



Roj: **STSJ AR 1007/2019** - ECLI: **ES:TSJAR:2019:1007**

Id Cendoj: **50297340012019100172**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **102/2019**

Nº de Resolución: **181/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ENRIQUE MORA MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

000181/2019

Rollo número 102/2019

Sentencia número 181/2019

P.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSE ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 102 de 2019 (Autos núm. 987/17), interpuesto por la parte demandante WITTUR ELEVATOR COMPONENTS SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Zaragoza, de fecha 16 de noviembre de 2018; siendo demandados INSS, TGSS, D^a Adelaida , D^a Adoracion , D. Argimiro y HEREDEROS LEGALES DE D. Aurelio sobre recargo de prestaciones. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ENRIQUE MORA MATEO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por Wittur Elevator Componets SA contra INSS y otros ya nombrados sobre recargo de prestaciones, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza, de fecha 16 de noviembre de 2018, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por WITTUR ELEVATOR COMPONENTS S.A. contra el INSS y TGSS y contra los herederos legales de D. Aurelio , se acuerda confirmar la resolución administrativa sobre imposición del recargo del 30% a la mercantil actora".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO: D. Aurelio , nacido el NUM000 -1965, ingresó con nº afiliación a la Seguridad Social NUM001 comenzó a prestar sus servicios en la empresa WITTUR ELEVATOR COMPONENTS S.A. en fecha 22-6-2015 con contrato indefinido, con categoría de técnico comercial para España, Portugal y África.



La empresa se dedica a la fabricación y venta de componentes elevadores y ascensores y tiene una plantilla compuesta por 292 trabajadores en el momento de la inspección.

La empresa cuenta con Servicio de Prevención Ajeno ASPY Prevención SLU desde 1999.

SEGUNDO: El Sr. Aurelio viajó a Camerún entre los días 18 a 23 de Abril de 2016, programado por la empresa a propuesta del Sr. Aurelio. Dicho viaje lo efectuó solo, y fue el primer viaje que hizo solo a este país, pues en ocasiones anteriores había ido en compañía del Sr. Evaristo, superior del Sr. Aurelio.

En el curso del viaje sufrió en algún momento la picadura de un mosquito que le transmitió el paludismo.

TERCERO: Tras regresar a España se incorporó al trabajo el día 26 de Abril, realizando su trabajo con normalidad, si bien el día 6 de mayo le mencionó a su superior que lleva varios días con fiebre, y éste le dirige a Recursos Humanos. Allí la Técnico en prevención le manifestó que fuera a urgencias, saliendo del centro de trabajo a las 9,55 horas.

En urgencia fue atendido a las 11,28 horas donde manifiesta que desde hace 3 días tiene fiebre de 38° sin otra sintomatología y que refiere haber vuelto de África. Consta en el parte que "solicita AS sobre enfermedades tropicales y se le explica que al no tener sintomatología salvo fiebre no se puede realizar en urgencias, por lo que prefiere acudir a su MAP sin realizar AAS básicos y RX en urgencias".

El mismo día 6-5-16 acude a su MAP donde se le pauta amoxicilina (antibiótico). El actor el día anterior había acudido al dentista para empastamiento.

Al no mejorar, el Sr. Aurelio acudió de nuevo a urgencias el día 9 de mayo a las 6,35 horas y fue ingresado en UCI tras diagnóstico de malaria grave, falleciendo el día 11 de mayo a las 13:55 horas.

CUARTO: El paludismo es una enfermedad endémica en Camerún.

QUINTO: Tras el acta de infracción levantada contra la empresa Inspección de Trabajo propuso un recargo de prestaciones del 30% y en Resolución de 22-9-17 del INSS acordó la imposición de este recargo por la Dirección Provincial del INSS.

Tras la reclamación previa interpuesta por la empresa, fue desestimada en Resolución de 28-11-2017.

Inspección de Trabajo apreció además la concurrencia de dos infracciones graves, que han sido objeto de recurso.

SEXTO: Que la enfermedad profesional sufrida por el trabajador ha dado lugar a las siguientes prestaciones:

- Pensión de Viudedad fijada en una cuantía de pensión inicial de 1.759,33 € en la fecha del hecho causante (Aplicación del 52% sobre una base reguladora de 3.383,33 €.
- Pensión de orfandad a favor de dos beneficiarios en cuantía respectiva, de pensión inicial de 676,67 € (aplicación de un 20% sobre la base reguladora del causante).
- Indemnización a Tanto Alzado a favor de la viuda por un importe de 20.299,98 €, correspondiente a 6 mensualidades de la base reguladora referenciada anteriormente.
- Indemnización a Tanto Alzado a favor de los huérfanos beneficiario en cuantía de 3.383,33 € para cada uno de ellos, correspondiente a 1 mensualidad de la base reguladora citada.
- Auxilio por Defunción en cuantía de 46,50 €.

SÉPTIMO: Existe en la empresa un "protocolo de seguridad en viajes" que en caso de tratarse de un viaje al extranjero remite al trabajador a la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores al objeto de recabar información a nivel general y específica y señala diferentes links para recomendaciones e información sobre el país

La empresa proporciona también un seguro médico internacional.

En la política corporativa de viajes de la empresa consta en el apartado "Notas" (capítulo 14, folio 386 de autos) que para los viajes internacionales el documento más importante es el pasaporte "compruebe también si necesitará visado o vacunaciones con antelación".

En concreto para Camerún es obligatoria la vacuna para la fiebre amarilla y recomendada la antitetánica, hepatitis A y B, fiebre tifoidea, difteria y meningitis "para más información puede consultar la página web del Ministerio de Sanidad en lo que se refiere a vacunas y recomendaciones de vacunas y antipalúdicos, según la información contenida en la información sobre el país de la que disponía la empresa (folio 430).



OCTAVO: Al actor se le proporcionó al inicio de su relación laboral formación en materia de Prevención de riesgos laborales de forma general, Gestión Ambiental, Riesgo eléctrico y de incendio, Actuaciones ante Emergencias, Diseño del puesto de trabajo y uso de pantallas, Factores psicosociales, almacenaje en estanterías y manejo puntual de cargas y otros riesgos específicos. Entre esos diferentes procedimientos figuraba el protocolo "¿Qué debo hacer si viajo al extranjero?".

NOVENO: Una recomendación básica a los viajeros a zonas con endemia palúdica es el empleo de repelentes de mosquitos a base de DEET (N, - dietil- mtoluamida). El fundamento de esta recomendación es la alta efectividad de este compuesto en la prevención de las picaduras de mosquitos. La ropa debe ser adecuada, con manga larga y pantalones largos, evitando los colores oscuros y los perfumes. Se consigue una protección extra tratando las prendas de vestir con permetrin o etofenprox para impedir que los mosquitos piquen a través de la ropa.

El paludismo no es prevenible mediante vacunación si bien la quimioprofilaxis es una medida muy eficaz y aunque no garantiza el riesgo cero, lo disminuye de forma muy significativa, especialmente el riesgo de casos graves".

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por INSS, D^a Adelaida , D^a Adoracion , D. Argimiro y herederos legales de D. Aurelio

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El recurso de la parte demandante impugna la sentencia dictada, mediante la formulación de Motivos de revisión fáctica y de infracción jurídica sustantiva, para que se revoque la misma y se deje sin efecto el recargo de prestaciones impuesto por el INSS en Resolución de 22-9-2017, confirmada por otra de 28-11-2017.

SEGUNDO .- Por el cauce procesal previsto en el ap. b) del art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pretende el recurso la revisión del Hecho Probado Quinto de la sentencia, con apoyo probatorio en la documental que señala, para incluir el texto de la Resolución de imposición de recargo relativo a las infracciones que se estiman cometidas por la empresa y justifican dicho recargo. Se estima la adición del texto propuesto, acorde con la documental de referencia y a fin de dejar constancia en el relato de las infracciones de prevención de riesgos que la Administración considera justificativas del recargo declarado.

TERCERO .- Al amparo del art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en el art. 164 de la Ley General de la Seguridad Social, TR aprobado por el RDLeg 8/2015.

No infringe la sentencia recurrida el precepto invocado en el recurso.

Su amplia y detallada motivación basta para justificar la imposición del recargo en la cuantía declarada, debiendo resaltar que en la jurisprudencia de aplicación, que la recurrida acertadamente cita (STS de 15 de octubre de 2014, r. 3164/13, y la de 30 de junio de 2010, Sala General -rcud 4123/08), se hacen dos afirmaciones de especial relevancia:

Que la propia existencia de un daño pudiera implicar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable].

Y la relativa a la regla de inversión de la carga de la prueba establecida en la LRJS, cuyo art. 96.2 preceptúa: "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira".

CUARTO.- En el caso, consta probado que la empresa no había indicado al trabajador, respecto a su viaje en misión de prestación de servicios laborales a un país con riesgo de contagio de enfermedades endémicas, como el paludismo en Camerún, otra cosa que, a modo de protocolo de seguridad en viajes (Hecho Séptimo), seguir las recomendaciones contenidas en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores español, que principalmente se refieren a las vacunaciones previas aconsejadas por Sanidad.



QUINTO .- No es razonable que tal recomendación baste para prevenir el riesgo de un viaje de trabajo a un país extranjero en el que es notoria la posibilidad de contraer enfermedades endémicas, que pueden llevar incluso a la muerte, como ocurrió en el caso enjuiciado, en el que, según declaran probado los Hechos Segundo y Tercero de la sentencia, el Sr. Aurelio contrajo paludismo por picadura de mosquito en Camerún y tras su regreso a España el 24 de abril, falleció por dicha enfermedad el 11 de mayo siguiente.

SEXTO .- La mera información al trabajador acerca de seguir las recomendaciones de Exteriores cuando haya que viajar al extranjero, no es medida de prevención de riesgos suficiente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 14 y ss de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: "En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios...".

En suma, la empresa debe agotar las prevenciones, como dice el citado art. 14 de la LPRL, para la protección de la seguridad y la salud del trabajador, debiendo probar - art. 96 de la LRJS- que adoptó las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, obligación que no ha cumplido, puesto que la mera información inicial a sus trabajadores de que si viajaran al extranjero habrían de consultar la web del Ministerio de Asuntos Exteriores para seguir sus instrucciones, no es actividad preventiva alguna.

El desplazamiento laboral a un país con riesgo de enfermedades endémicas precisa que la empresa se asegure de que su trabajador viaja debidamente informado de ese riesgo y adecuadamente protegido. En el caso enjuiciado debió comprobar la empresa que su trabajador había realizado la vacunación oportuna y que conocía el deber de protegerse al máximo en la zona de destino a fin de no contraer la enfermedad de riesgo.

SÉPTIMO .- Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

Por imperativos legales (arts. 203, 204 y 235 de la LRJS) las costas del recurso, en su dimensión normada, deben ser impuestas, a la empresa recurrente; y debe disponerse la pérdida del depósito constituido para recurrir.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 102 de 2019, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición a la empresa recurrente de las costas de su recurso en cuantía de 800 euros en concepto de honorarios de cada Letrado impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, el cual se ingresará en el Tesoro Público.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.