-S1; artrosis en manos, rodilla, columna vertebral y en ambos hombros; asma bronquial persistente y síndrome depresivo. OCTAVO.- La base reguladora asciende a 1.041,75 euros/mes. NOVENO.- Se ha agotado la vía previa.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Mutua Asepeyo, debo absolver y absuelvo a la precitada demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas. Asimismo, estimando en parte, la demanda interpuesta por Vicente, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y BREZEL CUATRO S.A. HOTEL LAS VEGAS, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir las prestaciones derivadas de la incapacidad temporal de fecha 3.4.06 hasta la fecha del alta, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la empresa BrezelCuatro S.A. al abono del subsidio del cuarto al decimoquinto día de baja, ambos inclusive y al Inss y Tgss al pago de la prestación restante hasta la fecha del alta, en la cuantía y porcentajes correspondientes a una base reguladora de 1.041,75 euros/mes. .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Vicente y Instituto Nacional De La Seguridad Social , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 24 de Marzo de 2008 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y, previa absolución a la Mutua codemandada, condena a la Empresa y al INSS; a éste, al pago del subsidio de I.T. y a aquella al complemento o mejora, si bien la condena la establece sobre la base reguladora de 1.041,75 E/ mes.

Esta última condena es la que justifica el recurso del actor, que en dos motivos insta la alteración de la base reguladora, ascendiéndola a 1.512,25 Euros/mes.

Por su parte, el INSS alza también recurso de suplicación para exonerarse del pago del subsidio, en base a la modificación legal operada por la *Ley 30/05 sobre el art. 131 bis LGSS*.

Procede examinar primero el recurso del actor.

SEGUNDO.- Dicho recurso se estructura en dos motivos, uno de revisión fáctica y otro de censura jurídica con respectivo y correcto cimiento procesal en los apartados b y c del *art. 191 LPL* .

A) Su primer motivo insta la alteración del hecho probado 8º en el sentido de elevar la base reguladora, como ya se dijo, de 1.041,75 a 1.512, 25 euros.

Para ello invoca la normativa que determina la base reguladora del subsidio (al que continua denominando erróneamente con la antigua dicción de incapacidad laboral transitoria) que son los *arts. 129 LGSS, 2 de la O.M. de 13-10-67 y 13 de D. 1646/72* que, en efecto, señalan como tal base reguladora la base de cotización del mes anterior al de la fecha de la baja médica.

Y, a partir de ahí, señala en su apoyo los documentos que indican un salario superior, que son hoja de salario del mes anterior (folio 9) que recoge una base reguladora (dice) de 1.147, 05 Euros y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 datada el 11-06-07 (folios 190 a 193) que indica un salario diario del actor de 45,65 Euros.

Todo motivo de revisión fáctica requiere, para su éxito, el cumplimiento de los siguientes requisitos derivados de lo dispuesto en los *arts. 191.b y 194.3* de la LPL y sintetizadas por la doctrina (Sentencia de esta Sala de 28.06.05), todo ello siguiendo la jurisprudencia (STS 21.05.90):

a) Señalamiento preciso de los hechos probados tildados de erróneos o incompletos, que en el supuesto del presente caso se cumple, al que suele añadirse un segundo requisito de orden formal puro, consistente en que se proponga un texto alternativo que sustituya o complete el de la Sentencia recurrida, requisito que igualmente se cumple por parte del recurrente, y que, de todas formas, no constituye un requisito en sentido estricto, pues su incumplimiento no ocasiona el rechazo del motivo (STCo 230/00).

b) Soporte probatorio documental o pericial; son inhábiles, a estos efectos revisorios, todas las demás probanzas, a excepción de que se trate de hechos notorios o pacíficos. La convicción fáctica judicial de la instancia, en los demás casos, deviene inatacable en virtud del principio de inmediación de la potestad valorativa probatoria del "Iudex a quo", que no es soberana ni excluyente, pero sí muy amplia dados los términos legales antedichos, restrictivos en cuanto a la posibilidad de actuación de este Tribunal Superior en este recurso extraordinario y excepcional.

c) Evidencia del error (o de la insuficiencia) del relato histórico a partir de la probanza anterior, sin que sea menester realizar conjeturas, deducciones o hipótesis más o menos lógicas para mostrar el pretendido error o insuficiencia.

d) Y, por último, trascendencia, utilidad o necesidad de practicar la alteración fáctica propuesta a los fines de modificar el signo del fallo; esto es, que sea precisa la revisión de los hechos probados para poder invertir o alterar el signo del fallo de la Sentencia recurrida, pues, si ésta va a confirmarse, por cuanto no se produce infracción normativa o jurisprudencial (*arts. 191.c y 194.2 LPL*) o bien si la Sentencia no precisa de alteración fáctica para ser revocada total por parcialmente, resulta estéril acceder a la revisión de hechos, por más que concurren los anteriores requisitos, salvo que la alteración sea precisa para el supuesto de revisión del criterio de esta Sala por el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación por unificación de doctrina (STS 25.02.03).

En el presente caso, los documentos señalados no evidencian, con la nitidez que requiere la doctrina jurisprudencial (STS 21-5-90, 29-9-04 o de 2-2-00) el pretendido error, ya que éste debe mostrarse "sin necesidad de conjeturas o hipótesis".

En efecto, el recurrente alega, textualmente lo siguiente:

"en la prueba documental aportada por el actor en la demanda, se desprende del documento número 3 (folio 9 de las actuaciones) que el trabajador percibió la nómina del mes de marzo de 2006, comprensiva de los días 9 de marzo a 31 de marzo de 2006, (cotizados 23 días), un base reguladora de 1.147,05€. Que igualmente, según la prueba documental aportada por el actor en el acto de juicio (folios 190 a 193 de las actuaciones)- sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Santa Cruz de Tenerife, en los 781/2006, en reclamación de cantidad (salarios) frente a la empresa Bezelcuatro, S.A. (también demandada en el presente procedimiento)- se desprende que "Hecho probado segundo: " Brezelcuatro, sociedad anónima" no abonó al actor los salarios correspondientes al período comprendido entre el 10 de febrero y el 8 de marzo de 2006 y los de los días 1 y 2 de abril de 2006". Que en la citada sentencia, en el hecho probado primero, se señala que "... y salario diario de 45,65 Euros". En resumen, la base de cotización del actor del mes anterior a la fecha de baja (abril de 2006) debe obtenerse de la correspondiente al mes de marzo de 2006, y esta asciende, según lo señalado anteriormente a: 1.- Del período comprensivo del 01 de marzo de 2006 a 08 de marzo de 2006 (8 días) a razón de 45,65 Euros día, asciende a: 365,20€. 2.- Del período comprensivo del 09 de marzo de 2006 a 31 de marzo de 2006 (23 días): 1.147,05 Euros. Sumando las dos bases (365,20 más 1.147,05), da el resultado de 1.512,25 Euros, es decir, que la base de cotización de actor en el mes inmediato anterior -marzo de 2006- a la fecha de baja -abril de 2006- por I.L. T. asciende a 1.512,25 €."

Como se ve, el motivo necesita una serie de conjeturas o deducciones, lo que resulta contrario a la jurisprudencia citada, y en especial, resulta que los dos documentos en los que se basa no evidencian de manera inequívoca el error judicial porque de un lado, la hoja de salarios señalada carece de eficacia revisoria y, respecto al otro documento citado, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5, resulta que la fijación del salario diario no indica si es o no prorrateado.

A ello se une la divergencia de las bases de cotización que defiende el actor recurrente, pues según su hoja de salarios, sería 38 € diarios, mientras que según la Sentencia sería 45,65 € diarios (aún suponiendo una equiparación entre salario y base reguladora de la I.T.) discrepancia que no encaja con la naturaleza del salario, que ha de ser el mismo a lo largo del mes.

Además, este motivo de revisión fáctica no se complementa con el correlativo de crítica jurídica, quedando, así, aquél, estéril, ya que la naturaleza del motivo de revisión fáctica es instrumental, de suerte que el verdadero sentido del Recurso es la revisión del Derecho aplicado (STS 6.3.01).

Por tanto, el motivo no ha de alcanzar éxito.

B) El motivo segundo, de crítica jurídica, no guarda relación con el anterior motivo de revisión fáctica;

así, este queda ayuno de la correspondiente consecuencia jurídica, ya que, como se acaba de decir (STS 6.3.01), los motivos de revisión fáctica sólo tienen carácter instrumental de suerte que el verdadero sentido del recurso de suplicación es el de la revisión del Derecho aplicado.

Por contra, el motivo alude a otro aspecto del litigio, (fundamental, como se verá, a la vista de las consecuencias de la reciente reforma del régimen legal de la I.T.) que es el del complemento patronal de la I.T.

En efecto, el recurrente cita como infringido el *art. 27 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería*, que regula el complemento patronal a esas prestaciones de I.T.

Como el motivo parte de la condena al INSS del pago del subsidio, y ésta, como se verá luego, va a revocarse, el examen del motivo siguiente deviene crucial y debe demorarse hasta después de la resolución del recurso del INSS.

CUARTO.- El anunciado recurso del INSS señala, en un único motivo de crítica jurídica, señala infracción de lo dispuesto en el nuevo *art. 131 bis 3 LGSS*.

La cuestión debatida ha sido ya abordada y resuelta en la reciente Sentencia de 31.03.08, de esta Sala , que razonó:

"Con esta reforma (según alega el INSS en aquel recurso) "se reacciona frente al sistema que se ha ido generalizando, de sucesivas bajas medicas, que han provocado una desnaturalización de la institución de la Incapacidad Temporal, que se convertía "de facto" en una Incapacidad Permanente."

Añadió la Sala que "al margen de la alusión citada sobre la finalidad del nuevo texto, lo cierto es que tal y como se ha reflejado, la reforma ha determinado que cuando el subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a del *número 1 del artículo 128* y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo va a poder generarse subsidio por un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología cuando concurren las circunstancias previstas. Estas son dos: 1.- si media un período de actividad laboral superior a seis meses; 2.- o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal, a la vista de tales datos, la tesis de la Sentencia de instancia podía ser la correcta a la vista de la normativa anterior, que parecía permitir el encadenamiento de una I.T. con la denegación de una I.P. incluso cuando las patologías de ambas fueran iguales, pero, como se ha visto, la reforma del 2005 (con efectos del año 2006) del *art. 131 bis LGSS* ha cerrado este portillo", que aún se restringe más con la reforma del 2007 (*Ley 40/07*) con efectos del 2008. Y en tal Sentencia, la Sala añadió que "en efecto, en ocasiones ya resultaba contrario a la lógica que si un trabajador había sido declarado apto para trabajar (al denegársele la Invalidez Permanente por una dolencia) pudiera ser declarado en Incapacidad Temporal por la misma dolencia, (salvo recaídas o repuntes en ciertas dolencias)."

El nuevo régimen legal (que, de nuevo, se insiste, ha sido reformado por la *Ley 40/07* para el año 2008) impide, pues, que se genere el subsidio de I.T. por un diagnóstico igual o (como aquí acontece) de similar patología que el que determinó la denegación de una I.P., salvo que medien más de 90 días o que el EVI emita la baja a los efectos del subsidio.

Ciertamente que este nuevo régimen legal adolece de ciertas fisuras: de un lado, que no se regula ni legal ni reglamentariamente (a diferencia de lo que sí prevee la posterior reforma del 2.008 operada por la *Ley 40/07*) la posibilidad de que el trabajador afectado acuda por propia iniciativa al EVI para ser evaluado, de suerte que tanto el trabajador como el Médico del Servicio Canario de Salud que emite la baja, (probablemente desconocedores del nuevo régimen legal, aunque esto en nada afecta a la legalidad de ese nuevo régimen *ex art. 6.1 del Código Civil*) carecen de un mecanismo adecuado para requerir o solicitar al INSS (al EVI) que examine al trabajador para comprobar si la patología justifica o no la denegación del subsidio, en especial cuando, en determinadas dolencias, se producen repuntes o crisis temporales de la enfermedad ante las cuales la única vía apta para corregir ("a posteriori") la situación será la vía judicial, si bien habría que precisar, por contra, que la baja médica otorgada por el Servicio Público de Salud sigue teniendo efectos suspensivos del contrato de trabajo (*art. 45.1.c ET*) ya que la reforma (la del 2.006, recuérdese que ésta, a su vez, se modifica en el 2007 para el presente año 2008) sólo afecta al derecho al subsidio. Por otra parte podrían entenderse incumplidos los deberes genéricos de información a los ciudadanos de los apartados a y b del *art. 35 de la Ley 30/92*, pero sin que se pueda aludir a la

desprotección genérica al trabajador no sólo porque tal crítica es ajena a la función jurisdiccional (aunque la reciente STSJ de Castilla- León de 28.3.07, -por cierto a favor de la nueva situación- justifica la reforma) sino porque esta situación de desprotección se dá también en otro pacífico supuesto, que es el de la falta de cotización (período de carencia) del *art. 130.a LGSS* y, además, cuenta, normalmente, con el mecanismo sustitutorio de la mejora patronal del subsidio de I.T. que imponen la práctica totalidad de los Convenios Colectivos (vía *arts. 39 y 191 y 193 LGSS*).

En el presente caso, prácticamente igual al de la citada Sentencia, una de las dolencias que fueron examinadas por el EVI y cuyas secuelas han resultado insuficientes para declararle en I.P, fue la de "artrosis lumbar y radiculopatía C5-C6-C7 sin afectación radicular" y el diagnóstico de la I.T. cuyo subsidio aquí se discute es el de "lumbociática", y, como es notorio, ésta no es sino el efecto (doloroso) de aquélla, con lo que obvio es que se trata de la misma patología (discopatía lumbar) sólo que en la I.P. se constata como enfermedad y en la I.T. se constata como el efecto que produce.

Por tanto, como la I.T. se inicia dentro del plazo de 20 días, inferior al de 90 días que señala el nuevo *art. 131.bis LGSS* y el EVI no ha concedido la baja, obvio es que, al ser igual la patología, hay que aplicar la doctrina de esta Sala según la nueva normativa y, por tanto, denegar al actor el subsidio de I.T., absolviendo al INSS, previa estimación del motivo y del recurso.

QUINTO.- Ahora bien, lo anterior no agota la cuestión litigiosa, porque en esta ocasión el "petitum" de la demanda (y, en congruencia, la condena de la Sentencia) no sólo reclama el subsidio de I.T., sino también el complemento patronal previsto en el Convenio Colectivo como es casi cláusula de estilo en todos los Convenios. Con esto, la Sala aborda el examen del último motivo del recurso patronal.

Ello enlaza con el antes demorado examen del segundo motivo del recurso del actor cuyo examen ahora se aborda.

A) Previo a ello habrá de despejar la causa de oposición invocada por la empresa en su escrito de impugnación del recuso que es la improcedencia de la acumulación de acciones *ex arts. 27.3 de la LPL*.

Y, a su vez, la consideración de esta causa de oposición exige previamente resolver sobre posible extemporaneidad de esta causa de oposición. De entrada, no fue alzada en la instancia como excepción lo que no impide su examen pues tal obstáculo queda superado por cuanto la acumulación indebida de acciones es una excepción procesal aplicable "ex officio" por afectar al "ius cogens", u orden público procesal (*art. 28.1 LPL y 26.03.96 STS*)

Así, entrando a considerar tal oposición, debe exponerse la esencia del complemento patronal o mejora de esas prestaciones, como ya razonó la reciente Sentencia de esta Sala de 25.10.07 : "La naturaleza de la mejora voluntaria patronal (legalmente voluntaria, pero que pasa a ser obligatoria cuando, como en el presente caso, el Convenio Colectivo lo impone) se expone en la STS de 28.12.88, que con cita de las de 25.10.82 o 11.11.86 , entre otras), indicó que los seguros concertados por las empresas en favor de los trabajadores para completar o incrementar la cobertura de determinadas contingencias protegidas por la Seguridad Social, tienen la naturaleza de mejoras voluntarias de ésta; las cuales figuran reguladas en los *arts. 21 y 181 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social* y en particular en la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, cuyo *art. 1.º, núm. 3* establece que "las prestaciones correspondientes a estas mejoras tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones en el *art. 90 de la Ley General de la Seguridad Social* y forman parte a todos los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social" y por tanto la mejora voluntaria queda afecta por los principios e instituciones que rigen la Seguridad Social".

Procede, así, examinar la consecuencia procesal de esta figura, ya que en efecto, el *art. 27.3* proscribela acumulación de acciones en materia de Seguridad Social; pero a la vista de la naturaleza de la pretensión, ha de considerarse que no hay dos acciones, sino sólo una, a lo que nada obsta que vaya dirigida contra dos obligados (o más, en los casos de prestaciones de contingencia profesional) aunque uno sea una Entidad Gestora de naturaleza pública y otra un particular, sea persona física o jurídica.

B) Despejado el obstáculo procesal citado, ha de abordarse un aspecto secundario en el litigio, pero que ha devenido crucial como consecuencia de la denegación del derecho al actor al subsidio de I.T, aspecto que consiste en el desplazamiento de la condena a la Empresa, no ya como subsidio de I.T. (al que, se insiste, no hay derecho, según esta Sala) sino como su complemento o mejora.

En efecto, ha de partirse del texto (habitual prácticamente en todos los Convenios Colectivos) del *art. 27 del Convenio* Provincial de Hostelería, regulador de este complemento o mejora patronal o las prestaciones (subsidio) de I.T. en los siguientes términos:

"En los casos de enfermedad y cuando el trabajador llevase un mínimo de 180 días en el último año prestando sus servicios en la empresa, ésta abonará durante los primeros quince días y complementará luego las prestaciones de Seguridad Social hasta alcanzar el 100% del salario real, siempre que no sea sustituido por otro trabajador".

Se trata, pues, de una labor de exégesis del texto convencional, combinada en la aplicación de la doctrina que determina la naturaleza jurídica de esta figura, doctrina que antes se indicó, en el apartado A) anterior.

Y en esta labor interpretativa del Convenio, ha de reconocerse que, dada la naturaleza híbrida o dual del Convenio Colectivo (normativo-convencional) son aplicables tanto los criterios de exégesis de las normas (*art. 3.1 del Código Civil*) como las de los contratos (*arts. 1.281 y ss del Código Civil*) y entre los primeros ha de encontrarse el criterio hermenéutico de la lógica, omitido en el Código pero pacíficamente asumido por la doctrina científica y la jurisprudencia (desde la ya lejana STS 9-6-56 a la más reciente STS 3-6-91).

A favor de la tesis negatoria del desplazamiento, cabe el argumento de que tal complemento o mejora es, como su nombre indica, subsidiario o tributario del subsidio, de suerte que si no hay subsidio, no hay complemento, argumento que se basa en los criterios hermenéuticos gramatical y lógico, ya que si no hay mejoría o complemento, nada hay que mejorar o complementar.

Frente a tal criterio, operan de un lado, el criterio volitivo que, al menos en la exégesis contractual, es prioritario incluso frente al literal (*arts 1.281, 2º párrafo y 1282 de Código Civil* y STS Sala 1ª, de 19.09.00) cuando la inequívoca conducta de las partes fuere contradictoria con la letra del mismo, y, además, de otro lado, tal criterio se ve reforzado por la aplicación del criterio literal (prioritario) respecto a otra parte del precepto convencional, lo que a su vez, hace operar el criterio sistemático contractual (la interpretación de las cláusulas "las unas por las otras" 1.2 *ex art. 1.285 del Código Civil* y STS 23.07.91). En efecto, el período inicial de la I.T., que no conlleva prestación (subsidio) que es de tres días *ex arts. 131.1 y 6 y 10 de la O.M. de 13.10.67 LGSS*, es pagado por la empresa, lo que indica que aún cuando no hay prestación sí que hay complemento patronal, con lo que éste se independiza de aquél, desdiciendo así su rótulo ("complemento" o "mejora") adquiriendo vida autónoma para constituirse en una obligación patronal independiente de la existencia o no de una prestación del sistema de previsión social.

Y, aún mas, el subsidio correspondiente a la primera parte (días 4º al 15º día) del segundo período de la I.T. (días 4º al 20º) cuya naturaleza es claramente prestacional, según los mismos preceptos antes citados, también corre en estos casos a cargo de la empresa, lo que confirma la conclusión anterior.

Por tanto, el mal llamado complemento de I.T. es, en realidad, una prestación autónoma, con vida propia independiente; de esta forma, la obligación patronal de "complemento" o "mejora" de la I.T., impuesta por el *Convenio Colectivo*, es *conceptualmente diferente del subsidio de I.T.*, de forma que más que complementarlo, lo suple; con ello, cuando no hay subsidio, es la empresa quien ha de pechar íntegramente con esta prestación, antes sólo parcialmente (el 100% en el período inicial en el que no había subsidio, y el resto restante complementando el 60 y el 75% del Subsidio) y ahora completamente (100% desde el principio al fin).

Tal es la conclusión, por ahora de la Sala, a la vista de la reforma legal operada, y a resultas de que pueda variar en caso de promulgación de la normativa reglamentaria ya anunciada respecto a la reforma de la I.T. de 2007 con efectos del 2008 (*Ley 40/07*) y de la jurisprudencia que sienta doctrina legal sobre esta relevante innovación legislativa.

Por tanto, el motivo (y, con él, el recurso) ha de ser íntegramente estimado, pero ello no conlleva la íntegra revocación de la Sentencia, sino sólo la imposición de la misma condena a la empresa codemandada.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos íntegramente el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 13 de noviembre de 2007, en virtud de demanda interpuesta por Vicente contra Instituto Nacional De La Seguridad Social, Tesorería General De La Seguridad Social, BREZEL CUATRO S.A. HOTEL LAS VEGAS y MUTUA ASEPEYO en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia en el exclusivo sentido de condenar exclusivamente a la empresa Brezelcuatro

S.A. (Hotel Las Vegas) y absolver al INSS y a la TGSS, dejando intacto el resto del fallo .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral*, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el *código nº 66 (Recursos de Casación Laboral)* y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fe.