

PROMOCIÓN DE LA SALUD, SÍ, PERO NO VINCULADA AL SALARIO POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2017, de 21 de abril](#)

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular.

Universidad Jaume I (Castellón)

1. MARCO NORMATIVO: EL DEBER DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LA MEJORA VOLUNTARIA DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD

El empleador no puede dejar de cumplir su deber de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo frente a los riesgos derivados de la prestación de servicios del trabajador (art. 14 [LPRL](#)), y este no puede dejar de obedecer las medidas que aquel adopte en el ejercicio del deber de protección (art. 29 [LPRL](#)). Sin embargo, con carácter general, ni el empleador tiene una estricta obligación jurídica de establecer políticas de «promoción de la salud» de las personas que prestan servicios bajo su ámbito de dirección y organización, si no se vincula estrictamente a la actividad profesional –en cuyo caso sí existe deber de vigilancia (art. 22 [LPRL](#))–, ni, consecuentemente, el trabajador tiene la obligación de seguir las acciones de mejora de los estilos y hábitos de vida saludables que la empresa haya podido establecer unilateralmente en desarrollo de su política de responsabilidad social. No obstante, la valoración sería diversa en caso de que esas políticas de promoción de la salud fuesen fijadas mediante pactos o acuerdos colectivos vinculantes. Esta dimensión jurídica de mejora voluntaria de las condiciones de vida que asume las acciones y política de promoción de la salud pública en las empresas queda claramente reflejada en los artículos 16.4 y 34 de la [Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública](#), que trata de promover la responsabilidad e implicación de los empresarios y los trabajadores en la planificación, programación, organización y control de la gestión de tales acciones.

Dentro de una visión mucho más moderna e integral de las políticas de seguridad y salud en los ambientes de trabajo, la OIT ha considerado que el fomento de la salud en el trabajo abordado aisladamente de la política de prevención de riesgos laborales conlleva una pérdida de eficacia de ambas. Por el contrario, la incorporación de aquella –promoción de la salud– como complemen-

taria de esta –prevención de riesgos laborales–, integrándolas de forma coherente en las prácticas de gestión preventiva de las empresas, lleva consigo un plus de eficacia de la prevención de accidentes y enfermedades, contribuyendo a una protección más eficaz de la salud y el bienestar en el trabajo (programa SOLVE). Abundando en esta línea, la Encuesta ESENER-2 (Segunda encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes) de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo pone de manifiesto que existe una relación positiva entre la evaluación de riesgos laborales y la promoción de la salud en las empresas –estilos de vida saludable, como nutrición, ejercicio físico fuera del trabajo, ejercicios de espalda o prevención de adicciones–, de modo que aquellas empresas que integran en la política preventiva las acciones de promoción de la salud mejoran notablemente sus resultados¹.

La novedad de este enfoque integral, así como lo delicado y complejo de su puesta en práctica, particularmente en empresas pequeñas, llevó a una propuesta prudente por parte de la OIT. De este modo, insistió sobre la línea de la «recomendación» y el «compromiso voluntario», en especial a través de acciones de diálogo social y pactos entre los empresarios y los trabajadores. Precisamente, el referido «programa SOLVE» se elaboró por la OIT como una herramienta útil de gestión práctica a fin, no solo de mejorar la concienciación de empresarios y trabajadores sobre las bondades de la promoción de la salud para mejorar el bienestar en el trabajo, sino también para alentar modelos proactivos por razones sociales y de índole económica. De este modo, la OIT insiste en que el cuidado de la salud global de las personas dentro y fuera de las empresas mejora la propia salud laboral y el bienestar, pero también ayuda a reducir los costes económicos que para las empresas y la sociedad en su conjunto tiene ignorar o devaluar esa dimensión integral, en especial en el actual contexto social de creciente afectación por problemas de salud psicosocial. Consecuentemente, la OIT enfatiza el enfoque de gestión basada en la inversión productiva sobre el de mero gasto social, pues la evidencia científica habría demostrado el importante retorno económico, para la empresa y la sociedad, de este tipo de gestiones integrales.

Desde esta perspectiva, la propia complejidad que adquiere el sistema retributivo en las empresas contemporáneas, donde los componentes fijos conviven cada vez más con los de tipo variable (art. 26.3 ET), permitirían instrumentar los sistemas remuneratorios al servicio de sistemas más eficaces de mejora de la seguridad y la salud en los trabajos, vistos estos en su dimensión de auténticos entornos o ambientes de trabajo, donde la dimensión interna y la externa, lejos de permanecer aisladas, se condicionan mutuamente de manera positiva. Lógicamente, por tratarse de «condiciones esenciales de trabajo», la remuneración y la protección eficaz del bienestar en el trabajo requieren de una ordenación colectiva, sea a través de convenio colecti-

¹ Un estudio detenido de este renovado enfoque integral, en relación con la integración en la acción preventiva de riesgos profesionales de una política de prevención de adicciones sociales (tabaquismo, drogas, alcohol), en AA. VV., *Condiciones de Trabajo y Riesgos Psicosociales relacionados con las adicciones*, UGT-Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016, págs. 77 y ss. (sobre el programa SOLVE de la OIT), y 106 y ss. (para la Encuesta ESENER-2).

vo, cuya modificación requeriría acudir a la vía del [artículo 82.3 del ET](#) –si bien las cláusulas de inaplicación no pueden afectar al nivel de seguridad y de salud en el trabajo estrictamente considerado, por ser tema de orden público laboral–, o al cauce del [artículo 41 del ET](#), si la regulación retributiva se asociara a mejoras voluntarias de la salud –considerada ampliamente–. El supuesto contemplado en las siguientes páginas apunta estas nuevas vías, si bien la respuesta que le da la Audiencia Nacional es parca y en ella late una estrecha concepción del tema debatido, como se expondrá en las siguientes páginas.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

A petición de algunos trabajadores, las empresas Tabacalera SAU, Altadis, SA e Imperial Tobacco España, SA implantaron un plan denominado «Sabemos cuidarnos», dividido en bloques y completado por un catálogo de actividades, que está dirigido a mejorar la salud de sus empleados y a promover hábitos de vida saludables. Por decisión unilateral, la dirección del grupo empresarial vinculó el cumplimiento del programa a un porcentaje del 10 % de la retribución variable para el personal de ventas y al *bonus* que recibe el personal de oficina, afectando esta medida a todos los trabajadores integrantes de dichas áreas. A fin de considerar cumplido el programa «Sabemos cuidarnos», en el área de ventas se requiere que los trabajadores realicen dos actividades de cada uno de sus tres bloques y una del catálogo. Por lo que respecta al personal de oficinas, se exige la realización de dos de las actividades del catálogo.

Los representantes de los trabajadores rechazan el cambio que ha supuesto la vinculación del cumplimiento del programa con la retribución variable. Apuntan en este sentido que ni la práctica precedente ni el artículo 28.1 del convenio colectivo de Altadis avalan tal decisión, pues el complemento variable por desempeño del personal de ventas se establece «*en función de la valoración de actitudes y habilidades que se emplean en la consecución de objetivos de ventas*». Por lo que respecta al *bonus* del personal de oficina, se condiciona a la evaluación que realicen los *mánagers* de los trabajadores de cuestiones que afectan a la calidad del trabajo, como el compromiso, orientación a resultados, trabajo en equipo, excelencia al trabajo, liderazgo e innovación, entre otras, y asciende entre un 5 y 15 % o 20 %, según nivel. Por lo tanto, nada tendría que ver con la promoción de la salud, entendida esta como fomento de hábitos saludables de vida, en especial fuera de la jornada de trabajo. Por el contrario, las empresas demandadas mantienen que la fijación de los objetivos para la percepción de los referidos complemento variable y *bonus* solo a ellas compete, que la vinculación a las retribuciones obedece a una estrategia de promoción de la salud –también de salud laboral y de prevención de riesgos laborales– y que la inclusión de determinadas actividades se hizo a solicitud de algunos trabajadores.

Los sindicatos presentes en las empresas plantean demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, tras haber resultado fallidas las fórmulas de autocomposición –intervención de la comisión paritaria y mediación ante el SIMA–.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL

La respuesta de la [SAN de 21 de abril de 2017](#) al conflicto planteado en la misma es muy directa y concisa, estimando la demanda plenamente, si bien por razones diferenciadas en relación con cada una de las percepciones económicas a las que se vincula el programa «Sabemos cuidarnos», en atención a su diverso origen regulador. De este modo, tras hacer una breve síntesis de las posiciones de ambas partes procesales, se refiere al complemento variable del personal de ventas sobre el que se proyecta el Programa, y atendiendo a los parámetros a los que atiende el artículo 28 del convenio aplicable, señala que «el referido precepto encuadra el complemento en cuestión como un complemento relacionado con la cantidad y calidad del trabajo». Por ello, dado que ninguna de las actividades de «Saber cuidarnos» «incide en forma alguna en el concepto retributivo propio de este complemento [...] la vinculación de las mismas al cobro de parte del complemento resulta contraria al precepto convencional el cual vincula a las demandas (sic) como empleadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo». Es por ello que considera que la empresa «se excedió de los márgenes de discrecionalidad que le otorga el referido precepto convencional», estimando íntegramente la demanda.

Respecto del *bonus* del personal de oficina que también fue vinculado a «Saber cuidarnos», inicialmente «se condicionaba a una evaluación por los mángers de los trabajadores de diversas cuestiones que afectaban a la calidad del trabajo desempeñado [...]», por lo que «la decisión de variar los criterios para la percepción de parte del mismo supeditándola a la participación en actividades ajenas a dicha calidad de trabajo, si bien no infringe precepto convencional alguno, ha de suponer una modificación de carácter colectivo relativa al sistema de remuneración, prevista expresamente como sustancial en el apartado d) del artículo 41.1, la cual requerirá en su caso para su modificación la existencia de causa legal que la justifique, y dado el número de afectados, seguir los trámites del artículo 41.4 del ET, por lo que su alteración de forma unilateral por la empresa debe ser anulada, y por ende, la demanda debe estimarse también respecto de este concepto y respecto de este colectivo».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN *AD FUTURUM*

Si bien es cierto que, desde el plano doctrinal, el extremo laconismo de los razonamientos judiciales determina que la sentencia tenga escaso interés, desaprovechando la ocasión para establecer una posición interpretativa más sólida en torno a la distinción entre los conceptos de «promoción de la salud» y «prevención de riesgos laborales», en el plano práctico, del concreto supuesto de hecho, trata una materia de gran originalidad y extrema modernidad. Ciertamente es que la solución era previsible en un plano jurídico, según el más clásico enfoque jurídico-laboral relativo a la prohibición de novación unilateral de todo tipo de concepto retributivo, ya sea por su regulación en convenio colectivo, intangible para el poder de dirección empresarial unilateralmente ejercido, ya por su dimensión colectiva, que exige la vía del [artículo 41 del ET](#). De

este modo, y aunque ya se desprende con nitidez de la ley, la [SAN de 21 de abril de 2017](#) deja claro que la alteración de las diversas partidas que conforman el salario no forma parte del *ius variandi* de la empresa, por lo que no puede quedar a merced de sus decisiones unilaterales.

Con todo, el error de gestión de la empresa, que convirtió una cuestión propia de la decisión negociada, o en todo caso participada colectivamente, en unilateral, pudiera diluir el asunto de fondo, que es el favor hacia serias políticas de promoción de la salud de las personas en las empresas, por los efectos positivos que tiene no solo en su bienestar personal, sino también en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. La Audiencia Nacional no desaprovecha la oportunidad para valorar favorablemente este tipo de políticas, pero recuerda a las empresas que el fin –muy loable– nunca justifica los medios –unilaterales–, debiéndose perseguir aquellos por las vías o por los procedimientos legal –o colectivamente– establecidos para ello. De este modo, llama la atención sobre la inadecuación del uso de instituciones laborales como el poder de novación empresarial de forma unilateral para promocionar conductas extralaborales, por loables que estas resulten, puesto que de este modo se desnaturalizan y dejan de cumplir la función que le es propia. Al tiempo, habría que añadir, que resultarían contraproducentes para el mismo fin, pues lejos de implicar a los trabajadores provocarían su rechazo al sentir que se les impone cómo han de vivir sus vidas fuera del trabajo.

Sin embargo, es reprochable a la Audiencia Nacional su extrema parquedad argumental, acompañada de un exceso de contundencia en la aplicación más tradicionalista de las instituciones, con lo que deja fuera la cuestión de fondo de mayor interés, si se atiende al nuevo enfoque promovido por la OIT de la gestión del bienestar en el trabajo. Así, si la «peligrosidad» o la «toxicidad» en el trabajo continúan legitimando que se fijen por convenio complementos económicos, lo que en esencia supone intercambiar salud por dinero, no tiene justificación razonable –*ex art. 14 LPRL en relación con los arts. 15, 40 y 43 CE*– que el fomento de los hábitos y los estilos de vida saludables –también dentro de la empresa–, a través del sistema de las remuneraciones sea rechazado.

En suma, la empresa no solo puede promover hábitos de vida saludables respecto de sus trabajadores, sino que es loable que lo haga, desarrollando acciones de responsabilidad social corporativa al efecto que, sin duda, tendrán reflejo también en el propio ámbito laboral, incluso en las retribuciones. Con todo, queda claro que se trata de un nivel de mejora respecto de los estándares –exigentes– de protección de la salud laboral en sentido estricto, así como que su gestión no puede ser unilateral, ni en el momento de su fijación ni mucho menos en el de su eventual modificación.

En cualquier caso, no es infrecuente que las empresas se extralimiten en este ejercicio del poder de dirección empresarial con temas que conectan estrechamente la mejora del bienestar y de la salud laboral propiamente. Ejemplo de ello es la [STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 23 de diciembre de 2015](#) (firme por [ATS de 21 de marzo de 2017](#), [RCUD 1014/2016](#)), que reconoció el derecho al suministro del agua mineral durante el trabajo como exigencia de salud laboral para las profesiones donde hay un uso intensivo de las cuerdas vocales (como los teleoperadores), de modo que cualquier cambio al respecto debe hacerse por la vía del [artículo 41 del ET](#),

pero nunca de forma unilateral, como hizo la empresa. De este modo, en la sentencia se explica que «la empresa Konecta ha suprimido el servicio con el que contaban los trabajadores que en la actualidad solo cuentan con agua mineral en la sala de primeros auxilios de cada edificio habiendo indicado a los trabajadores que usen el agua potable de los baños. A requerimiento de la Inspección de Trabajo ha instalado recientemente en las zonas del comedor varias fuentes de agua potable. La empresa ha instalado, igualmente, máquinas de *vending* en las que se vende agua mineral». Ni la sentencia de instancia ni la de suplicación aceptan –con toda razón– esta monetización de la salud de los trabajadores, cargando su coste sobre ellos mismos. Tras un detenido estudio de la institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el tribunal llega a la conclusión de que no se da ninguno de los supuestos que excluirían el procedimiento previsto en el [artículo 41 del ET](#), a saber:

- «a) Cuando no pueda considerarse sustancial y quede dentro del poder de dirección del empresario;
- b) Cuando sea estrictamente precisa para dar cumplimiento a una obligación impuesta por una norma de rango superior a aquella que originaba la condición modificada;
- c) Cuando se trate de poner fin a una situación de tolerancia o falta de control».

En definitiva, la necesaria innovación en los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo puede, y seguramente debe, aprovechar la variabilidad de los modernos sistemas remuneratorios. De este modo, igual que se incentiva –con reducción de cuotas sociales (técnica del *bonus* social)– a las empresas que implantan aquellos sistemas –[RD 231/2017, de 10 de marzo](#)–, no puede rechazarse que el empresario incentive retributivamente ese tipo de conductas, que redundan, de un modo u otro, en la mejora de la salud laboral y, por tanto, en la reducción de costes a largo plazo, tanto de la empresa como de la sociedad.