

Referencia: NSJ045076

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

*Sentencia*1943/2012, de 12 de marzo de 2012*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 5033/2010*

**SUMARIO:**

**Indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional. Daños físicos (materiales) y morales. Incapacidad permanente absoluta. Enfermedades tropicales. Dengue. Prevención de riesgos laborales.** No bastaba solo con haber vacunado al trabajador contra las enfermedades tropicales conocidas que disponen de vacuna, ni con haberle informado adecuadamente de los riesgos, sino que era también necesario agotar todas las posibilidades de diagnóstico que permitieran establecer la existencia de un posible primer episodio de dengue antes de enviar al trabajador a un país con riesgo de sufrir un nuevo episodio de la misma enfermedad, teniendo en cuenta que la segunda infección es la verdaderamente peligrosa y grave para la salud de las personas, así como el hecho de que ese trabajador ya había trabajado anteriormente en muchos países tropicales en los que existía el riesgo de contraer aquella enfermedad. Si bien para la aplicación del recargo de las prestaciones es sin duda exigible el incumplimiento por parte del empleador de una norma legal, específica o genérica, de las que regulan la previsión de riesgos, no es exigible dicho incumplimiento cuando se reclama una indemnización de daños y perjuicios, para lo cual bastará acreditar que la empleadora haya incurrido en cualquier tipo de negligencia, por acción u omisión, al no haber agotado toda la diligencia que le es exigible en función de las circunstancias del caso.

**PRECEPTOS:**

[Código Civil, arts. 1.101, 1.105, 1.106 y 1.902.](#)  
[Ley 31/1995 \(LPRL\), arts. 14, 15 y 16.](#)  
[RDLeg. 1/1994 \(TRLGSS\), art. 123.](#)

**PONENTE:**

*Don Sebastián Moralo Gallego.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
CATALUNYA**

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0016087

CR

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO  
ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG  
ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 12 de marzo de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Luis María y Medicos Sin Fronteras España frente a la Sentencia del Juzgado Social 10 Barcelona de fecha 27 de mayo de 2010 dictada en el procedimiento Demandas n.º 563/2009 y siendo recurrido/a . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Con fecha 4 de junio de 2009 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Indemnización daños y perjuicios, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo en parte la demanda promovida por Luis María, y condeno a la empresa demandada Médicos Sin Fronteras a abonarle en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 285.160,29 euros."

### Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1. El actor (nacido el 9 de febrero de 1970) prestó servicios por cuenta de la empresa demandada del 1 de octubre de 2002 al 15 de septiembre de 2004, como coordinador general, destinado en la India. Con anterioridad, también había trabajado de alta laboral en la demandada, en diversos periodos (15 de febrero a 7 de marzo de 1995, 15 de marzo a 18 de septiembre de 1995, 22 de septiembre a 13 de octubre de 1995, 2 a 31 de julio de 1996, 5 de diciembre de 1996 a 3 de enero de 1997, 19 de junio de 1999 a 27 de diciembre de 1999, y 10 de enero a 11 de diciembre de 2000), en países tropicales (Angola, Ruanda, Kenia, Ecuador, Tailandia, Camboya, Cuba, Honduras y la India).

2. Los trabajadores expatriados de la demandada son enviados al CAP Drassanes, donde hay un médico que forma parte de su plantilla; este facultativo no es un médico con funciones de Medicina del Trabajo, sino que se dedica a la Medicina Tropical. En el caso del actor, realizó unos denominados "briefing" en Luxemburgo antes de ir a la India, al objeto de recibir información y formación, más las correspondientes vacunas (éstas no incluyen el dengue, que no tiene vacuna).

3. El 22 de septiembre de 2003 fue ingresado de urgencias en el Hospital Clínico de Barcelona, y se le diagnosticó un no primer episodio de dengue, que cursaba con una recuperación lenta (síndrome de fatiga subaguda). Dio lugar a una primera situación de incapacidad temporal, del 22 de septiembre de 2003 al 4 de agosto de 2004, derivada de enfermedad profesional. Permaneció, de nuevo, de baja, del 1 de marzo de 2005 al 4 de abril de 2006, calificada como por enfermedad común, si bien el trabajador acudió a la jurisdicción social mediante demanda contra la empresa (más el I.N.S.S., la T.G.S.S. y la Mutua Asepeyo), repartida al Juzgado 11 de Barcelona, que formó autos con el número 183/2006, y el 26 de septiembre dictó sentencia (número 337), estimatoria, declarando que dicho proceso de incapacidad temporal derivaba, por recaída, de enfermedad profesional. La sentencia fue confirmada en este punto principal en trámite de recurso de suplicación por la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 28 de mayo de 2008 (número 4427).

4. En virtud de resolución del I.N.S.S. del 10 de mayo de 2006 fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, por las lesiones de síndrome de fatiga crónica post-viral (serológicamente confirmado, de dengue), presentando movimientos en piernas, fatiga física e intelectual. Promovió nueva demanda por la contingencia ante la jurisdicción social, con las mismas demandadas que en el anterior, esta vez turnada al Juzgado 29 de Barcelona, el cual dictó sentencia el 10 de noviembre de 2008 (número 451), estimando aquélla, y declarando que la contingencia de la incapacidad permanente era la enfermedad profesional. Adquirió firmeza el 9 de diciembre de 2008.

5. Durante la primera incapacidad temporal percibió la prestación con el complemento hasta el 100% del salario (en la cantidad total de 2.133,13 euros mensuales). A su vez, el 17 de febrero de 2009 la empresa le ingresó la cantidad de 58.023,35 euros, al objeto, se decía en una carta, de ayudarle en la medida de lo posible en su situación. Más tarde, la compañía de seguros Axa le abonó otros 31.000,00

euros, a cargo de la póliza concertada con la empresa, como indemnización por incapacidad permanente. La capitalización de la prestación de incapacidad permanente absoluta asciende a 546.453,71 euros.

6. Presenta como enfermedad un síndrome de fatiga crónica post dengue, con las siguientes alteraciones: tetraparesia espástica que afecta a las cuatro extremidades, de manera más acentuada en las inferiores, produciendo una muy severa dificultad para la marcha, que ha de realizar con bastones dentro de casa y con silla de ruedas en distancias más largas; también afecta a las extremidades superiores, aunque en menor medida, produciendo disminución de la fuerza y de la coordinación motora; alteraciones encefálicas y cognitivas menores (dificultad de concentración, cefaleas frecuentes, fotofobia); trastorno adaptativo de tipo depresivo, que precisa control y tratamiento.

7. El dengue es una infección causada por un virus y transmitida por mosquitos, que aparece en las regiones de clima tropical y subtropical de todo el mundo. No hay tratamiento específico ni vacuna. "

### **Tercero.**

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora y demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria la actora y demandada, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Recurren en suplicación ambas partes, contra la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda interpuesta por el trabajador y condena a la empresa al pago de la suma de 285.160,29 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la enfermedad contraída mientras prestaba servicios laborales por cuenta de la misma.

Deberemos resolver en primer lugar el recurso de la empresa que solicita la íntegra desestimación de la demanda.

El primero de sus motivos se formula por la vía del párrafo b) del art. 191 de la LPL, interesando la revisión del hecho probado primero y la adición de un nuevo ordinal octavo.

No ha de accederse a la primera de tales pretensiones, porque resulta del todo innecesario transcribir en la resultancia fáctica los fines de la asociación recurrente, así como el contenido de una u otra parte de su carta de principios.

El contenido y literalidad de los Estatutos de Médicos sin Fronteras y de su Carta de Principios resultan del todo incontrovertidos e incontrovertibles, siendo innecesario transcribir una parte de los mismos en los hechos probados cuando en ningún momento se ha cuestionado su gramaticalidad, lo que permite a la sala conocer en su integridad del contenido de tales documentos en la medida en que pudieren tener consecuencias jurídicas relevantes para la resolución del asunto.

A mayor abundamiento y como bien se indica en el escrito de impugnación sobre este particular, el actor no es un voluntario que colabore desinteresadamente con la asociación recurrente, sino un trabajador por cuenta ajena de la misma que presta servicios laborales a cambio de una retribución, y finalmente, el hecho de que esta organización tenga como loable y ejemplar objeto principal una finalidad humanitaria, no le atribuye un régimen jurídico especial en el cumplimiento de las obligaciones legales que como empleadora le corresponden, lo que hace irrelevante la adición de aquella parte de sus estatutos y carta de principios.

Y en ningún caso puede admitirse que esa Carta de Principios libere totalmente a la asociación de cualquier daño que puedan sufrir sus trabajadores y/o voluntarios.

Es evidente que los colaboradores de Médicos sin Fronteras asumen voluntariamente unos riesgos cuyas consecuencias no deben ser imputables a la organización, pero esto no significa en modo alguno que la recurrente quede exenta de cualquier daño o perjuicio que puedan sufrir mientras prestan servicios en países extranjeros, lo que hace innecesaria la adición postulada que no tiene ninguna trascendencia jurídica relevante sobre este particular en los términos tan generales en que ha sido postulada.

### **Segundo.**

En el último apartado de este primer motivo se solicita la adición de un nuevo hecho probado octavo, en el que se haga constar que no puede afirmarse que el primer episodio de dengue sufrido por el actor fuese anterior a su traslado a la India, siendo posible que ambos episodios de dengue se produjeran durante el tiempo en el que estuvo destinado en la India durante casi un año.

Esta cuestión constituye sin duda la clave esencial para la resolución del asunto, en la medida en que no sería posible concluir que la empleadora hubiere tenido una actuación negligente, de haber quedado probado que el primer y segundo episodio de dengue se hubieren producido durante la misma estancia en la India en la que tiene lugar indudablemente el segundo episodio.

La literatura científica en la materia, coincidente en este punto con los informes periciales aportados al proceso por ambas partes, pone de manifiesto que el dengue es una enfermedad tropical de carácter vírico que se origina a consecuencia de la picadura de un específico mosquito en determinados países en los que se dan las condiciones propicias para ello; que no tiene vacuna conocida ni tratamiento específico, y con la singular circunstancia, generalmente admitida como criterio científico mayoritario, de que la primera ocasión en que la infección se produce resulta ser una dolencia de naturaleza leve y sintomatología imprecisa, siendo en cambio de mucha más gravedad cuando tiene lugar un segundo episodio de dengue.

En el caso de autos no cabe ninguna duda que el actor ha padecido un segundo episodio de dengue como razonadamente concluye la sentencia de instancia, atendida la gravedad de las secuelas que le ha producido, así como el hecho de que los datos aportados por la serología sugieren la existencia de dos serotipos del virus diferente.

La empleadora no cuestiona ahora en su recurso esa circunstancia, sino que sostiene que es posible que el primer y el segundo episodio de dengue se hubieren producido durante esta última estancia del actor en la India entre el 1 de octubre de 2002 y el mes de septiembre de 2003, lo que hacía imposible adoptar ninguna medida especial de protección antes de destinar al trabajador a prestar servicios en ese país.

El problema reside por lo tanto en establecer el momento en el que el actor pudiese haber sufrido el primer episodio de la enfermedad, teniendo en cuenta que desde el año 1995 ha prestado servicios para Médicos sin Fronteras en numerosos países tropicales en los que existe dicha enfermedad, produciéndose sin ninguna duda el segundo episodio durante su estancia en la India que comienza el 1 de octubre de 2002, siendo ingresado en el Hospital Clínico de Barcelona el 22 de septiembre de 2003 donde se le diagnóstica la enfermedad por ese segundo episodio de dengue.

Conforme a la literatura científica sobre la materia, el primer episodio de dengue cursa con una sintomatología leve e inespecífica: fiebre, cefaleas, dolor articular, mareos y vómitos, etc... que puede perfectamente confundirse con cualquier otro tipo de enfermedad de poca relevancia. Estos síntomas se presentan a los pocos días de la infección, en los 5 a 8 días posteriores a la picadura del mosquito, y son de muy corta duración de 3 a 7 días, lo que dificulta enormemente la identificación de la enfermedad y el establecimiento del diagnóstico.

En el caso del actor el primer episodio de dengue pasó desapercibido y no fue en ningún momento diagnosticado, lo que genera el problema de determinar el momento preciso en el que tuvo lugar la infección a lo largo de la dilatada carrera profesional en países tropicales que se ha mencionado.

Así las cosas, ni la prueba documental médica, ni tampoco ninguno de los varios informes periciales aportados por ambas partes resulta concluyente a tal respecto, lo que impide considerar que el juez de instancia haya incurrido en un error evidente y manifiesto en la valoración de la prueba documental y pericial aportada a las actuaciones.

Debemos recordar en este punto la doctrina jurisprudencial reiterada, que ha puesto de manifiesto como el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez "a quo", de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en la valoración de tales medios de prueba. En cualquier otro caso, debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiese hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso.

La aplicación de estos criterios al caso de autos obliga a rechazar la adición del nuevo hecho probado en los términos postulados por la recurrente, pues si bien es cierto que el informe pericial doctor Diego, al que se refiere el recurso y que ha sido presentado a instancia del actor, no niega tajantemente la posibilidad de que el primer episodio de dengue pudiese haberse contraído en aquella misma estancia en la India, no es menos cierto que otros informes y documentos a los que se refiere expresamente el escrito de impugnación apuntan la posibilidad de que pudiese haber tenido lugar durante las anteriores estancias del actor en Filipinas o Comboya, produciéndose de esta forma una evidente contradicción entre los distintos elementos probatorios.

Debemos precisar que la declaración doctor Diego a la que se refiere el recurso forma parte integrante de la prueba pericial, pudiendo por lo tanto conocer la Sala de la misma y entrar en su valoración, contra lo que parece mantener la demandada en su escrito de impugnación.

Pero aún así, dicha prueba no es concluyente en orden a demostrar la existencia de un error evidente, claro, inequívoco y manifiesto imputable al juzgador de instancia en la valoración de la prueba documental y pericial relativa a este esencial elemento de juicio, por lo que no puede el Tribunal modificar el relato de hechos probados en el sentido pretendido por la recurrente.

La contradicción entre esos distintos elementos de prueba resulta por este motivo de imposible resolución, teniendo en cuenta la enorme dificultad que ya hemos indicado que existe para el diagnóstico de un primer episodio de dengue, que puede perfectamente pasar del todo desapercibido en un caso como el del actor que ha prestado servicios a lo largo de muchos años en varios países tropicales, en los que no son infrecuentes enfermedades de distinta naturaleza que pueden producir síntomas muy similares que dificultan enormemente la identificación de una enfermedad de esta naturaleza en su primer episodio.

A lo que debemos añadir, que la redacción postulada en el recurso se limita tan solo a apuntar una posible eventualidad en un marco de genérica incerteza, que no permite una conclusión definitiva sobre el momento en el que pudo haberse producido el primer episodio de la enfermedad.

### **Tercero.**

El motivo segundo del recurso de la empresa se articula en cuatro apartados diferentes denunciando infracción de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil, así como de la numerosa doctrina jurisprudencial que se cita.

En el primero de tales apartados se ejercita la pretensión principal que solicita la íntegra desestimación de la demanda con revocación en su totalidad de la sentencia de instancia; mientras que en los restantes se formula como pretensión subsidiaria la minoración de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios en cada uno de los diferentes conceptos contemplados por el juez de instancia.

Para resolver la pretensión principal deberemos atenernos a los consolidados criterios jurisprudenciales ya establecidos en esta materia por la sala cuarta del Tribunal Supremo, que resume perfectamente la sentencia de 30 de junio de 2010 .

Se afirma en primer lugar en dicha sentencia que "es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC . Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT "es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional" ( SSTS 02/02/98 -rcud 124/97 -; 18/10/99 -rcud 315/99 - ; 22/01/02 -rcud 471/02 -; y 07/02/03 -rcud 1648/02 -), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 -rcud 2277/07 -; 14/07 / 09 -rcud 3576/08 -; y 23/07/09 -rcud 4501/07 -), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTS 08/10/01 -rcud 4403/00 -; y 17/07/07 -rcud 513/06 -).

A continuación, y tras señalar la diferencia entre culpa contractual y extracontractual en esta materia, se pone de manifiesto que: "El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" (art. 4.2 . d)) y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene" ( art. 19.1). Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL (Ley 31/1995, de 8 /noviembre ), cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase "que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado" y que "deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran" ( STS 08/10/01 -rcud 4403/00 -, ya citada)".

Para concluir que "Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que "en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas". Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia".

Tras lo que se precisa que : "con su actividad productiva el empresario "crea" el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo "sufre"; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar ( art. 20 ET ) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de "garantizar la seguridad y salud laboral" de los trabajadores (art. 14.1 LPRL). La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible

responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias."

Estos principios que enumera el Tribunal Supremo son de aplicación, tanto a los supuestos de accidente de trabajo como de enfermedad profesional, y conducen a la más rigurosa valoración del principio de culpabilidad empresarial, "más allá incluso de las exigencias reglamentarias " como destaca la propia doctrina jurisprudencial.

Distinto puede ser en la aplicación del recargo de prestaciones que regula el art. 123 de la LGSS, para lo que será sin duda exigible el incumplimiento por parte del empleador de una norma legal, específica o genérica, de las que regulan la prevención de riesgos laborales.

Lo que no es exigible cuando se reclama una indemnización de daños y perjuicios, para lo que bastará acreditar que la empleadora ha incurrido en cualquier tipo de negligencia, por acción o por omisión, al no haber agotado toda la diligencia que le es exigible en función de las circunstancias del caso.

No será necesario en estos supuestos que se acredite el incumplimiento por parte de la empresa de una norma legal o reglamentaria, sino tan solo que se ponga de manifiesto que se ha incurrido en una determinada negligencia por no haber aplicado las premisas máximas de diligencia exigibles.

#### **Cuarto.**

En lo que se refiere a la aplicación en estos casos de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, esa misma doctrina jurisprudencial enseña que "ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impeditivas, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria (es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta). Sobre el segundo aspecto (grado de diligencia exigible), la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL ("... deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad") y 15.4 LPRL ("La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"), que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención. Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- 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), como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL).

Razonando a continuación, que: "el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL), pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente".

Haciendo finalmente una importante matización, para destacar que " En último término no parece superfluo indicar expresamente que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto "desmotivador" en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones (de sanción cuantitativamente mayor). Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la S 14 /junio), al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 5.1 ("el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo"), que tal precepto no era

conculcado por el art. 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que "El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable".

#### **Quinto.**

La aplicación de estas reglas al caso de autos obliga a concluir que la empleadora habría incurrido en una falta de diligencia relevante y suficiente para establecer que ha realizado una actuación negligente que genera responsabilidad contractual imprudente, por no haber sometido al actor a todas las pruebas de diagnóstico necesarias para detectar la posibilidad de que pudiese haber sufrido anteriormente una primera infección por dengue antes de enviarlo en misión a la India.

Conociendo que el demandante había ya prestado servicios en muchos otros países tropicales por cuenta de la misma organización; y siendo el dengue una enfermedad que no tiene vacuna y de la que es conocido que la primera infección puede pasar desapercibida, siendo la segunda infección la verdaderamente peligrosa y grave para la salud de las personas, la asociación recurrente debió someter al actor a todas las pruebas de diagnóstico posibles para descartar que ya hubiere padecido una primera infección de dengue, antes de enviarlo a la India y a frente a la evidencia de que en este país puede contraer esa enfermedad, que en el caso de tratarse de un segundo episodio acarrea consecuencias de enorme gravedad.

Es cierto que la empresa envió al trabajador a una estancia previa en Luxemburgo, al objeto de recibir información y formación, así como las correspondientes vacunas; y también que los trabajadores expatriados son enviados al CAP Drassanes para ser examinados por un facultativo especialista en medicina tropical, pero esta loable actuación preventiva no es suficiente para cubrir todo el abanico de riesgos de contagio de enfermedades tropicales que asumen los trabajadores enviados a ese tipo de países.

No bastaba solo con haber vacunado al actor contra las enfermedades tropicales conocidas que disponen de vacuna, ni con haberle informado adecuadamente de los riesgos, sino que era también necesario agotar todas las posibilidades de diagnóstico que permitieran establecer la existencia de un posible primer episodio de dengue antes de enviarlo a la India, teniendo en cuenta el hecho de que el actor ya había trabajado anteriormente en muchos países tropicales en los que existe el riesgo de contraer esa enfermedad.

De haberse detectado la existencia en su cuerpo de algún serotipo de dengue, no se habría corrido el riesgo de enviarlo a un país en el que existía el grave peligro de sufrir un segundo episodio de esa enfermedad.

Debemos por ello concluir que la empresa no actuó con toda la diligencia exigible, porque no agotó todas las posibilidades en esta materia.

En el peor de los casos, ese específico examen y diagnóstico previo, habría servido para acreditar ahora que el actor no tenía ningún serotipo de dengue antes de viajar a la India, permitiendo de esta forma situar indubitadamente los dos episodios de dengue durante su estancia en dicho país entre el 1 de octubre de 2002 y septiembre de 2003, lo que en el recurso se apunta como una simple posibilidad carente de cualquier base probatoria y que por lo tanto, no puede eximir a la empresa de su responsabilidad.

Tiene razón el recurso de la empresa cuando sostiene que no puede existir responsabilidad civil sin culpa ni basada en criterios objetivos no culpabilísticos, tal y como ya hemos razonado en los anteriores fundamentos de derecho.

Pero no tiene en cambio razón cuando afirma que en este concreto supuesto ha actuado con toda la diligencia exigible y no hay ninguna tacha que permita calificar su actuación como negligente, porque no hay razones para considerar que el primer episodio de dengue fuera anterior a la misión en la India.

Ya hemos dicho que el deber de diligencia exigible al empresario va más allá incluso de las estrictas previsiones legales y reglamentarias en esta materia, por lo que resulta indiferente en este proceso que la empresa pudiese haber cumplido estrictamente las exigencias del art. 8.4.º del RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

El mayor o menor cumplimiento de esa normativa reglamentaria podrá ser relevante en orden a resolver sobre el recargo de prestaciones que pudiese haberle sido impuesto a la empresa, según parece desprenderse de la alusión a este particular que se hace en la sentencia de instancia, pero en modo alguno permite eximir a la empleadora de la responsabilidad civil por daños y perjuicios que constituye el objeto de este proceso, cuando no se ha acreditado que se agotaran todas las posibilidades de diagnóstico existentes para determinar la eventual infección previa del trabajador por un primer episodio de dengue antes de enviarlo en misión a la India.

Aun aceptando hipotéticamente que este tipo de diagnóstico tan exhaustivo no sea obligatorio en estricta aplicación de las previsiones legales contenidas en el precitado RD 664/1997, quedaría demostrado en este caso concreto que la empresa no aplicó toda la diligencia exigible, al no haber sometido al

trabajador a todas las pruebas diagnósticas necesarias para detectar la eventual existencia de aquel posible primer episodio de dengue, conociendo como conoce perfectamente la evolución de esta singular enfermedad y el riesgo importante de contraerla en un país como la India.

Es evidente que la picadura del mosquito que transmite la enfermedad es un hecho fortuito y absolutamente incontrolable por parte de la empresa, pero no lo es en cambio, el control y supervisión del estado del trabajador para detectar la existencia previa de un primer episodio de la enfermedad antes de enviarlo a la India.

No ha quedado acreditado que se realizara ese control exhaustivo y riguroso para diagnosticar esta específica y concreta enfermedad, y este incumplimiento del deber de diligencia es el que justifica la condena de la empresa, más allá de las hipótesis y elucubraciones que puedan realizarse sobre el momento exacto en el que eventualmente pudiere haber tenido lugar el primer episodio de dengue, cuando también este extremo resulta de imposible acreditación por la inactividad de la empresa en tal sentido.

El razonamiento del recurso de la empresa consiste en sostener que al no haber sido posible determinar que el primer episodio de dengue era anterior al destino en la India, no puede responsabilizarse a Médicos Sin Fronteras por no haber detectado la presencia de la infección vírica cuya existencia anterior es más que dudosa y discutible.

Razonamiento que decae, ante la circunstancia de que no ha resultado acreditado que Médicos Sin Fronteras hubiere realizado todas las pruebas de diagnósticos necesarias y posibles para detectar la existencia de cualquier serotipo de dengue antes de enviar al actor a la India, siendo justamente esta omisión lo que obliga a concluir definitivamente que no actuó en su momento con toda la diligencia exigible, agotando todas las posibilidades diagnósticas existentes en esta materia.

#### **Sexto.**

A continuación debemos conocer de los últimos tres apartados del segundo motivo del recurso de la demandada, en los que se denuncia infracción del art. 1106 del CC y de la doctrina jurisprudencial que se cita, para ejercitar como pretensión subsidiaria la minoración del importe de la indemnización reconocida al trabajador demandante.

Cuestión que deberemos resolver conjuntamente con el recurso del demandante, cuyos cinco motivos tienen como objeto modificar al alza el importe de la indemnización que le ha sido reconocida, planteando a tal efecto diferentes cuestiones que afectan al quantum indemnizatorio y deben por ello abordarse a la vez que las pretensiones planteadas con la misma finalidad por la demandada.

El primero de los motivos del recurso del actor se formula por la vía del párrafo b) del art. 191 de la LPL, interesando la parcial modificación del hecho probado quinto para que se haga constar que la referida póliza de seguros de la compañía Axa es una póliza de vida y no de responsabilidad civil.

Pretensión que no ha de ser acogida, porque los efectos jurídicos que deba desplegar el pago de la suma de 31.000 euros por parte de la aseguradora deben resolverse junto con los motivos de derecho, sin que deba calificarse en la resultancia fáctica la póliza de seguros como de vida o responsabilidad civil, y mucho menos, extrayendo anticipadamente de esta denominación consecuencias jurídicas sobre la el tratamiento que haya de darse a esa cantidad en orden al pago de la indemnización.

No se discute la existencia de dicha póliza de seguros, tampoco se cuestiona que la prima era pagada exclusivamente a cargo de la empresa, ni se niega la percepción por el actor de la suma de 31.000 euros en razón de la misma, lo que hace innecesario cualquier otra adición en los hechos probados una vez que el texto y el tenor literal de la póliza no se discute, debiendo quedar para los motivos de derecho la determinación de los efectos que han de darse a dicho pago en orden a su eventual deducción del monto total indemnizatorio.

#### **Séptimo.**

La resolución de los restantes motivos del recurso del actor y de los motivos subsidiarios del recurso del demandado, exige partir de los siguientes hechos probados indiscutidos: 1.º) el trabajador demandante nació el 1 de octubre de 1970, ha venido prestando servicios laborales por cuenta de Médicos sin Fronteras en diferentes periodos de tiempo y en distintos países desde el año 1995; 2.º) el último contrato de trabajo se formaliza por el periodo 1 de octubre de 2002 a 15 de septiembre de 2004, para realizar una misión en la India; 3.º) antes de desplazarse a la India es reconocido por un médico especialista en medicina tropical, realizando además una estancia en Luxemburgo para recibir información y formación, además de las correspondientes vacunas contra enfermedades tropicales; 4.º) el 22 de septiembre de 2003 es ingresado en urgencias del Hospital Clínico de Barcelona y se le diagnostica un no primer episodio de dengue; 5.º) está en situación de incapacidad temporal desde el 22 de septiembre de 2003 hasta el 4 de agosto de 2004, percibiendo durante todo ese periodo el 100% de su salario; 6.º) posteriormente permanece de nuevo de baja médica entre el 1 de marzo de 2005 al 4 de abril de 2006; 7.º) mediante resolución del INSS de 10 de mayo de 2006 es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común;

mediante sentencia de 10 de noviembre de 2008 se declara que la incapacidad deriva de enfermedad profesional; 7.º) en fecha 7 de febrero de 2009 la empresa le pagó la suma de 58.023,35 euros, al objeto de ayudarle en la medida de lo posible en su situación de enfermedad. Posteriormente la compañía de seguros Axa le abona la cantidad de 31.000 euros como indemnización por incapacidad permanente, a cargo de una póliza de seguros que tenía suscrita la empresa a favor de sus trabajadores. La capitalización de la prestación de incapacidad permanente absoluta asciende a 546.453,71 euros; 8.º) las secuelas que ha dejado la enfermedad son, un síndrome de fatiga crónico post dengue con las siguientes alteraciones; tetraparesia espástica que afecta a las cuatro extremidades, de manera más acentuada en las inferiores, produciendo una muy severa dificultad para la marcha, que ha de realizar con bastones dentro de casa y con silla de ruedas en distancias más largas; también afecta en menor medida a las extremidades superiores, produciendo disminución de la fuerza y de la coordinación motora; así como alteraciones encefálicas y cognitivas menores (dificultad de concentración, cefaleas frecuentes, fotofobia); trastorno adaptativo de tipo depresivo que precisa control y tratamiento; 8.º) la sentencia de instancia ha condenado a la empresa al pago de la suma de 285.160,29 euros en concepto de indemnización por la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por el actor, tras practicar los cálculos y deducciones que es de ver en su fundamentación jurídica, aplicando el baremo del anexo de la resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros, que establece las cuantías indemnizatorias para valorar los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Estas son las circunstancias del caso a tener en cuenta para establecer el importe de la indemnización, además de lo que ya se ha razonado en los anteriores fundamentos de derecho sobre la negligente actuación de la demandada.

El recurso de la empresa interesa la minoración de la cantidad objeto de la condena en varios conceptos: 1.º) solicitando una disminución de la cantidad de 39.793 euros reconocida en la sentencia de instancia por los dos periodos de incapacidad temporal, con deducción de los 22.538,70 euros percibidos por el actor en tal concepto durante el primer periodo de baja médica que cubrían el 100% de su salario real; 2.º) pretendiendo que se deje sin efecto la condena al pago de la suma de 214.390,64 euros en concepto de las secuelas derivadas de la incapacidad permanente absoluta, con base en los 82 puntos concedidos a la misma por el Médico Forense, por cuanto el actor percibe la pensión de incapacidad permanente absoluta equivalente al 100% de su salario, sin que se hayan alegado unas posibles pérdidas futuras de expectativas laborales; 3.º) impugnado finalmente los 50.000 euros que la sentencia impone como indemnización por daños morales complementarios; 4.º) solicita subsidiariamente el recurso de la empresa, que este Tribunal modere en cualquier caso el importe de tales cantidades conforme a sus propios criterios

El recurso del trabajador pretende el incremento de la suma indemnizatoria por los siguientes conceptos: 1.º) que la cantidad reconocida en la sentencia de 39.793 euros por los dos periodos de incapacidad temporal se aumente hasta 40.137,68 euros, en aplicación actualizada de las cantidades fijadas para tal concepto en el baremo del año 2010, por ser el momento en que se fija el importe de la indemnización en la sentencia; 2.º) que se reconozcan 84 puntos por las lesiones permanentes, que no solo 82 como hace la sentencia de instancia, elevando por este motivo a la suma de 219.619,68 euros, la cuantía de 214.390,64 euros reconocida en la sentencia de instancia por tal concepto; 3.º) que no se compensen con el capital coste de la pensión de incapacidad permanente absoluta, los 27.363,70 euros de perjuicios económicos alegados por el actor en concepto de daño emergente, ni tampoco los 70.000 euros correspondientes al 50% del factor de corrección sobre los 140.000 euros totales en los que la sentencia fija ese concepto; 4.º) finalmente, solicita que no se deduzca la suma de 31.000 euros percibida por el actor a cargo del seguro contratado por la empresa con la compañía Axa, porque no se trataba de un seguro de responsabilidad civil, sino de un seguro de vida e incapacidad permanente.

### **Octavo.**

Para resolver todas estas cuestiones deberemos atenernos a los criterios jurisprudenciales sobre la materia que recogen las sentencias del Tribunal Supremo invocadas en ambos recursos de 17 de julio de 2007, 30 de enero de 2008, o 23 de julio de 2009, entre otras muchas; así como los arts. 1106, 1101 y 1902 del Código Civil, que se denuncian como infringidos por los recurrentes, junto con la Resolución del Comité de Ministros del C.E. de 14/03/75; y del anexo segundo b) 2.º del RDLeg. 8/2004, en relación al cálculo de la indemnización de las lesiones permanentes.

Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007, en lo que ahora interesa: 1.º) la aplicación en accidentes de trabajo del "sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" no puede llevar a una duplicidad de indemnizaciones en materia de lucro cesante por la simultánea vía -en todo caso- de percepción de las pensiones (IPP, IPT, IPA y GI; en su caso también el subsidio de IT) derivadas de la normativa de Seguridad Social, y a la vez -automáticamente- de las tasadas previsiones que contiene el citado Anexo, siendo así que unas y otras tienen idéntica finalidad reparadora sobre igual concepto (lucro cesante), análoga naturaleza tasada y un

mismo responsable (el empresario), al que no se le puede imponer la reparación de un daño más allá su total indemnidad, llegando al enriquecimiento sin causa -por sobreprotección- que la jurisprudencia unánimemente rechaza; 2.º) De lo que realmente se trata es de complementar las indemnizaciones hasta la total reparación del daño, no de alcanzar -recordamos cita precedente- la "indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente por lo que aquel objetivo únicamente puede alcanzarse mediante el mecanismo de añadir a la indemnización (tasada) que suponen las prestaciones de IP el "quantum" indemnizatorio equivalente al restante (de existir) lucro cesante; y nunca sumando -sin más- dos indemnizaciones legalmente tasadas (prestaciones de Seguridad Social y cantidades fijadas en el Anexo a la LRCSCVM sin tener en cuenta la entidad real del daño causado. En otras palabras -reiterando las categorías doctrinales expresadas más arriba-, lo que se impone es calcular la indemnización debida con arreglo a la técnica de complementariedad (acumulación relativa) y no a la de suplementariedad (acumulación absoluta).

A lo que luego se añade, con especial trascendencia para el caso de autos: " Piénsese -por poner un ejemplo paradigmático- en la situación declarada de IPA, cuya prestación equivale al 100 por 100 del salario (salvo de supuestos de desfase salario/cotización) y que es compatible incluso con actividades económicas residuales, de manera que en la misma se resarce en su integridad el lucro cesante (salvo que medien expectativas profesionales frustradas y acreditadas), por lo que el reconocimiento adicional de la pensión prevista en el Anexo a la LRCSCVM sería una clara sobre indemnización, resarciendo más allá del daño (es el "exceso carente de causa" de que hablado en tantas ocasiones esta Sala".

Tras lo que se dice que : " Es claro que las circunstancias que llevan a deducir la posible insuficiencia de las prestaciones de Seguridad Social como resarcimiento por lucro cesante no pueden ser objeto más que de la referencia genérica que antes hemos hecho, y que su concreta apreciación (salvo el caso del objetivo desfase salario/cotización) no admite más soluciones que las casuísticas, en las que la ponderada discrecionalidad judicial de instancia ha de imponerse -en tanto que razonable apreciación- como soberana".

Para concluir finalmente que : "En otro orden de cosas hemos de indicar que en materia de AT no pueden reproducirse miméticamente las concretas operaciones contenidas en el indicado Anexo, pues no hay que olvidar: 1.º) Que ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa que desde el principio de la sentencia predicamos. 2.º) Que con el mismo se está regulando la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en el supuesto que debatimos se trata de la indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del accidente de trabajo, al objeto de complementar las prestaciones de Seguridad Social (atribuibles a responsabilidad objetiva), y en base -repetimos la doctrina de la Sala- a haber incurrido en culpa o negligencia causalmente determinantes del evento dañoso. 3.º) Que las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes se determinan con inclusión de los daños morales (Tabla III). 4.º) Que los perjuicios económicos -en función de los ingresos y de la incapacidad permanente de la víctima- son meros factores de corrección de las indemnizaciones previstas para las lesiones permanentes (Tabla IV). 5.º) Que en las indemnizaciones por IT comprenden el daño moral, distinguiéndose entre días con estancia hospitalaria y sin ella, y dentro de éstos los impositivos y no impositivos para la ocupación habitual, y que los perjuicios económicos aparecen como simple factor de corrección (Tabla V).

Esta circunstancia -aparte de alguna otra razón- justifica la inaplicabilidad de la propia y total estructura indemnizatoria prevista en el Anexo. Más en concreto, como la situación de IP se considera en el Baremo un simple dato corrector del daño corporal (Tabla IV), atribuyendo una indemnización extra -muy alejada del real perjuicio- que añadir a la correspondiente a la secuela en sí misma considerada, por esta circunstancia y mediando el previo reconocimiento de una prestación de IP, aquel resarcimiento extra no puede ser computado -en términos generales- a título de pérdida de ingresos, para no incurrir en la duplicidad indemnizatoria por un mismo concepto (lucro cesante); afirmación general que no obsta el que el resarcimiento que supone la prestación de IP a cargo de la Seguridad Social deba complementarse - conforme a lo más arriba indicado- en aquellos casos en los que la misma se patentice insuficiente para reparar en toda su amplitud el daño realmente causado; caso en el que no parece estar de más el acudir - también- con carácter orientativo a los importes que fija el Anexo de la LRCSCVM en su Tabla IV.

Y otro tanto ocurre con la indemnización por la IT (Tabla V), extremo en el que la aplicación del Anexo no puede dejar de tener en cuenta el subsidio ya percibido (por la razón antes referida, de evitar el enriquecimiento injusto atribuible a la sobre indemnización), lo que razonablemente nos lleva a cifrar el lucro cesante en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y la prestación abonada por IT (cantidad superior a la que en Anexo señala tasadamente como "factor de corrección" por "perjuicios económicos", en función de los ingresos netos anuales de la víctima) y a cuantificar la indemnización por daño moral como si de situación no impositiva para el trabajo se tratase, a excepción de los días de estancia hospitalaria, que parece oportuno resarcirlos con la indemnización prevista en el Anexo. Conclusión a la que llegamos, fundamentalmente porque si la indemnización básica por IT en la Tabla V se fija "incluidos los daños morales", parece razonable entender que el daño moral está

cuantificado en el importe indemnizatorio correspondiente al día "no impeditivo", habida cuenta del limitado juego (aumento porcentual) que se da a los ingresos de la víctima (en autos sería del 11 al 25% de la indemnización básica).

### **Noveno.**

La aplicación de esos criterios al caso de autos obliga en consecuencia a dar la siguiente solución a cada una de las cuestiones planteadas por ambas partes.

1.º) En lo que se refiere a la indemnización por la incapacidad temporal.

Debe desestimarse la pretensión del demandante que presente la actualización a los valores de 2010 de las cantidades por tal concepto en cuanto supone la alegación de una cuestión nueva que no fue debidamente planteada en el acto de juicio oral, tal y como acertadamente razona la sentencia de instancia de forma expresa sobre este particular. Esa reclamación del actor, que supondría un incremento de 344, 68 euros sobre la suma total reconocida en la sentencia por tal concepto, pudo y debió de ser ya suscitada en el acto de juicio oral que se celebra en el mes de mayo de 2010, cuando la actualización de los valores del baremo se había producido en el mes de enero de 2010. El demandante no hizo en su momento ninguna petición en tal sentido, motivo por el que la sentencia se limita a aplicar el principio de congruencia y reconocer la suma reclamada en la demanda, por lo que no puede la parte introducir ahora en trámite de un recurso extraordinario como el de suplicación una modificación de esa naturaleza, por más que la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos ciertamente conducirían a aplicar los valores actualizados del momento en el que se cuantifica la indemnización, tal y como bien expone la demandada en su escrito de impugnación.

Por lo demás, no se discute por la demandada el segundo de los periodos de incapacidad temporal entre el 1 de marzo de 2005 al 4 de abril de 2006.

En cuanto al primero de tales periodos que se corresponde con los 317 días comprendidos entre 22 de septiembre de 2003 a 4 de agosto de 2004, ya hemos dicho que el actor percibió el 100% de sus retribuciones con lo que no hay ningún lucro cesante que indemnizar.

Pero debe imponerse una indemnización por los daños morales que supone un periodo tan largo y dilatado de baja médica.

Conforme a los criterios jurisprudenciales antedichos, la indemnización por la incapacidad temporal no puede dejar de tener en cuenta el subsidio ya percibido, lo que llevaría a cifrar el lucro cesante en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y la prestación abonada por IT, que en el caso de autos es inexistente.

Debe fijarse la indemnización por daño moral como si de situación no impeditiva para el trabajo se tratase, a excepción de los días de estancia hospitalaria, que parece oportuno resarcirlos con la indemnización prevista en el Anexo. Conclusión a la que llegamos, fundamentalmente porque si la indemnización básica por IT en la Tabla V se fija "incluidos los daños morales", parece razonable entender que el daño moral está cuantificado en el importe indemnizatorio correspondiente al día "no impeditivo", habida cuenta del limitado juego (aumento porcentual) que se da a los ingresos de la víctima (en autos sería del 11 al 25% de la indemnización básica). ( STS 17 julio de 2007 ).

Esto supondría en el caso de autos que la indemnización por daños morales de ese primer periodo discutido de incapacidad temporal se establezca a razón de 28,65 euros diarios, que no de 53,66 euros diarios que ha aplicado el juez de instancia, conforme a la tabla V del Anexo del año 2009 que es el reclamado por el actor y en aplicación del principio de congruencia, lo que supondría un total de 9.082,05 euros (317 días x 28,65 ?).

Es verdad que la sentencia incluye posteriormente una indemnización de 50.000 euros por daños morales, pero viene referida exclusivamente a las secuelas permanentes que ha dejado la enfermedad y no afecta a los periodos de incapacidad temporal, por lo que no debe tenerse en cuenta a estos efectos.

En consecuencia, a la cantidad de 39.793 euros de indemnización reconocida por los dos periodos de incapacidad temporal, debe efectivamente restarse la suma de 22.538,70 euros ya percibida por el actor durante el primero de tales periodos y que cubre el 100% de su salario, y a la resultante debe adicionarse la indemnización de 9.082,05 euros correspondiente a los daños morales por esos 317 días de baja médica no impeditivos, lo que arroja un resultado final de 26.336,35 euros, en que queda establecida finalmente la indemnización por los dos periodos de incapacidad temporal, estimando parcialmente las alegaciones de la demandada sobre este particular.

2.º) En lo que se refiere a la indemnización por las secuelas permanentes que ha producido la enfermedad.

El primer aspecto que debe resolverse es la pretendida atribución a las lesiones permanentes de 84 puntos como se pide en el recurso del demandante, contra el criterio de la sentencia que lo establece en 82 puntos con base en el cuadro de secuelas establecido en el dictamen del médico forense, lo que de estimarse llevaría a incrementar la indemnización en 2.614,52 euros por cada uno de esos dos puntos adicionales.

Lo que ha de hacerse con base en la fórmula del anexo segundo b) del Real Decreto Legislativo 8/2004, en el que se dispone para el caso de lesiones concurrentes, que "Cuando el perjudicado resulte con diferentes lesiones derivadas del mismo accidente, se otorgará una puntuación conjunta, que se obtendrá aplicando la fórmula siguiente:

$$[[ (100 - M) \times m ] / 100 ] + M$$

donde:

M = puntuación de mayor valor.

m = puntuación de menor valor.

Si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales, se redondeará a la unidad más alta.

Si son más de dos las lesiones concurrentes, se continuará aplicando esta fórmula, y el término M se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación realizada.

La aplicación de esa fórmula al supuesto de autos exige tener en cuenta que la sentencia identifica tres tipos de lesiones diferentes: concretando en 80 los puntos por tetraparesia grave; 10 por deterioro de las funciones cerebrales superiores; y 7 por trastorno depresivo reactivo.

Tiene por lo tanto razón el demandante cuando sostiene que la correcta aplicación del sistema obliga a aplicar dos veces la referida fórmula, siendo en la primera ocasión el valor más alto equivalente a M, el de los 80 puntos por la tetraparesia, y el valor más bajo atribuible a m de 7 puntos por el trastorno depresivo, lo que arroja un resultado final redondeado al alza de 82 puntos.

Al existir una tercera lesión, debe aplicarse por segunda vez la fórmula tomando como valor de M el de esos 82 puntos y como valor de m el de los 10 puntos correspondientes a deterioro de las funciones cerebrales superiores, lo que arroja un resultado final redondeado al alza de 84 puntos.

En consecuencia, la indemnización total por este concepto debe fijarse en 219.619, 68 euros, en lugar de los 214.390,64 euros establecidos en la sentencia de instancia.

Habiéndose reconocido al actor una pensión de incapacidad permanente absoluta conforme al 100% de la base reguladora; no planteándose ningún problema de desfase salario/cotización; y no habiéndose ni tan siquiera planteado por el actor que medien expectativas profesionales frustradas y acreditadas, la conclusión no puede ser otra que la de entender que no hay lucro cesante que indemnizar en tal concepto.

Pero si debe en cambio fijarse una indemnización por los daños morales que estas lesiones permanentes suponen, así como también por el daño emergente que se deriva de la clara, evidente y gravísima afectación que suponen para el desarrollo de la vida personal diaria del demandante, más allá del impacto moral que se deriva de las mismas.

Recordemos que el actor necesita silla de ruedas para desplazarse por la calle, que dentro de su domicilio debe usar bastones, con pérdida de fuerza y coordinación en extremidades superiores, que padece problemas de concentración, cefaleas y fotofobia y un trastorno adaptativo de tipo depresivo que necesita control y tratamiento. Si a esto añadimos que en el momento de contraer la enfermedad tenía solo 33 años de edad, es obvio que se produce una incidencia en su vida personal muy relevante, con independencia de que no pueda entenderse que sufra perjuicios por lucro cesante, al no haberse alegado las posibles expectativas profesionales frustradas.

Esta gravísima incidencia en la diaria vida personal y social va mucho más allá de los perjuicios puramente laborales de orden profesional y lucro cesante que deban entenderse compensados con el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar los factores de corrección que han llevado al juez de instancia a cuantificarlos en 140.000 euros y detraer el 50% imputable a la prestación de incapacidad permanente absoluta, lo que resulta manifiestamente irrazonable y desproporcionado a la vista de las graves secuelas que la enfermedad ha provocado, teniendo en consideración la edad del trabajador y la importante afectación que habrá de soportar durante el resto de su vida.

Por este motivo debemos concluir que no ha de aplicarse ninguna minoración en el factor de corrección que se mantiene en los 140.000 euros fijados en la sentencia, sin que sea deducible de este concepto cantidad alguna imputable a la pensión de incapacidad permanente de la seguridad social.

Estimamos de esta forma en parte las pretensiones del recurso del demandante, manteniendo en sus términos la deducción de los 27.363,70 euros aplicada en la sentencia que los compensa con la pensión de incapacidad absoluta por tratarse de perjuicios económicos; sin que deba en cambio practicarse ningún tipo

de deducción al 50% de la suma resultante de la aplicación de los factores de corrección que se concreta en 140.000 euros.

No tiene razón en este punto el recurso del demandante cuando sostiene que se trataría de conceptos no homogéneos que no pueden compensarse, pues como bien se indica en el recurso de la empresa, la mera y simple atribución de una u otra denominación al concepto por el que se reclama la indemnización en la demanda no ha de impedir la correcta aplicación de las reglas establecidas por el Tribunal Supremo en orden a cuantificar la cuantía indemnizatoria aplicable por lucro cesante y daño emergente.

Y desestimamos en este punto íntegramente el apartado tercero del motivo segundo del recurso de la demandada, en el que se pretende dejar sin efecto el reconocimiento de la indemnización por las lesiones permanentes, al entender que quedan totalmente compensadas con la prestación de incapacidad permanente absoluta.

Como ya hemos dicho, la prestación de seguridad social no cubre las consecuencias del daño emergente sufrido por el trabajador en el digno desarrollo de su vida social y personal, por lo que debe mantenerse en este punto lo acordado en la sentencia de instancia, con las modificaciones a favor del actor que acabamos de razonar.

### 3.º) Los daños morales.

Debemos confirmar en esta materia lo acordado en la sentencia al fijar en 50.000 euros la indemnización por este concepto, pues si bien es verdad que las indemnizaciones básicas por lesiones permanente ya llevan incluido en su importe una compensación por daños morales, como acertadamente se dice en el recurso de la empresa, no lo es menos que la cantidad fijada por tal concepto como factor de corrección por daños morales complementarios es adecuadamente razonable y equitativa en razón de las circunstancias del caso.

Se dice en el recurso de la empresa que el trabajador asume de alguna forma el riesgo que supone trabajar en un país tropical, expuesto a que la simple picadura de un mosquito transmita una enfermedad de tal gravedad sin que la empleadora pueda hacer mucho por evitar este riesgo.

Siendo cierto lo que sostiene la demandada, eso no implica que no deba ahora responder de todos los perjuicios, incluidos los morales, que haya supuesto para el trabajador la enfermedad contraída en aquel país, y que ya hemos dicho que se hubiere evitado de haberse evaluado convenientemente el peligro con el diagnóstico oportuno no enviando al demandante a la India.

El importante daño moral soportado por el actor se desprende de la propia gravedad de las lesiones sufridas, que le han supuesto sin duda una merma importante de sus condiciones de vida y hasta de su propia estima y dignidad personal, al padecer a una edad tan temprana una dolencia de estas características que ha comportado un cambio radical en su forma de vida personal, social y profesional.

No es en modo alguno descabellado e irracional indemnizar con 50.000 euros ese importante daño moral, más allá de que la indemnización por lesiones permanentes también comporten una cierta indemnización en tal concepto, que no es por sí sola suficiente en este caso para compensar adecuadamente el perjuicio moral sufrido por el demandante.

### 4.º) La compensación de la póliza de seguros.

Debe mantenerse en sus términos la deducción aplicada en la sentencia de la suma de 31.000 euros ya percibidas por el actor a cargo de la póliza de vida e incapacidad permanente contratada por la empresa con la aseguradora Axa Aurora Vida, pues con independencia de que esta póliza no cubra la totalidad del riesgo al no tratarse de un seguro de responsabilidad civil, es evidente que cubre una parte del mismo cuando la causa de la muerte o de la incapacidad permanente pudiese ser atribuible a la empresa.

Si esa póliza de seguros cubre hasta un máximo de 31.000 euros la incapacidad permanente absoluta del trabajador, es evidente que también cubre una parte de la responsabilidad civil de la empresa cuando es atribuible a la misma, sin perjuicio de que cubra igualmente ese riesgo aunque no le hubiere sido imputable al empleador.

Como ya se ha puesto de manifiesto al exponer los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en esta materia, el trabajador no puede percibir una indemnización que sea superior al perjuicio que realmente ha sufrido, con lo que la cantidad asumida en concepto de incapacidad permanente por la póliza de seguros que ha sido contratada y pagada por la empresa, debe tenerse en cuenta y deducirse de la suma global resultante.

### Décimo.

En definitiva, deben estimarse en parte ambos recursos con el siguiente resultado: 1.º) mantener la declaración de responsabilidad y condena de la demandada; 2.º) establecer en 26.336,35 euros la

indemnización a pagar finalmente por la empresa por los periodos de incapacidad temporal; 3.º) fijar en 219.619, 68 euros la indemnización de las lesiones permanentes; 4.º) mantener en sus términos la condena de 50.000 euros por daños morales; 5.º) mantener igualmente en su totalidad la compensación aplicada en sentencia de la cantidad de 27.363, 70 euros por los perjuicios económicos; 6.º) establecer en 140.000 euros la indemnización de las lesiones permanentes con los factores correctores, sin aplicar ninguna deducción en este concepto; 7.º) confirmar la deducción de los 31.000 euros pagados al actor a cargo de la póliza de seguros contratada con la compañía Axa.

Consecuentemente queda fijada en 346.932,68 euros la suma final a pagar por la empresa demandada.

Conforme establece el art. 201 de la Ley de Procedimiento Laboral y habiéndose estimado en parte el recurso de la empresa, devuélvase el depósito constituido para recurrir, sin que haya lugar a costas.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por MEDICOS SIN FRONTERAS y estimando igualmente en parte el formulado por Luis María, contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social 10 de los de Barcelona en el procedimiento número 563/2009, seguido entre ambos recurrentes, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de establecer en 346.932,68 euros la suma a pagar por la empresa demandada en concepto de indemnización al actor por daños y perjuicios, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida. Reintégrese la totalidad del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, n.º 47, N.º 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N.º 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.