**Sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios de los médicos en los centros sanitarios privados.**

Trabajo de fin de máster presentado por D. Roi González Carracedo

UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

**Quiero morir siendo esclavo de los principios, no de los hombres.**

Emiliano Zapata.

**ÍNDICE**

**I- Presentación y justificación……………………………………………………………...4**

**II- Introducción……………………………………………………………………………...…5**

 **Evolución reciente de la profesión médica…………………………………...…6**

**Figuras históricas legalmente aplicables……………………………..…...……7**

 **Volumen e importancia del sector sanitario privado……………………….…8**

**III- Tipos de relaciones jurídicas en la prestación de servicios…………………......9**

1. **El contrato civil de arrendamiento de servicios………………….………..9**
2. **El contrato de sociedad………………………………………………….……10**
3. **El contrato de trabajo……………………………………………………….…11**

**IV- El RETA y el RGSS, similitudes y diferencias………………………………….….13**

**V- El control de la legalidad vigente……………………………………………….….…16**

**A) La actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social……….….16**

**Cifras de la actividad de la ITSS…………………………………….…..18**

 **La ITSS y el sector sanitario privado…………………………..……….19**

 **B) La actividad de los tribunales de justicia………………………….……….25**

 **El prestador de servicios……………………………………… ………...26**

**El concepto de ajenidad…………………………………….…………….27**

**El concepto de dependencia……………………………….…………….28**

 **C) Exclusiones expresas de la declaración de laboraridad………………...30**

**VI- Conclusiones y valoración final…………………………………...…………………31**

**VII- Bibliografía……………………………………………………………………………....32**

1. **Presentación y justificación.**

Apenas casi recién salido del barro de de las trincheras de la Gran Guerra, afirmaba Wittgenstein que de lo que no se sabe, es mejor callar[[1]](#footnote-1) y también, que el lenguaje disfraza el pensamiento de tal modo que, por la forma externa del *vestido* no es posible concluir acerca de la forma del pensamiento disfrazado. La forma externa de este *vestido*, decía, estaría construida con un fin distinto que el de permitir reconocer la forma del *cuerpo*[[2]](#footnote-2). Plenamente consciente de estas circunstancias limitantes, puesto que el hecho de no callar supone la proclamación a los cuatro vientos del saber propio (lo que casi siempre resulta aventurado) y de que la expresión externa de este pensamiento puede prestarse a que, aún sin pretenderlo, quede deformado en el intento por llegar al lector; me dispongo, a pesar de ello, a embarcarme en la tarea de intentar explicar a lo largo de las próximas páginas el tema sobre el que versa el presente trabajo: el régimen jurídico aplicable a los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en centros privados de todo tipo.

Sin lugar a dudas, una de las grandes cuestiones que asalta a cualquier abogado especializado en Derecho del Trabajo que cuente entre sus clientes a empresas o profesionales que desarrollen su actividad en el sector sanitario privado, es el de la naturaleza jurídica misma de la prestación de servicios de estos profesionales. Desde la óptica empresarial, un acta de infracción administrativa o una sentencia judicial desfavorable pueden tener graves consecuencias, que incluso pueden llegar a amenazar la propia supervivencia del negocio en el caso de pequeñas clínicas. Por otro lado, para el profesional que se ve contratado como autónomo no siéndolo en realidad, esta es también una situación de zozobra. Al no existir equilibrio negociador efectivo entre las partes, con frecuencia le son impuestas unas condiciones de trabajo que en nada mejoran lo dispuesto en la legislación laboral vigente y le resultan incluso más gravosas.

Lo analizado en el presente trabajo, creemos que resulta de particular interés a causa de la relevancia social de las profesiones sanitarias y también porque con su estudio se puede apreciar la evolución sociológica que han sufrido estos colectivos. Incluso, a partir de esta observación puede intuirse por donde discurrirán las cosas en los próximos años. No podemos olvidar que la conflictividad entre abogados y despachos de abogados acabó propiciando la aprobación del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan sus servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos; por lo que tampoco es en absoluto descartable, teniendo en cuenta los orígenes de ambas profesiones como profesiones liberales, que en un futuro otra norma legal acabe instituyendo una relación laboral especial para médicos o profesionales sanitarios, tal y como ocurrió en aquel caso.

De cualquier modo, creemos que resulta deseable que los poderes públicos apuesten por una nueva regulación que acote la frontera entre la relación civil de los profesionales sanitarios y la relación laboral, puesto que, como veremos, la situación actual no hace sino redundar en una muy extendida e indeseable inseguridad jurídica.

1. **Introducción.**

Las relaciones jurídicas que nacen como resultado de la actividad profesional de los médicos como prestadores de servicios son de una complejidad indudable, susceptibles de constituir, dependiendo de las circunstancias en que tengan lugar, una relación administrativa, estatutaria, civil/mercantil o laboral. Huelga decir que cada uno de estos tipos de relación propicia un régimen jurídico aplicable con rasgos únicos y peculiares. Como se ha adelantado, el presente trabajo se centrará e intentar exponer la que a veces resulta una difícil convivencia entre las relaciones de tipo civil y la legislación laboral vigente y el tratamiento de tales supuestos por los órganos administrativos y judiciales. No en vano, tales dificultades han propiciado que numerosas sentencias se refieran a los pleitos que se suscitan en torno a tales cuestiones como “juicios de la zona gris”[[3]](#footnote-3), usando un argot casi más cinematográfico que jurídico.

La moderna sociedad capitalista ha permitido alcanzar un nivel de desarrollo material que no encuentra parangón en la historia anterior de la humanidad. No obstante, y como resultado de sus propias dinámicas, ha tenido entre otros efectos una cada vez más creciente especialización de tareas y una organización y funcionamiento sociales de cada vez más elevada complejidad. Tal complejidad se manifiesta en todos y cada uno de los aspectos de nuestra vida cotidiana, también en el mundo de la medicina. De la misma manera propicia que en la actualidad asistamos a un fenómeno de expansión de la actividad normativa del estado hasta límites insospechados y que, aun a pesar de las facilidades tecnológicas para el acceso a la información, le resulte imposible al individuo corriente poseer un conocimiento exacto y profundo de la vida social y del mundo que le rodea. En este escenario, los medios de comunicación de masas[[4]](#footnote-4) –televisiones, periódicos, internet, etcétera- han tomado el lugar de la hoguera platónica y proyectan verdaderas sombras de realidad sobre las pantallas digitales o el papel impreso.

La información masiva es criticable, pues en demasiadas ocasiones se puede considerar a la misma como poco veraz, nada fiable y de baja calidad[[5]](#footnote-5). Sus contenidos, sobre todo a la hora de acercarse a cuestiones complejas que van más allá de la información general sobre sucesos, suelen inducir al error y trasladar al imaginario colectivo conceptos erróneos y que en ocasiones resultan hasta peligrosos para el destinario. El mensaje transmitido, deformado, choca frontalmente con la realidad. Esto puede deberse tanto a la propia incapacidad de quien debe transmitirlo, a la escasa preparación de quien debe recibirlo, a los intereses y prejuicios propios de cualquiera de los dos, o a uno combinación de todos los factores anteriores. En el campo de las normas laborales y de seguridad social, encontramos claros ejemplos de esto, pues en muchas ocasiones los sujetos que deben cumplirlas acuden a asesorarse –al margen de las opiniones que puedan tener por sus intereses particulares- con una visión marcadamente errónea y que condiciona sus decisiones posteriores. El profesional sanitario, además del papel tradicional relacionado con su oficio puede desempeñar roles adicionales necesarios para su actividad, pero por sí mismo e individualmente no puede ya desempeñar todos los roles que actualmente, en muchos casos, son necesarios para la práctica satisfactoria de su profesión. Este conjunto de circunstancias constituye un auténtico reto para el asesor jurídico.

**Evolución reciente de la profesión médica.**

Tradicionalmente, las profesiones sanitarias han transitado dentro del camino de las profesiones liberales. No obstante, las actividades profesionales no son permanentes e inmutables, no permanecen ajenas a la realidad social. Los cambios en la sociedad, reinterpretan el papel y el cometido de las profesiones, así como las situaciones y dinámicas concretas. El origen de las profesiones sanitarias, como todo suceso histórico, se relaciona con una necesidad social. En la fase temprana de formación de la profesión, primaban elementos como la creencia en el servicio a la comunidad y el énfasis en la idea de vocación. Más tarde, en un estadio posterior vendría la creación de asociaciones profesionales, la elaboración de códigos de ética y conducta, la creación y demanda de formación especializada, la creación de valores propios y la lucha por la autonomía corporativa con vistas a acotar un campo propio de intervención profesional. En definitiva, de la creación de un sistema de institucionalización de las disciplinas. Pero la evolución de las profesiones sanitarias no ha terminado al consolidarse aquel proceso de institucionalización. Se encuentran sometidas a los cambios de la sociedad, que siguen operando. A partir de la segunda mitad del siglo XIX y, sobre todo, a partir de principios del siglo XX, podemos ver claramente como los avances técnicos y científicos han propiciado una medicina más resolutiva, que para lograr sus objetivos necesita ingentes recursos y nuevos modelos organizativos.

En el terreno laboral, estos avances y tecnificación han tenido impacto en diversos aspectos. En primer lugar, han propiciado el paso de un modelo de ejercicio liberal de la profesión a un cada vez más extendido modelo asalariado[[6]](#footnote-6), con fuerte presencia de modelos mixtos y un papel vertebral de la administración pública. También se ha agudizado el fenómeno de la especialización, el ejercicio de la medicina, ya no sólo se configura en torno a especialidades médicas, sino también en torno a subespecialidades que han aparecido de la mano de los cambios tecnológicos. A este fenómeno se lo ha denominado en ocasiones como *industrialización de la medicina*. Esta sería una industria peculiar, donde el esfuerzo intelectual cotidiano sigue siendo clave, especialmente en el caso de los médicos. Ese proceso de *industrialización*, se produce en un entorno social definido por los cambios en las expectativas colectivas respecto de los sistemas de salud y ha tenido diversos efectos que han llevado a que se hayan definido nuevos roles, especialmente para la figura del médico[[7]](#footnote-7). En la base de estos cambios está que para seguir desempeñando su papel con una eficiencia creciente, el sector sanitario necesita cada vez mayores concentraciones de capital, en forma de instrumentos avanzados y profesionales capacitados y especializados que actúen colectivamente en organizaciones.

**Figuras históricas legalmente aplicables.**

Esta dinámica de potenciación de la dependencia de una organizaciones que concentran medios y personas resulta tremendamente similar a la que dio lugar a la aparición del derecho del trabajo. Como fenómeno histórico, el derecho del trabajo responde más que a un propósito de simple ordenación productiva, a la exigencia social de dignificación de condiciones de vida de una gran parte de la población que había padecido las consecuencias del nacimiento de un modelo social en el que de siervos pasaron a convertirse en trabajadores asalariados. Desde su aparición, a lo largo del último tercio del siglo XIX, y a causa de la presión ejercida por la nueva clase trabajadora, el derecho del trabajo fue anegando ámbitos anteriormente reservados a la legislación civil, donde la autonomía de la voluntad es uno de sus pilares básicos. España, aún a pesar de contar con una legislación unificadora del derecho privado bastante tardía –no debe olvidarse que nuestro primer Código Civil no se aprueba hasta 1889-, no es ajena a este fenómeno expansivo y de sustitución. A pesar de que en el momento en que entra en vigor en Código Civil ya existe una legislación laboral temprana en otros países europeos, no podemos hablar de la aparición de una legislación racionalizada del derecho del trabajo español hasta el año 1917[[8]](#footnote-8).

Históricamente la prestación de los servicios de los médicos se configuró a través de la figura del arrendamiento de servicios, ya desde los tiempos de la Roma clásica. Los médicos, quedaban incluidos dentro de las denominadas artes liberales, al margen del trabajo dependiente. Esta distinción marcó la evolución histórica del contrato de arrendamiento de servicios. El Código Civil se ocupa de la figura del arrendamiento de servicios de “criados y trabajadores” en sus artículo 1.583 y siguientes, dejando al margen de aquella regulación a las profesiones liberales.

En la actualidad, ambas figuras, la de la relación civil/mercantil y la de la relación laboral, siguen coexistiendo en nuestro sistema jurídico. A través de ambas opciones pueden articular su relación establecimientos sanitarios privados y profesionales sanitarios. Esta dualidad se observa incluso en la propia Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarios. La norma, a lo largo de su articulado, distingue reiteradamente el ejercicio profesional por cuenta propia o por cuenta ajena, refiriéndose el artículo 41[[9]](#footnote-9) al ejercicio profesional por cuenta ajena y el artículo 42[[10]](#footnote-10) a la prestación de servicios por cuenta propia.

Aún a pesar de que dentro de la doctrina científica existen determinadas posturas que afirman que los contratantes tienen plena libertad de opción entre una y otra modalidad contractual y que tal libertad tendría su fundamento jurídico en el artículo 38 de la Constitución, que reconoce la libertad de empresa -dentro de la cual habría que entender incluida la libertad contractual-, creemos que tal postura debe ser matizada. Pese a que empíricamente tal libertad existe y es ejercitable, debe tenerse en cuenta, como expondremos más adelante, que la figura jurídica elegida debe ajustarse a la realidad material de las obligaciones resultantes del pacto que se haya acordado, ya que las normas laborales son de carácter imperativo e indisponibles para las partes, si se dan las circunstancias que determinan su aplicación.

Deslindar ambas figuras no resulta nada sencillo. Es criticable el casuismo que encontramos en torno a estos debates, casuismo que solo contribuye a erosionar la seguridad jurídica. El objetivo que se marca el presente trabajo es analizar tanto la legislación vigente como la jurisprudencia más relevante, para de éste modo, intentar extraer los principios prácticos concretos que marcan la frontera entre la relación civil/mercantil de prestación de servicios y la relación laboral en el ejercicio de las profesiones sanitarias, en especial, desde la óptica de la profesión médica. Si antes decíamos que la evolución actual de la profesión médica y el nacimiento del derecho laboral parecen compartir senderos comunes, antes de proseguir debemos matizar y contextualizar tal afirmación para que no lleve a equívocos; la posición común entre ambos fenómenos viene marcada por los cambios desatados por una concentración de capital creciente y la inserción del individuo en unos mecanismos de trabajo colectivos. No obstante, la situación de partida no es equiparable, puesto que los profesionales médicos constituyen un colectivo extremadamente cualificado y escaso, no equiparable al de los trabajadores manuales.

**Volumen e importancia del sector sanitario privado.**

A día de hoy, resulta innegable el peso específico del sector sanitario privado, no solo dentro de la propia sanidad, sino también dentro del total de la economía española. El gasto sanitario privado representa un 27% del gasto sanitario total[[11]](#footnote-11). En el año 2011 alcanzó el orden de los 26.643 millones de euros, si además le sumamos el gasto público con la provisión privada, se alcanzan los 34.238 millones de euros, un 3,2% del PIB. Dentro del sistema nacional, el sector sanitario privado contribuye a la descarga y ahorro del sistema público, complementando y ampliado la oferta asistencial, colaborando también con él a través de conciertos y concesiones administrativas. Para hacernos una idea del volumen de los recursos humanos que sostienen la actividad del sistema sanitario privado, en España en 2012 había aproximadamente 127.000 médicos colegiados. De ellos, aproximadamente 100.000 prestaban sus servicios para el sector público y 56.000 lo hacían para el sector privado, existiendo en consecuencia numerosos casos de doble vinculación. Por otro lado, según el Instituto Nacional de Estadística, en 2013 existía un número de odontólogos colegiados de 32.439 personas. En cuanto a los DUE, hay unos 270.000 colegiados, de los cuales al menos la quinta parte prestaría servicios en la sanidad privada, compaginando su actividad también en algunos casos con la prestación de servicios en la sanidad pública.

1. **Tipos de relaciones jurídicas de prestación de servicios.**

Resulta posible a los profesionales sanitarios, vincularse con los centros médicos privados a través de una relación civil o mercantil, si no se presentan en las obligaciones recíprocas que van a acordar los requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral.

1. **El contrato civil de arrendamiento de servicios.**

Tradicionalmente la vinculación entre médicos y centros sanitarios privados se ha articulado sobre la forma de relaciones de carácter civil, particularmente sobre contratos de arrendamiento de servicios. Nada extraño si se tiene en cuenta la condición de profesional liberal del médico. Este tipo de contratos otorga una gran libertad a las partes a la hora de establecer las obligaciones recíprocas que consideren oportunas y que constituirán el objeto del contrato y ello en base a una situación de equilibrio contractual inter partes. Mediante el contrato de arrendamiento de servicios, una de las partes se compromete a realizar una actividad y la otra a abonar un precio cierto por ella.

Encontramos su regulación en los artículos 1542 y 1544 del Código Civil, de la siguiente manera:

**Artículo 1542. El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios.**

**Artículo 1544. En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.**

Pese a la referencia conjunta contenida en el artículo 1544 del Código a los contratos de arrendamiento de obra y al de arrendamiento de servicios, ambas figuras no son afines. Mientras que en el contrato de arrendamiento de servicios, quien presta un servicio no se obliga a un resultado concreto, sino a realizar una actividad para quien lo contrata, en el de obra la prestación debida es el resultado final.

Si se opta por formalizar un contrato de arrendamiento de servicios o de sociedad, se crea entre los contratantes un régimen jurídico en el que resultarán de aplicación los preceptos civiles, así como la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. La gran novedad de dicha norma es la creación de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, que es un trabajador por cuenta propia que goza de ciertos derechos en base a percibir el 75 % de sus ingresos de un solo cliente y la situación de inferioridad que tal situación conlleva[[12]](#footnote-12).

Asimismo, en materia de seguridad social, el profesional sanitario deberá estar dado de alta alternativamente en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos o en la Mutualidad de previsión Social que pudiera haber constituido la Organización colegial correspondiente. La jurisdicción competente para conocer de los conflictos que pudieran surgir entre el autónomo y su cliente, sería la jurisdicción civil, salvo para el caso de los TRADE, que lo será la jurisdicción social.

**B) El contrato de sociedad.**

De la misma manera que pueden médicos y centros sanitarios privados suscribir un contrato de arrendamiento de servicios, también pueden prestarlos suscribiendo un contrato de sociedad. En los últimos tiempos, ha destacado por la seguridad jurídica que ofrecen, las Sociedades Profesionales, reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Estas Sociedades Profesionales, que pueden adoptar cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, tienen como objeto social el ejercicio de una actividad profesional, siendo ésta toda aquella que para cuyo desempeño requiera de una titulación habilitante, así como el alta en el colegio profesional correspondiente.

El objeto social de este tipo de sociedades, sólo podrá ser, con carácter exclusivo y excluyente, el ejercicio de la actividad profesional, aunque se admite la creación de sociedades profesionales multidisciplinares que combinen la prestación de servicios de diversas especialidades, siempre que quede recogida esta circunstancia en su objeto social y cuente con socios profesionales para la realización de cada una de las actividades.

Como consecuencia de la naturaleza garantista de la legislación analizada, para este tipo peculiar de sociedades, el articulado enumera una serie de requisitos registrales, formales, o de denominación. Entre ellos podemos enumerar la perceptiva formalización del contrato de sociedad profesional en documento notarial así como de sus respectivas modificaciones o la ineludible obligación de inscripción de tal instrumento con presunción de fe pública tanto en el Registro Mercantil, acto mediante el cual adquiere entidad jurídica propia; como en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional, competente por razón de domicilio.

En cuanto a los requerimientos formales, es de aplicación aquella exigencia cuantitativa y permanente, consistente en la atribución y posesión a favor de los socios profesionales, de la mayoría del capital social, y derechos de voto. De igual manera su presencia en los órganos de deberá ser mayoritaria; atendiendo especialmente en los supuestos de unipersonalidad al necesario desempeño de tales funciones por un socio profesional. A pesar de las preferencia con respecto a los socios profesionales, calificados como personas físicas facultadaspara el ejercicio de de la actividad profesional que constituye el objeto social o sociedades profesionales debidamente contribuidas e inscritas en el respectivos Colegios Profesionales participen sociedad profesional ajena, no se consolida una exclusión categórica con respecto de la presencia de socios no profesionales.

Asimismo y dada la posibilidad de constitución de la sociedad profesional, conforme a la elección libre entre todas y cada una de las formas societarias previstas en el ordenamiento jurídico, habrá de aplicarse supletoriamente las indicaciones efectuadas según la opción escogida.

Como inciso final, analizar su funcionamiento interno e interacción con terceros ajenos a la entidad. Cabe destacar con respecto a la modalidad de participación en las pérdidas y beneficio, que vendrá determinada en el contrato social, o en su defecto mediante la distribución equitativa de beneficio e imputación de perdidas, en función a la participación individual de cada socio en el capital social.

La responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de sus miembros, estará determinada con respecto a estos últimos de conformidad con la tipología social concreta adoptada, por el contra la sociedad deberá liquidar la totalidad de sus deudas mediante con cargo a su patrimonio. Queda por contraposición estipulada la aplicación para aquellas deudas sociales que se deriven de los actos profesionales, una responsabilidad solidaria de la sociedad y socios actuantes, profesionales o no, dentro del marco genérico del régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, así como la obligatoriedad de suscripción de seguro de cobertura.

**C) El contrato de trabajo.**

El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores establece los requisitos que determinan la existencia de una relación laboral que hará que resulte aplicable la legislación laboral y de seguridad social a una situación concreta:

**“1.1 La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”**

La concurrencia de los requisitos anteriores –conocidos también como “notas de laboralidad”- provoca necesariamente que resulte de aplicación a una situación concreta la legislación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Si a pesar de que las partes le hayan dado otra denominación, en una relación de prestación de servicios nos encontramos en una situación en la que los mismos son voluntarios, personales, se realizan a cambio de un precio, por cuenta de otra persona que los recibe y bajo la dependencia de esta, la relación es laboral.

Por motivos de política legislativa, el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores[[13]](#footnote-13) matiza el alcance de la declaración anterior, excluyendo expresamente de la laboralidad trabajos como los denominados benevolentes o de buena vecindad, el de los funcionarios de la administración pública y resto de excepciones en el mismo contenidas. De igual manera, el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores incluye un listado de relaciones laborales de carácter especial. Si bien las mismas se encuentran sometidas a la legislación laboral, la aplicación del Estatuto de los trabajadores es secundaria, sometida en primer término a la normativa concreta que desarrolla estas relaciones laborales especiales. Estas son las siguientes:

* La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los trabajadores, regulada por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.
* La del servicio de hogar familiar, regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.
* La de los penados en instituciones penitenciarias.
* La de los deportistas profesionales, regulada por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio.
* La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en centros especiales de empleo, regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.
* La de los estibadores portuarios que presten sus servicios a través de sociedades estatales.

En el caso del derecho del trabajo, la noción de que el contrato no es sino un acuerdo de voluntades por el que una o varias personas consienten en obligarse (artículo 1254 del Código Civil) despliega plenamente su eficacia. El contrato de trabajo existirá desde cuando concurre este consentimiento obligacional, hasta el punto de que en el tráfico jurídico se emplean indistintamente los términos *contrato de trabajo* y *relación jurídica de trabajo*, ya que aunque lo habitual es que el mismo se recoja por escrito, las partes gozan de absoluta libertad en cuanto a su forma[[14]](#footnote-14). La existencia de un contrato de trabajo tiene dos consecuencias fundamentales, en primer lugar, crea una relación jurídico-obligacional entre dos sujetos y, en segundo lugar, propicia la aplicación a dicha relación de las normas estatales y colectivas correspondientes al tipo de actividad contratada.

Al contrario que en la mayor parte de contratos civiles, la función reguladora del contrato de trabajo es residual, realizándose a título complementario respecto de las condiciones de trabajo recogidas en normas estatales o establecidas a través de la negociación colectiva.[[15]](#footnote-15) Resulta destacable que en el ámbito del derecho del trabajo, existen tres clases de normas internas; aquellas derivadas de la voluntad de los contratantes y contenidas en el contrato de trabajo, aquellas derivadas de la actividad legislativa del estado y las nacidas por la vía de la negociación de las denominadas partes sociales. Existen, en consecuencia, tres bloques normativos el primero, de carácter general, constituido por las normas legales, el segundo, extraordinariamente complejo y casi inabarcable[[16]](#footnote-16) pues emana de los denominados agentes sociales y el tercero lo conforman los propios contratos de trabajo.

**IV- Similitudes y diferencias entre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el Régimen General de la Seguridad Social.**

La vigencia, a partir del 1 de enero de 1967 de la Ley General de la Seguridad Social y posteriormente la consagración de este sistema protector en la Constitución[[17]](#footnote-17) supone una conquista sin precedentes por su importancia cualitativa y cuantitativa en la protección de los derechos sociales, al extender su campo de actuación a amplias capas de la población.

El actual texto, refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, delimita en su artículo 7 el denominado campo de aplicación de la Seguridad Social, de la siguiente manera:

**“1. Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:**

**a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.**

**b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente.**

**c) Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.**

**d) Estudiantes.**

**e) Funcionarios públicos, civiles y militares.”**

Dentro de este sistema, el artículo 9 del mismo texto legal dispone que se integrarán dos regímenes, el general, desarrollado en el artículo 97 y siguientes de la Ley y los especiales, que el artículo 10 concibe para *actividades profesionales que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la seguridad social*. Si bien en el listado que sigue a esta declaración no se cita a los trabajadores por cuenta propia, recordemos que el artículo 7.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social sí que aludía a que se encontrarán comprendidos dentro del sistema de Seguridad Social “los trabajadores por cuenta propia o autónomos que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente”.

De acuerdo con ello, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, precisa en su artículo 2 qué debe entenderse por trabajador por cuenta propia o autónomo:

“**Artículo 2. Concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo.**

**Uno. A los efectos de este régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.**

**Dos. La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de ésta.**

**Tres. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.”**

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 2530/1970 establece qué sujetos deben entenderse incluidos dentro del régimen especial, de la manera siguiente:

**“Artículo 3 Sujetos incluidos**

**Estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes:**

**a) Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de Empresas individuales o familiares.**

**b) El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores determinados en el número anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos.**

**c) Los socios de las Compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las Compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.**

**No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas Entidades y mediante Orden Ministerial.”**

Aunque de los artículos transcritos queda clara la inclusión de los médicos que presten servicios en centros privados dentro del concepto de trabajador autónomo, debe tenerse en cuenta que hasta la aprobación de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados, existía una prohibición expresa para que los médicos pudieran afiliarse al RETA, al tratarse de profesionales colegiados cuya inclusión debía hacerse por solicitud de su representación colectiva y aprobarse por orden ministerial, lo que nunca se llevó a cabo. En la actualidad, la Ley 50/1998, que derogó la anterior, instituyó la obligación de figurar de alta en el RETA para los profesionales por cuenta propia, salvo para el caso de que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 30 de noviembre de 1995, en cuyo caso se les eximía de tal requisito, posibilitando que permanecieran en la Mutua correspondiente.

**Principales diferencias entre el RETA y el RGSS.**

Someramente y dejando al margen diferencias en cuanto a prestaciones ofrecidas y otras cuestiones, si bien en la actualidad existe una clara tendencia hacia la equiparación de los regímenes especiales respecto al régimen general, puede afirmarse que la diferencia más acusada entre ambos es que mientras que en el RGSS el trabajador es un sujeto pasivo cuya obligación de cotizar se ve satisfecha por el empresario, en el RETA desempeña el papel de obligado directo a realizar la cotización. Ello traerá consigo que, en el caso que se declare la laboralidad de una relación denominada por las partes como civil y cotizada como tal en el RETA, deba imponerse adicionalmente el recargo de prestaciones de las cantidades no cotizadas por la empresa al RGSS, al margen de los intereses por demora y la sanción correspondiente, según las previsiones de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

**V- El control de la legalidad vigente.**

La configuración constitucional de España como un estado social y democrático de derecho[[18]](#footnote-18), ha tenido entre otras consecuencias la continuidad de una fuerte intervención del sector público en la economía y las relaciones laborales, arrastrada del régimen anterior. Por ello, se ha mantenido un sistema de doble control de la legalidad vigente en materia de derecho del trabajo y la seguridad social. Existe un servicio administrativo –la Inspección de Trabajo y Seguridad Social- a través del cual los poderes públicos ejercen funciones policiales sobre la materia y, por otro lado, se ha dado continuidad también a la existencia de un orden jurisdiccional especializado, el social, cuya competencia abarca el conocimiento de estos asuntos con los limites y precisiones contenidos en las leyes[[19]](#footnote-19)

**La Actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano administrativo responsable de la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social, siendo también competente para exigir las responsabilidades derivadas de incumplimientos. Está integrada funcionalmente en la Subsecretaría de Empleo y Seguridad y orgánicamente depende de la Administración General del Estado y de cada una de las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución en la legislación social[[20]](#footnote-20). Su funcionamiento se regula por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el reglamento que la desarrolla, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero y la Orden Ministerial de 4 de febrero de 1998.

Las funciones de la ITSS son básicamente velar por el cumplimiento de las siguientes materias:

1. **Servicios de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos.** Los ámbitos de estos servicios vienen referidos a las siguientes materias:
* Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.
* Prevención de riesgos laborales.
* Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la seguridad social.
* Normas sobre obtención y disfrute de prestaciones del sistema de la Seguridad Social así como de las mejoras voluntarias u otros sistemas complementarios voluntarios establecidos en convenios colectivos.
* Normas sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social.
* Normas en materia de colocación, empleo y protección por desempleo; emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros; formación profesional ocupacional y continua; empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados de empleo.
1. **Servicios de asistencia técnica.**
* Información, asistencia y orientación general a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.
* Asistencia técnica a las entidades y organismos de la Seguridad Social cuando les sea solicitada.
* Información, asistencia y colaboración con otros órganos de las Administraciones Públicas respecto a la aplicación de las normas de orden social o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.
* Realización de informes técnico-laborales a instancia de los órganos judiciales laborales.
1. **Servicios de arbitraje, conciliación y mediación.** En todo caso, para la realización de actuaciones de la ITSS debe existir aceptación de las partes afectadas por el conflicto laboral o la huelga.
2. **Actuaciones inspectoras derivadas de los servicios prestados por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.**
* Requerimientos o Actas de advertencia cuando no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.
* Inicio de procedimientos sancionadores mediante la extensión de Actas de Infracción.
* Inicio de procedimientos liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de Actas de liquidación.
* Inicio de procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
* Inicio de procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de Seguridad Social que corresponda.
* Propuesta ante los Organismos competentes para la suspensión o cese de prestaciones sociales si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.
* Propuesta ante el Organismo competente del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.
* Propuesta de recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el caso de empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laboral.
* Orden de paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad y salud.
* Comunicación a los Organismos competentes los incumplimientos que se comprueben en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento de empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.
* Formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social de acuerdo con la normativa aplicable.

Como puede observarse, sus funciones no se limitan a la actividad inspectora, ya que adicionalmente se le atribuyen facultades de asesoramiento, arbitraje, mediación, conciliación, asistencia técnica e informe a los órganos jurisdiccionales o administrativos.

Para el desarrollo de las funciones que le son propias, la ITSS cuenta con una plantilla de funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, que desarrollan sus funciones cumpliendo con el mandato de estricto cumplimiento de los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad. Las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión precisos para el ejercicio de la labor inspectora son desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, con la misma habilitación nacional. La ITSS cuenta también con un cuerpo de funcionarios de apoyo para el desempeño de tareas administrativas. En 2012, fecha de la última memoria anual completa publicada, la ITSS en el ámbito estatal contaba con 909 subinspectores, 611 inspectores y 355 mandos[[21]](#footnote-21).

**La actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cifras.**

La actividad de la ITSS incorpora planes, objetivos y actuaciones que corresponden a las competencias propias que le corresponden. Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, en el ámbito de sus respectivas facultades y competencias pueden realizar actuaciones de investigación y adoptar medidas inspectoras en todas las materias del orden social, aún cuando sean de la competencia de una administración distinta a la de su competencia orgánica.

Centrándonos en la parte de la actuación inspectora de la que es objeto el presente trabajo, en 2012 y como parte de las materias investigadas, se llevó a cabo un control del aseguramiento obligatorio de los trabajadores. Se realizaron 282.045 actuaciones de control del alta obligatoria en la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, comprobándose directamente la situación de 650.092 personas, con el resultado de 24.536 infracciones por esta causa, por importe de 63.505.964,70 €. Además, de oficio o inducidas por actuaciones inspectoras, se obtuvieron 58.145 altas de trabajadores en la Seguridad Social. Respecto del colectivo de trabajadores por cuenta propia, se realizaron 118.991 actuaciones inspectoras, comprobándose directamente la situación de 79.991 trabajadores autónomos, dando lugar a la constatación de 1.765 infracciones por un importe de 1.404.042,06 € y obteniéndose 11.191 altas en la Seguridad Social.

No cabe duda con estas cifras, que se trata de una actividad a tener en cuenta y no meramente testimonial o *decorativa*.

**La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el sector sanitario.**

El artículo 18.3 de la Ley 42/1997 de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, otorga a la Autoridad Central de la ITSS la competencia de “definir criterios técnicos y operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora en aplicación de los objetivos de carácter general que defina la conferencia sectorial. En base a ello, la Dirección General de la ITSS, como Autoridad Central, elabora Criterios Técnicos que informan de cuáles son las interpretaciones que realiza el órgano directivo sobre determinadas cuestiones relativas a la normativa laboral. Dichos criterios resultan de particular interés, pues en ellos puede observarse la postura de las administraciones públicas respecto a cuestiones concretas.

A este respecto y en relación con el sector sanitario, el último lustro vivió momentos de auténtica inestabilidad, con la aprobación del criterio 62/2008 y la posterior rectificación que supuso la aprobación del criterio 79/2009, que sustituyó al anterior.

**El Criterio Técnico 62/2008 sobre régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados.**

El 15 de septiembre de 2008, el director general de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo dictó el Criterio Técnico nº 62/2008 sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados. Dicho criterio afectaba a miembros del colectivo sanitario tan dispares como médicos, dentistas, ATS, matronas, fisioterapeutas, podólogos, etcétera, que manteniendo una relación de prestación de servicios con un centro privado se encontraban de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y no en el Régimen General de la Seguridad Social.

Con el argumento de que las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en diferentes Inspecciones Provinciales en el sector de los establecimientos sanitarios privados habían puesto de manifiesto numerosas irregularidades, especialmente en el caso del personal médico y que se trataba de una situación muy extendida en el sector, que afectaba a todo tipo de establecimientos sanitarios, se dictó -quizás obviando las particularidades propias del sector sanitario- un Criterio Técnico que desde un principio generó amplio rechazo en el sector[[22]](#footnote-22).

Se describía una situación de fraude generalizado, poniendo el acento en acuerdos de profesionales sanitarios con clínicas que pretendían excluir a los mismos del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, fraudulentamente en el siguiente contexto:

* + Los medios y la organización pertenecen generalmente a los establecimientos sanitarios, como organizaciones preexistentes a la incorporación de los profesionales sanitarios que en ellos realizan su actividad. Poseen una organización y dirección propias, y disponen de los medios materiales y humanos necesarios para cumplir la finalidad pretendida.
	+ Las actividades de mercado son realizadas por el establecimiento sanitario. Son ellos quienes conciertan su actividad con la Sanidad Pública y las sociedades aseguradoras médicas, con las que acuerdan los baremos correspondientes. Es el establecimiento sanitario quien hace la publicidad y que figuren los médicos contratados en sus cuadros médicos y en sus guías, que con frecuencia también figuran incluidos en las guías de las sociedades médicas aseguradoras.
	+ Ordinariamente el paciente lo es del establecimiento sanitario o ha llegado al médico a través de alguna de las vías antes descritas.
	+ El establecimiento factura la atención médica dispensada. No suele existir, salvo rara excepción, relación económica alguna entre el médico y el paciente. El profesional sanitario no asume riesgo ni ventura de su actividad. No participa tampoco de los gastos del establecimiento sanitario, salvo las excepciones en forma de alquileres.
	+ El profesional sanitario realiza la actividad de forma temporal o permanente, propia de su especialidad en los locales del establecimiento sanitario, con un horario y jornada pactados, donde atiende a los pacientes, por lo que recibe una cantidad cierta por acto médico, o bien una proporción de la facturación de la clínica.
	+ Con frecuencia el profesional sanitario de los establecimientos sanitarios no trabajo en régimen de exclusividad, sino a tiempo parcial.

Consecuencia de esta situación y partiendo del criterio de que la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo y que la calificación de los contratos no depende de cómo estos hayan sido denominados por las partes, sino de las obligaciones asumidas efectivamente en el acuerdo contractual, se precisaron en el Criterio qué indicios podrían ser señales de la existencia de las notas de laboralidad descritas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Como ejemplos de la existencia de la nota de dependencia, se describió los siguientes:

* Organización del trabajo. Si el profesional sanitario está integrado en el cuadro profesional del centro, y es éste, y no cada uno en particular, quienes disponen de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios.
* Clientela. Si es del establecimiento y no del profesional sanitario.
* Prestación personal de servicios. El profesional sanitario está obligado a la prestación personal de servicios.
* Lugar y medios materiales y humanos. Si son del establecimiento y no del personal sanitario.
* Modo de trabajo. Si lo determina el establecimiento sanitario y ha sido programado o predispuesto por éste, aunque sea de forma indicativa y no imperativa.
* Horario. No es necesario el sometimiento estricto a jornada laboral si el profesional sanitario se obliga a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica dentro del ámbito de organización y dirección del establecimiento sanitario.
* Suplencias. El hecho de que el profesional sanitario decida la persona que le ha de sustituir en los supuestos de suplencias o licencias no desvirtúa la relación laboral si dicha decisión no es habitual sino esporádica.

En cuanto a indicios comunes de la presencia de la nota de ajenidad en el sector sanitario se destacó:

* Frutos del trabajo. Se transfieren ab initio al establecimiento sanitario y no al médico o ATS.
* Decisiones concernientes a las relaciones de mercado o a las relaciones con el público. Es el establecimiento y no el profesional sanitario quien adopta éstas. Entre ellas cabe destacar la fijación de precios o tarifas, la selección de la clientela, o la indicación de las personas a atender.
* Gestión de los ingresos. El establecimiento sanitario gestiona y cobra los ingresos que se derivan de la prestación de los servicios de los profesionales sanitarios contratados, a los que entrega, con la periodicidad acordada, un importe igual al porcentaje pactado de los ingresos efectivos realizados por los pacientes atendidos por dichos médicos.
* Retribución. La fija o periódica del trabajo es indicio de ajenidad. Por lo que se refiere a la retribución a porcentaje, si la retribución que percibe el profesional sanitario está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, es un sistema retributivo similar al salario a comisión.

Se mencionaba como indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo de la clínica en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de pacientes atendibles, constituirían indicios de laboralidad, por cuanto se atribuye a un tercero la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores de actividad profesional, que manifiestan la existencia de un trabajo por cuenta ajena.

Como situaciones específicas a considerar, se incluía las siguientes:

* **Médicos con una consulta alquilada en el establecimiento sanitario.** Se describe que la situación común es que la totalidad de los medios utilizados sean aportados y sufragados por el establecimiento sanitario, pero que no obstante, con la fórmula de o no, de una sociedad interpuesta, a veces en el acuerdo firmado con el establecimiento sanitario aparecen cantidades a pagar por el médico en concepto de alquiler de las instalaciones que utiliza. A veces estas cantidades serían tan reducidas que en absoluto pueden compensar los medios puestos a disposición de los médicos, pues sólo el coste del personal auxiliar que acoge a los pacientes y ayuda al médico superaría largamente el del pretendido alquiler. En ocasiones, tales alquileres no los satisfarían todos los médicos sin que el establecimiento sanitario justifique válidamente la razón de ello. Sería necesario valorar en cada caso si los alquileres son realmente tales o si su objetivo es encubrir una relación laboral bajo la apariencia de una civil o mercantil.
* **Médicos que aparecen en las guías de las sociedades médicas aseguradoras, que indican el establecimiento sanitario donde pasa consulta.** Para determinar si la relación es laboral, y en caso positivo quien es el empresario, es necesario considerar ciertos indicios específicos, además de los comunes antes señalados: relación que el profesional tenga con las distintas sociedades médicas seguradoras; si el establecimiento sanitario pertenece o no a una sociedad aseguradora; si el médico aparece o no en el cuadro médico del establecimiento sanitario; si ha suscrito un contrato de alquiler con éste y si paga una cantidad suficientemente significativa como para compensar los gastos; si además de la consulta utiliza o no material o personal auxiliar del establecimiento sanitario; si el médico tiene o no libertad para prescribir la realización de pruebas diagnósticas o reparadoras en cualquier otro establecimiento sanitario.
* **Cirujanos y anestesistas.** Ha de valorarse especialmente la situación de aquellos que realizan o participan en operaciones puntuales en establecimientos sanitarios en los que no figuran en el cuadro médico. Como en el caso anterior, para determinar si la relación es laboral y quien sería el empresario, es necesario considerar el contenido del contrato existente entre la sociedad aseguradora y el establecimiento sanitario, con especial atención en el alquiler del quirófano, quien paga al personal enfermero y auxiliar, quien retribuye al médico. Lo primero sería determinar si el cirujano o anestesista trabajo por cuenta propia o ajena. Es un indicio de trabajo por cuenta propia que el médico realice o participe en intervenciones quirúrgicas con carácter espontáneo y puntual en distintos establecimientos sanitarios, y más aún si alquila el quirófano con sus medios materiales y humanos, aunque esto último no sería preciso para excluir la relación laboral. En relación con el establecimiento sanitario, podría existir relación laboral si se interviniera con regularidad en operaciones y toda lo organización y medios del quirófano fueran por cuenta del centro. En este apartado la ITSS precisa que, salvo que concurran indicios muy claros de relación laboral, “parece prudente no considerar que tal exista”.
* **Médicos que realizan su actividad para varios establecimientos sanitarios o para varias sociedades médicas aseguradoras y que aparecen en sus respectivas guías, sin que concurran las notas características de relación laboral con ellas.** Procedería que estuvieran en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos si obtuvieran por su actividad por cuenta propia unos ingresos al menos iguales al salario mínimo interprofesional, salvo que hubieran optado por una Mutualidad de Previsión Social.
* **Sociedades médicas, interpuestas o no, que realizan su actividad como contratistas en el establecimiento sanitario.** Se cita que recientemente se habrían constituido numerosas sociedades por especialidades médicas, con la forma jurídica de comunidad de bienes o sociedad mercantil, que realizan su actividad como contratistas en establecimientos sanitarios, que a su vez formalmente contratan a los médicos con contratos civiles o mercantiles. Primeramente sería necesario determinar si tienen una existencia real e independiente del establecimiento sanitario, es decir, si tienen una organización propia y medios materiales y humanos para cumplir su objeto social, o si por el contrario su finalidad es ocultar o velar la relación laboral de establecimiento sanitario con los médicos. En tal caso, procederá levantar el velo jurídico y apreciar fraude de ley, probando para ello que no tienen existencia real, y considerar que la empresa para la que prestan sus servicios los médicos en el establecimiento sanitario, al cual se imputará responsabilidad por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Si por el contrario se acreditase que la sociedad tienen existencia real y por tanto no es meramente interpuesta, se examinarán las condiciones de trabajo en la que prestan sus servicios los médicos (organización del trabajo, dependencia real, jornada y horario, sustitutos, medios materiales y humanos, relación con pacientes, fijación de tarifas, retribución , etcétera) para determinar sin concurren indicios de relación laboral, imputándose en tal caso responsabilidad por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Puesto que la actividad sanitaria de la empresa es la misma que la del establecimiento sanitario, existiría responsabilidad solidaria, en base a lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores[[23]](#footnote-23).

De este criterio resulta criticable tanto su excesivo rigorismo, como que parece partir de un supuesto equivocado. No es que desde el sector sanitario privado se haya producido un fenómeno de huida del derecho del trabajo, como parece darse a entender, sino que lo que ha ocurrido es precisamente lo contrario; la evolución de la profesión médica y del sector sanitario privado han desdibujado los caracteres de la profesión médica en algunos aspectos como profesión liberal. En términos generales, más que una clara voluntad de incumplimiento expreso, se detecta una actitud de incomprensión hacia la nueva situación creada con la entrada del médico dentro de esquemas productivos complejos. En consecuencia, plantear un criterio de intervención partiendo de que las irregularidades detectadas responden simplemente a un fraude masivo en el sector, debe considerarse una postura excesivamente simplista que no responde exactamente a la realidad, ya que gran parte de este modelo de organización y cultura son fruto de la propia evolución que, sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX, ha tenido la profesión médica en cuanto a su ejercicio.

**El Criterio Técnico 79/2009 sobre régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados.**

A causa de la amplia contestación que tuvo dentro del sector sanitario el Criterio Técnico 62/2008, el 13 de agosto de 2009, se dictó el Criterio Técnico 79/2009, que expresamente derogó el anterior. En su propia introducción, el nuevo Criterio reconoce que surgieron dificultades en la aplicación del anterior, por lo que su revisión era aconsejable, teniendo en cuenta los puntos de vista expresados por la Administración de la Seguridad Social y del Ministerio de Sanidad.

Si el Criterio Técnico 62/2008 partía de la premisa de que existía un fuerte fraude en el sector, consistente en tener a personal que debería estar dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, como trabajadores autónomos, el nuevo criterio matiza en parte las posiciones del anterior, reconociendo las peculiaridades del sector. Como criterios generales a la hora de valorar la laboralidad o no de la relación existente entre clínicas privadas y profesionales sanitarios se cita los siguientes, que coinciden esencialmente con los del Criterio anterior:

* + La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.
	+ La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente. En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un “precio” o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto con las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo, nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

En el nuevo criterio, las notas que evidencian la dependencia, son las siguientes:

* Organización del trabajo. Si el profesional sanitario está integrado en el cuadro profesional del establecimiento y es éste y no cada uno en particular quienes disponen de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios.
* Clientela. Si es del establecimiento y no del profesional sanitario.
* Prestación personal de servicios. El profesional sanitario está obligado a la prestación personal de los servicios.
* Lugar, instalaciones y equipos de trabajo. Suele considerarse como característico de la relación laboral por cuenta ajena el hecho de que sea la sociedad médica la titular del establecimiento, instalaciones y/o equipos de trabajo, y no el propio médico, si bien éste puede disponer de ellos en base a otros títulos que le habiliten para realizar su trabajo.
* Modo de trabajo. Se explicita la dependencia si éste lo determina el establecimiento sanitario y ha sido programado o predispuesto por éste, si bien ha de tenerse en cuenta la atenuación de la dependencia técnica en el modo de la prestación de los servicios, característica de la profesión médica.
* Horario. No es necesario el sometimiento escrito a jornada laboral si el profesional sanitario se obliga a prestar servicios durante el horario de apertura al público de la clínica dentro del ámbito de organización y dirección del establecimiento sanitario.
* Suplencias. El hecho de que el profesional sanitario decida la persona que le ha de sustituir en los supuestos de suplencias o licencias no desvirtúa la relación laboral si las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el profesional y la entidad de asistencia sanitaria.

Como notas que caracterizan la ajenidad en el sector sanitario, destaca las siguientes:

* Frutos del trabajo. Se transfieren ab initio al establecimiento sanitario y no al personal médico o enfermero.
* Relaciones de mercado o con el público. Son indicios comunes de la nota de ajenidad la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender.
* Retribución. Son indicios comunes de la nota de ajenidad el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y el lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes, en cambio la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

Este nuevo criterio, fruto de la negociación entre el sector sanitario privado, se reconoció la diversidad de situaciones y de supuestos en la relación profesional en el ámbito de la sanidad privada, excluyéndose la presunción general anterior de fraude y laboralidad. En este sentido, expresamente debe reconocerse la labor constructiva e innovadora de los negociadores, personificándose la misma en la figura de D. Ricardo De Lorenzo, quien jugó un papel fundamental a la hora de exponer y consensuar los principios que acabarían dando lugar al nuevo Criterio Técnico.

1. **La actividad de los tribunales de justicia.**

La aprobación de la Ley 20/2007 del trabajo autónomo, unida a la corriente iniciada por diversas Sentencias dictadas en unificación de doctrina desde la publicación de esa norma han contribuido a aportar nuevos matices a la actividad de los tribunales que tienen que analizar la existencia o no de relación laboral en la prestación de servicios de los médicos y profesionales sanitarios que trabajan en centros privados. Anteriormente, se ha adelantado que los criterios empleados por la Jurisprudencia a la hora de pronunciarse sobre esa relación jurídica son extraordinariamente difusos y casuísticos. Desde el punto de vista práctico, es ya casi tópico hablar de la disparidad de las sentencias, su imprevisibilidad y la extrema dificultad de extraer conclusiones claras.

Intuitivamente, puede explicarse esta labor empleando una metáfora. Usualmente se representa a la justicia alegóricamente como una dama con los ojos vendados que sostiene en su mano izquierda una espada y en la derecha una balanza. En esta balanza se irían colocando en cada uno de sus platillos tanto los indicios de laboralidad como los de no laboralidad. Finalmente, la solución vendrá de la apreciación del juzgador en cuanto hacia donde se inclina esta balanza. La dificultad estriba en que, en ocasiones, el mismo criterio o indicios que para unas sentencias resulta determinante a la hora de atribuir el carácter de relación civil a un caso, en otro distinto puede ser empleado como argumento a favor de la declaración de laboralidad. Solamente en casos donde se trate de la prestación de servicios privados de personal estatutario de los servicios públicos de salud o de socios profesionales de sociedades profesionales, puede descartarse de antemano la laboralidad de dicha relación.

Actualmente y por regla general, en el objeto de este estudio, ha dejado de aplicarse la presunción de laboralidad que contiene el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, trasladando la carga de la prueba de acreditar el carácter laboral de una relación civil o mercantil a quien realiza tal afirmación; lo que contrasta con la jurisprudencia más añeja que sí admite la aplicación de tal presunción. Toda sentencia que analice estas cuestiones parte de la premisa de que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes, sino de la configuración efectiva de obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, en el que rige el principio de libertad de forma, y de las prestaciones que constituyen su objeto. De igual modo, despliega plenamente su eficacia el principio contenido en el artículo 1256 del Código Civil, que afirma que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Los criterios jurisprudenciales consisten fundamentalmente en analizar tanto la persona del prestador de servicios, como posteriormente la ajenidad de la prestación y la inclusión del profesional dentro del círculo rector del empresario.

**El prestador de servicios.**

En la relación laboral, en principio –ya que, como todo, admite atemperación en ciertos casos a criterio del juzgador- la prestación de servicios es de carácter personalísimo. Este carácter personal se presenta también en infinidad de ocasiones en el arrendamiento de servicios civil, puesto que la persona y especial pericia profesional u otra característica inherente al arrendatario, ha determinado su elección; aunque en este caso el grado de personalidad tiene una intensidad bastante atenuada. Decíamos que el principio de prestación personalísima de servicios en la relación laboral admite atemperación, ya que en ocasiones a la hora de calificar una relación como laboral, la jurisprudencia ha admitido que el profesional sanitario se valga de auxiliares, sustitutos o colaboradores que le asistan en su trabajo.

En este caso, lo determinante es establecer si el nombramiento de estos auxiliares, sustitutos o colaboradores corresponde al profesional o al centro sanitario. Si el nombramiento lo realiza el centro sanitario, es un argumento a favor de la laboralidad de la relación, por el contrario, si el nombramiento lo realiza el profesional y simplemente debe informar de tal circunstancia al centro, es un argumento a favor de la no laboralidad. Sin embargo, esta circunstancia no es siempre tan clara en todos los supuestos. En ocasiones, se establece contractualmente la posibilidad de que el profesional sanitario nombre sustitutos, debiendo existir conformidad previa del empresario. Este requisito puede suponer de forma encubierta la traslación de la facultad de nombrar sustitutos del prestador de servicios al empresario, por lo que debe ser observado con cautela.

Recientemente, y en sentido contrario a lo manifestado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 643/2013, de 10 de diciembre, ha manifestado lo siguiente, afirmando que la libertad total de nombrar sustitutos no es obstáculo para la declaración de laboralidad, argumentando lo siguiente:

**“En nuestra  sentencia de 22 de enero de 2001  (RJ 2001, 784), (R-1860/2000), se ha llegado a una conclusión contraria a la calificación como laboral de una relación de servicios médicos pero, como ya advertía la  sentencia de 9 de diciembre de 2004  (RJ 2005, 875), R-5319/03, ello se hizo "en atención a hechos y circunstancias diferentes a los del litigio que resolvemos ahora. En dicha sentencia de 22 de enero de 2001: a) se reconocía al médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo, y no una mera previsión excepcional de suplencia; […] Sí guarda una evidente similitud con el caso aquí enjuiciado, en lo concerniente a forma de retribución y suplencias, el supuesto litigioso de nuestra  sentencia de 20 de septiembre de 1995  (RJ 1995, 6784). En ella la Sala se inclinó también por la calificación de laboralidad de la relación de servicios de la directora de en un centro sanitario, justificando la designación del suplente por la propia directora durante los períodos de vacaciones con base precisamente en la alta cualificación técnica de la misma" TS 9-12-2004, (R- 5319/03)”.**

Sin embargo y salvo excepciones como la presente, en la jurisprudencia y doctrina judicial mayoritarias, la facultad de nombrar o no auxiliares, sustitutos o colaboradores, es un claro argumento a favor de la laboralidad o no de la relación.

**La ajenidad.**

En lo que a la ajenidad respecta, las obligaciones del arrendador de servicios civil se reducen a aceptar el encargo del cliente, guardar un deber de fidelidad con él y prestar el servicio con diligencia, basándose ésta en el caso de los profesionales sanitarios en la observancia de la lex artis ad hoc. El concepto de ajenidad o prestación de servicios por cuenta ajena, tiene que ver con que quien presta el servicio se hace parte de un sistema productivo, añadiendo valor al producto o servicios que resulta de dicho sistema que pertenece a otra persona que es propietaria de los factores de producción. Esta noción, que se pude aplicar pacíficamente en profesiones manuales, puesto que puede analizarse fácilmente cómo el propietario de los medios de producción organiza y dirige el mecanismo para la obtención de los frutos del trabajo, se desdibuja en el caso de profesiones intelectuales y aún más en el caso de las profesiones liberales.

En consecuencia, en nuestro caso la ajenidad en cuanto a la percepción de los frutos del trabajo se manifiesta de manera diferenciada de los trabajadores manuales. En el arrendamiento de servicios, al profesional se le retribuye en función de los actos médicos que realiza. Por contra, en el contrato de trabajo la remuneración por cada acto médico pasa a la empresa y al médico se le retribuye con independencia de éstos. El trabajador percibe una cantidad garantizada, que puede ser fija o variable y que no se ve afectada por el riesgo en la ejecución de su trabajo. Por este motivo y aunque en ocasiones el salario que se pacte sea un porcentaje de lo facturado por el profesional, si éste no corre con el riesgo de un impago de los honorarios por parte del paciente, a pesar de que la remuneración pueda ser variable y no fija, se está ante un claro indicio de laboralidad.

La concurrencia de la nota de ajenidad puede apreciarse a través de la presencia de diversos indicios, relacionados con el lugar donde se prestan los servicios, la aportación de medios materiales por el profesional y la forma en que se retribuyen estos servicios.

* + - 1. **El lugar de prestación de servicios.**

La prestación de servicios en un centro de trabajo que sea propiedad o de cuyo dominio por cualquier otro título jurídico disfrute el receptor de los mismos, constituye normalmente un indicio de laboralidad que debe ser tenido en cuenta. En cambio, el uso de una consulta propia es un claro indicio de lo contrario. En el caso de que el profesional pague un alquiler de consulta, debe analizarse si el precio del mismo es meramente testimonial o por el contrario, retribuye de manera suficiente y razonable el local puesto a su disposición.

**b) La aportación de medios de trabajo.**

El empleo de personal auxiliar o instrumental propio del receptor de los servicios es un claro indicio de la laboralidad de la relación. A sensu contrario, la utilización de material y recursos propios en un factor que a favor de la calificación civil del contrato. Recientemente, algunas sentencias han admitido que aunque los medios e instrumental sean propiedad del receptor de los servicios, el pago de un canon por parte del profesional por el uso de los mismos, debe jugar a favor de la calificación civil del contrato[[24]](#footnote-24).

**c) Retribución.**

El elemento pecuniario es característico tanto del contrato de trabajos, como de una relación laboral, siendo en consecuencia común a ambas figuras. Resulta preciso analizar las características de la retribución, como indicio del tipo de relación. Una retribución fija, periódica e independiente de los servicios prestados resulta un indicio de que, en realidad, se trata de un salario. Al contrario, una retribución que se califique como honorarios profesionales y que se devengue en función del acto médico concreto es un indicativo de la presencia de una relación civil, pero para que esto surta efectos, el profesional debe correr con el riesgo de un posible impago por parte del paciente y si el abono de los mismos se realiza al centro médico, abonar los costes administrativos de este servicio.

**Dependencia.**

La nota más definitoria del contrato de trabajo es la de la dependencia. Esta es asimilable a la situación de hecho de encontrarse integrado dentro del círculo organizativo del empresario, sometido a su poder de dirección y poniendo a su disposición la fuerza de trabajo.

A la hora de desarrollar conceptualmente la nota de dependencia definitoria de la relación laboral, la actividad creativa de nuestros tribunales de justicia ha puesto el acento en la inclusión dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, más que en un concepto de subordinación o sometimiento a su voluntad. Esta conceptualización más laxa, ha provocado la caída dentro de la noción de contrato de trabajo de las prestaciones desarrolladas por los profesionales liberales. Estos profesionales en la realización de sus cometidos gozan de mayor autonomía o libertad de criterio para desempeñar su oficio, sometidos a la lex artis y con mayor libertad organizativa y de criterio que otros trabajadores por cuenta ajena. La nota de dependencia aparece difuminada en profesiones como la médica, ya que el objeto de la prestación exige una mayor cualificación y el facultativo sólo se haya sujeto por los principios y reglas de la Ciencia Médica y por sus propios conocimientos y convicciones. La configuración de la dependencia dentro de una prestación de servicios médicos pone de manifiesto el hecho de que el concepto de dependencia técnica no resulta adecuado para la configuración de esta relación laboral. El profesional médico goza de libertad y autonomía técnica y científica.

Por consiguiente, para la apreciación de la concurrencia de la dependencia la jurisprudencia ha optado por analizar si la integración del médico en el entramado organizativo de la empresa, aún a pesar de su especial autonomía funcional, se produce con características tales como la periodicidad de los servicios o la exclusividad de los mismos, circunstancias que delatarán la existencia de una relación laboral. En sentido contrario, dependiendo de las circunstancias, el carácter ocasional de la prestación es una nota considerada por la jurisprudencia para calificar la relación como de arrendamiento de servicios. Cuestiones organizativas tales como la existencia de jornada o de horario de trabajo son un indicio de la relación laboral, bastando para ello el compromiso de la atención de pacientes en horario de apertura al público. La prestación de servicios que se lleva a cabo sin horario ni jornada fija suele ser calificada como una relación civil.

Frente a la realidad de otros sectores productivos, dominados por el sometimiento a las directrices empresariales en materia de jornada y horario, la prestación de servicios sanitarios admite grados de flexibilidad consustanciales a las especiales funciones, formación y flexibilidad de los mismos. Analizada conjuntamente esta flexibilidad en relación con la dependencia, no se excluye la laboralidad por el hecho de que el prestador de servicios no se encuentre sometido a un horario determinado, pues más bien se encuentra condicionado por el resultado de la actividad que se le ha encomendado.

Actualmente, al contrario de lo que hacía una primera ola jurisprudencial, ya no se exige la exclusividad en la prestación de servicios como *conditio sine qua non* para poder apreciar la existencia de una relación laboral. En la jurisprudencia actual la existencia de dependencia no puede descartarse por el hecho de que se atiendan pacientes propios en las dependencias del empleador o por el hecho de que presten servicios para otro empleador o empleadores. Sin embargo, en ocasiones los Tribunales estiman que no concurre la nota de dependencia con base en una serie de factores, entre los cuales aparecen algunos que no excluían la laboralidad de la relación en otros casos. La jurisprudencia ha significado como nota de dependencia la inclusión del médico dentro del ámbito organizativo empresarial, recibiendo directrices y controlando el cumplimiento de las funciones que le son encomendados. Teniendo en cuenta la noción de dependencia técnica atenuada aplicable a los profesionales sanitarios, el sometimiento del médico a instrucciones se refiere a un desarrollo general de la prestación, más que al ejercicio concreto de la misma.

La dependencia disciplinaria del profesional sanitario respecto del centro que lo emplea, es un factor determinante e inequívoco para la calificación como laboral de la prestación de servicios. El sometimiento a las instrucciones del empresario, determina el carácter de laboral de la relación, con independencia de la concurrencia de otros requisitos que pueden o no presentarse. Como de costumbre, esta postura se ve matizada ya que en ocasiones no se ha admitido que el puro y simple sometimiento a instrucciones constituya necesariamente una relación de dependencia o subordinación, puesto que las mismas también son necesarias para el desarrollo de la prestación civil de arrendamiento de servicios, para que ambas partes puedan cumplir con sus obligaciones.

**Exclusiones legales expresas de la declaración de laboralidad.**

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados disponía que el personal estatutario de los servicios públicos de salud, en sus actividades privadas debía quedar obligatoriamente incluido dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En consecuencia, la doctrina judicial ha interpretado que esto supone la exclusión expresa de este colectivo de la normativa del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 624/2013, de 16 de diciembre interpretó lo siguiente:

**El encuadramiento en el RETA del personal estatutario de los servicios de salud que realice actividades complementarias privadas, en la forma que viene ordenada por la disposición adicional antes transcrita, obedece, según explica el Preámbulo de la propia  Ley 27/2009  ( RCL 2009, 2631 )  , al propósito de evitar, " dada la heterogeneidad que puede concurrir en estas situaciones, que se establezcan soluciones de encuadramiento de Seguridad Social dispares que, a su vez, puedan provocar distorsiones importantes en la prestación de servicio y, derivado de ello, en la propia concurrencia de profesionales ", y la constitucionalidad de la norma viene reconocida por el auto del Pleno del Tribunal Constitucional 146/2012, de 16 de julio , que declarar su ajuste a derecho por no ser contraria al principio de igualdad.**

**Se trata de una exclusión, constitutiva e indirecta, del ámbito jurídico regulador del trabajo por cuenta ajena, efectuada por norma de rango legal, a cuyas consecuencias debe estarse, sin que, por consecuencia de ello, se de entre el caso que ahora se enjuicia y el que la Sala resolvió atendiendo a la demanda de oficio entonces planteada, la identidad de situaciones que determine la conveniencia de adoptar la misma solución, pues el escenario legislativo ha cambiado y de ello son conscientes las partes ahora litigantes cuando en la cláusula 8ª de su contrato de servicios de 1.5.2011, con pleno conocimiento y asunción de las consecuencias que derivan de esta normativa sobrevenida, acuerdan:**

**" Puesto de que D. Patricio presta servicios como personal estatutario de los Servicios de Salud o en centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a tiempo completo (circunstancia que en caso de variar, se compromete a comunicarlo inmediatamente a la Empresa) la relación que en virtud del presente contrato une a INAER y a D. Patricio , tiene carácter estrictamente civil y/o mercantil, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 23/2009, de 30 de diciembre , sometiéndose la prestación de los servicios que se contratan a las disposiciones civiles, mercantiles y fiscales reguladoras de los mismos, y los servicios que D. Javier prestará a INAER, se realizarán con total independencia y autonomía y bajo su propia responsabilidad, por lo que en ningún caso y bajo ningún concepto, la presente relación que se establece entre las partes podrá se considerada de naturaleza o carácter laboral, sin que pueda estar sometida a las disposiciones vigentes en materia laboral.**

En consecuencia, no cabe duda de que este colectivo está expresamente excluido de la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores en la realización de sus actividades profesionales en el sector privado.

**VI- Conclusiones y valoración final.**

La cita que precede al inicio del presente trabajo del revolucionario mexicano Emiliano Zapata, hace referencia a una aspiración de depender más que de cuestiones o voluntades particulares, de principios generales. A lo largo de la presente exposición hemos señalado la creciente importancia en nuestra sanidad y economía del sector sanitario privado y de la evolución que ha vivido desde hace escasa décadas las profesiones sanitarias en general. Que los procedimientos donde se discuta acerca de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de los profesionales que integran el sector sanitario privado, dejen de formar parte de los denominados “juicios de la zona gris”, debe ser una aspiración para el sector.

Si bien en los últimos tiempos, en lo que respecta al control puramente administrativo de la legalidad vigente, se han producido grandes avances con la aprobación del criterio de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 79/2009 sobre régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, que derogó el tan criticado criterio 62/2008, no ha habido reformas legislativas que clarifiquen igualmente la situación en relación con la actividad de los tribunales de justicia.

En este campo, la producción jurisprudencial es tan variada como contradictoria, fruto de la normativa que debe interpretar cada vez que se enfrenta a uno de estos casos. En consecuencia y al igual que hizo con la inclusión como disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 de la exclusión de la normativa contenida en el Estatuto de los Trabajadores de los profesionales estatutarios de los servicios públicos de salud en lo que respecta a su actividad privada, el legislador cuenta con herramientas más que suficientes para terminar con la situación de incertidumbre que atenaza a empleadores y profesionales.

Creemos que la aprobación de una normativa específica que cree un régimen especial que regule la prestación de servicios de los médicos y profesionales sanitarios en centros sanitarios privados proporcionará una seguridad jurídica hoy inexistente que impulsará de manera decisiva el sector. La acotación normativa de qué situaciones deben ser incluidas en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo resulta, creemos, indispensable para poner fin a la situación actual que está marcada por la indefinición y la disparidad de criterios.

**VII- Bibliografía consultada:**

Albadalejo García, Manuel. “Derecho Civil de Obligaciones”. EDISOFER, S.L. 2011.

Albert. J. Jovell. “El futuro de la Profesión Médica. Análisis del cambio social y los roles de la profesión médica en el siglo XXI”.

Beneyto Calabuig, Damián. “La Inspección de Trabajo: Funciones actas y recursos”. CISS 2014.

Charro Baena, Mª Pilar y Sempere Navarro, Antonio V., “Edición Comentada del Estatuto de los Trabajadores”. Aranzadi 2014.

Del Rey Guanter, Salvador y otros. “Estatuto de los Trabajadores comentado y con Jurisprudencia”. LA LEY 3ª Edición 2013.

D´Ors, Álvaro. “Derecho Privado Romano”. EUNSA 2004.

Esteve Segarra, Amparo. “La prestación de servicios médicos: Criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios”.

Freidson, E. (1970). “Profession of Medicine. A study in the sociology of Applied Knowledge. New York: Harper & Row.

Informe Idis Sanidad privada Análisis de situación 2014.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo nº 62/2008 y nº 79/2009.

Montoya Melgar, Alfredo (2013). “Derecho del Trabajo”. Ediciones Tecnos.

Parsons, T. (1976/1979). “Profesiones liberales”. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, vol 8. Madrid: Aguilar 538-547.

Sempere Navarro, Antonio V. y Hierro Hierro, Francisco Javier. “Ley General de la Seguridad Social comentada”. Aranzadi 2014.

1. Wittgenstein, L., Tractatus Logico-Philosophicus, Proposición Nº 7. [↑](#footnote-ref-1)
2. Idem, Proposición Nº 4.002, cuarto párrafo. [↑](#footnote-ref-2)
3. La primera de las que tenemos noticia que emplea la expresión y que creemos que la acuña en nuestra Jurisprudencia es la Sentencia de 9 de enero de 1980, del extinto Tribunal Central de Trabajo, discutiendo, como no, sobre la posible existencia de una relación laboral. [↑](#footnote-ref-3)
4. La tendencia a la desinformación por exceso e inadecuación de la información disponible se ha magnificado en la actual era digital de la comunicación. Ya en 1984 Manuel Martín Serrano apuntaba que “es casi imprescindible en nuestros días que una persona corriente recurra a la Televisión, la Prensa, la Radio o las Revistas, para trabajar, para ser aceptado, para estar al tanto de lo que ocurre y a cada cual le concierne. Las otras fuentes alternativas de comunicación (los familiares, los padres, los vecinos, los amigos) parece que ya no aseguran el mínimo de información precisa para que el ciudadano pueda integrarse en la sociedad a la que pertenece y de que depende. Las funciones de integración con el medio social, se han transferido en gran parte desde los grupos primarios a los medios de comunicación social”. Martín Serrano, M. Revista “Analisi”, pag. 201. Diciembre 1984. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tal hecho aunque evidente, no es consustancial a la existencia misma de los *mass media*. “Es evidente que el periodismo está al servicio del público y que también puede llevar a cabo una función didáctica. […] En los últimos tiempos, sin embargo, se tiende a crear un vacío de conocimientos entre el público instruido y el resto de la sociedad, que puede agravarse con el uso de la interactividad digital. Un buen número de periódicos de calidad o de élite se han vulgarizado parcialmente y muchos medios de comunicación se han degradado hasta el extremo de convertirse en radiobasura o telebasura […]” Gómez Monpart, J.L. Complejidad social y calidad informativa, hacia un periodismo glocal”. Revista de la Universidad Austral de la Argentina, volumen 2, número 2, diciembre 2013. [↑](#footnote-ref-5)
6. Este efecto se observa tanto en aquellos que practican su profesión en el sector privado y, radicalmente, en quienes prestan sus servicios para la sanidad pública. [↑](#footnote-ref-6)
7. Según A. J. Jovell “La nueva tipología de la profesión médica permite distinguir los diferentes roles a adoptar por los médicas como respuesta a los cambios producidos en el entrono y a las nuevas necesidades sociales que éstas generan. Estos roles serían:

El médico como informador-comunicador

El médico como gestor del conocimiento

El médico como experto

EL médico como profesional

El médico como cuidador

El médico como gerente-directivo

El médico como gestor de recursos sanitarios

El médico como agente principal del sistema.

La adopción de este modelo de multiplicidad de roles permite definir un conjunto de responsabilidades y obligaciones de la profesión médica que determinan un nuevo código de valores en torno al concepto de profesionalismo”. [↑](#footnote-ref-7)
8. La primera norma que regula condiciones de trabajo en España es la Ley de Trabajo de menores, de 24 de julio de 1873. Sin embargo, entre esta fecha y la auténtica batería de normas aprobadas a partir de de 1917 para dar respuesta a la denominada *cuestión social*, no existe una regulación sistemática del trabajo. En este período temprano, las normas aprobadas oscilaban entre la protección individual del trabajador en determinados aspectos y la represión del movimiento obrero, pero sin ofrecer soluciones eficaces a los conflictos que tenía lugar en el marco del sistema productivo que se estaba implantando. [↑](#footnote-ref-8)
9. “Artículo 41 Prestación de servicios por cuenta ajena: 1. Los profesionales sanitarios que presten su actividad en centros o servicios sanitarios privados por cuenta ajena tienen derecho a ser informados de sus funciones, tareas y cometidos, así como de los objetivos asignados a su unidad y centro sanitario y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos.2. Dichos profesionales sanitarios se hallan obligados a ejercer la profesión, o desarrollar el conjunto de las funciones que tengan asignadas, con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, profesionales, éticos y deontológicos que sean aplicables. 3. Asimismo se encuentran obligados a mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su titulación.4. La evaluación regular de competencias y los sistemas de control de calidad previstos en esta ley serán aplicados en los centros privados que empleen profesionales sanitarios mediante el régimen de prestación de servicios por cuenta ajena. El sistema de desarrollo profesional se articulará en estos centros conforme a lo establecido para los mismos en el título III de esta ley.” [↑](#footnote-ref-9)
10. “Artículo 42 Prestación de servicios por cuenta propia: 1. Con el fin de garantizar la titulación oficial de profesionales y especialistas, la calidad y seguridad de los equipamientos e instalaciones, y la sujeción a la disciplina profesional y a los otros requisitos y garantías que se determinan en esta ley, todos los contratos de prestación de servicios sanitarios, así como sus modificaciones, que se celebren entre profesionales sanitarios, entre profesionales y centros sanitarios o entre profesionales y entidades de seguros que operen el ramo de enfermedad, se formalizarán por escrito.2. Los profesionales sanitarios que ejerzan exclusivamente mediante la prestación de servicios por cuenta propia podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional en la forma prevista en el título III de esta ley.” [↑](#footnote-ref-10)
11. Los datos de este párrafo han sido extraídos del “Informe Análisis de Situación 2014”, de la Fundación IDIS, los referentes al número de profesionales en España proceden de fuentes diversas. [↑](#footnote-ref-11)
12. Otros requisitos para poder ser considerado TRADE, además de la dependencia económica citada son (art. 11.2 de la Ley 20/2007) no tener trabajadores por cuenta ajeno ni contratar o subcontratar con terceros parte o toda la actividad, no ejecutar la actividad de manera indiferenciada con trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios para el cliente, disponer de infraestructura productiva y material propio para el ejercicio de la actividad independientemente del cliente, desarrollar la actividad con criterios organizativos propios y percibir una contraprestación económica en función del resultado, asumiendo riesgo y ventura de aquella. [↑](#footnote-ref-12)
13. “**1.3.**Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: **a)**La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias. **b)**Las prestaciones personales obligatorias. **c)**La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. **d)**Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. **e)**Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. **f)**La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma. **g)**En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo. A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.” [↑](#footnote-ref-13)
14. Con las consecuencias legales previstas para el caso de que la normativa imponga la forma escrita. La omisión de la forma, en el caso de que ésta fuera exigida legalmente tiene como efectos la presunción de duración indefinida y tiempo completo, salvo prueba en contrario. [↑](#footnote-ref-14)
15. Al respecto, el art. 31.c) del ET dispone que en ningún caso pueden acordarse condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. En el mismo sentido, el artículo 9.1 ET establece que las cláusulas contractuales que violasen la prohibición anterior se considerarán nulas y serán sustituidas por los preceptos que resulten de aplicación. [↑](#footnote-ref-15)
16. En 2012, el último año sobre el que existen estadísticas definitivas, el INE señala que existía un total de 3.589 convenios colectivos vigentes que afectaban a un total de 8.525.247 trabajadores. Si a estas cifras le sumamos los acuerdos colectivos de rango inferior al convenio, comprobamos que su simple número hace que sea tremendamente difícil el análisis concreto de esta normativa. [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 41 de la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, indicando que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. [↑](#footnote-ref-17)
18. Art. 1.1 de la Constitución de 1978. [↑](#footnote-ref-18)
19. El extenso artículo 2 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social delimita las competencias de los juzgados y tribunales que la componen, extendiéndola a figuras no laborales como la del denominado autónomo dependiente. [↑](#footnote-ref-19)
20. Téngase en cuenta que en el caso de Cataluña y el País Vasco, las competencias han sido completamente traspasadas en materia de función pública inspectora por el RD 206/2010 y el RD 138/2011, de 28 de junio, respectivamente. [↑](#footnote-ref-20)
21. Incluimos en esta categoría a Jefes de Negociado, Jefes Adjuntos, Jefes Territoriales, Jefes de Inspección y Directores Territoriales. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ricardo De Lorenzo en “El dentista ante la Ley”, “El criterio Técnico 62/2008/ sobre régimen de seguridad social aplicable a los profesionales sanitarios de las clínicas dentales”. [↑](#footnote-ref-22)
23. A**rtículo 42 Subcontratación de obras y servicios. 1.** Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.**2.**El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. [↑](#footnote-ref-23)
24. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 confirmó la de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de junio de 2012, que entre sus argumentos para declarar la no laboralidad de la relación que unía a las partes esgrimió que el pago de un canon anual como una especie de “alquiler” de las instalaciones y material de la empresa para la práctica de la actividad contribuía junto con la presencia de otros elementos a desdibujar las notas exigidas por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores para teñir de laboralidad la relación. [↑](#footnote-ref-24)