



La figura del día

FERNANDO MESA DEL CASTILLO, ISIDRO DÍAZ DE BUSTAMANTE Y RICARDO DE LORENZO



HOMBRES “CLAVE” PARA UN GRAN ACUERDO CON EL M. DE TRABAJO

- **SANIFAX LES OFRECÍA AYER EL ACUERDO FINAL CON LOS NUEVOS “CRITERIOS TÉCNICOS” QUE EL MINISTERIO DE TRABAJO APLICARÁ A LOS PROFESIONALES SANITARIOS DE LAS CLÍNICAS PRIVADAS. SE TRATA DE UN TEXTO AL QUE SE HA DADO LA VUELTA “COMO UN CALCETÍN” EN MENOS DE UN AÑO, PORQUE DE AQUEL “LEONINO” QUE PRACTICAMENTE CONDENABA A MUCHAS CLÍNICAS A DESAPARECER, SE HA LOGRADO UNO MUCHO MÁS RAZONABLE Y MESURADO.**
- **SIN DUDA HAN SIDO MUCHAS PERSONAS LAS QUE HAN PORFIADO PARA ESTE ACUERDO TAN IMPORTANTE, PERO SIN DUDA CABE DESTACAR A TRES, EL PRESIDENTE DE LA FEDERACIÓN DE CLÍNICAS, FERNANDO MESA DEL CASTILLO, QUE ESTÁ DANDO AIRES NUEVOS Y MUCHO MÁS PARTICIPATIVOS A LA ENTIDAD; EL PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE MADRID, ISIDRO DÍAZ DE BUSTAMANTE, UN HOMBRE CON EXPERIENCIA QUE SEGURO VA A REVITALIZAR A LAS CLÍNICAS DE MADRID (BIEN APOYADO ENTRE OTROS POR JULIO F. LLAMAZARES); Y EL ABOGADO RICARDO DE LORENZO, VERDADERO ARTÍFICE LOGÍSTICO DE ESTE LOGRO Y CUYA SABIDURÍA E INSUPERABLE CONOCIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA HA RESULTADO DETERMINANTE Y HA VUELTO A DEMOSTRAR QUE NO SÓLO ES EL MEJOR, SINO ADEMÁS EL GRAN REFERENTE DE TODO EL SECTOR.**
- **LAS CLÍNICAS PRIVADAS, QUE EN ALGÚN MOMENTO ESTUVIERON “CON EL AGUA AL CUELLO” POR TODO ESTE “AFFAIRE”, HOY VEN CON OPTIMISMO Y MAYOR CLARIDAD SU FUTURO. Y ELLO GRACIAS EN BUENA PARTE A ESTOS HOMBRES, QUE POR SU ESFUERZO MERECEEN SER “EX AEQUO” LAS “FIGURAS DEL DÍA.**

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que sus datos personales han sido almacenados en nuestro fichero automatizado con el fin de remitirle información que puede ser o no comercial. Usted tiene derecho a acceder a sus datos almacenados en nuestro fichero de usuarios, rectificarlos, así como oponerse a su tratamiento. Para ejercitar su derecho de acceso, modificación, cancelación u oposición a su tratamiento le rogamos lo haga a través del correo electrónico a sanifax@sanifax.es



CARTA DEL PRESIDENTE DE LA FEDERACIÓN DE CLÍNICAS PRIVADAS, FERNANDO MESA DEL CASTILLO, EXPLICANDO A SUS ASOCIADOS LOS BUENOS RESULTADOS LOGRADOS PARA EL SECTOR TRAS LA NEGOCIACIÓN CON EL MINISTERIO DE TRABAJO

PRINCIPALES RESULTADOS DE LAS NEGOCIACIONES ENTRE LA FEDERACION NACIONAL DE CLINICAS PRIVADAS Y EL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACION

La publicación del criterio técnico 26/2008 sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en septiembre del pasado año generó, una situación gravemente lesiva para el sector sanitario privado, especialmente para clínicas y entidades proveedoras de servicios y aseguradoras así como para médicos, odontólogos y personal de enfermería.

Dicho criterio técnico marcaba pautas para la acción inspectora partiendo de una supuesta e inaceptable presunción de generalizada fraudulencia en cuanto al régimen de seguridad social aplicado y a las cotizaciones devengadas.

El indicado criterio técnico recogía numerosos supuestos e indicios de laboralidad, colocando bajo sospecha la formalización de la relación profesional de servicios como trabajo autónomo.

La injustificable desestabilización del sector sanitario y la inseguridad jurídica, que así se generó, llevaron a la Federación Nacional De Clínicas Privadas a promover negociaciones que se han prolongado casi un año y que se han llevado a cabo en acción coordinada con el conjunto de la sanidad privada y de los profesionales.

Esas negociaciones con los Ministerios de Trabajo e Inmigración así como con el Ministerio de Sanidad y Política Social han tenido tres etapas:

- La primera sirvió para conseguir la suspensión del criterio técnico 62/2008, sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- La segunda para abordar los aspectos más sustantivos del criterio técnico con vistas a su modificación.
- La tercera orientada a conseguir la total derogación del polémico criterio técnico 62/2008, sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados y su sustitución por uno nuevo.

El nuevo criterio técnico cuenta con respaldo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, se dicta por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su condición de Autoridad Central de la Inspección, a propuesta de la Subdirección General para la Inspección en materia de Seguridad Social, Economía irregular e Inmigración y de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica, previo informe favorable de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, y el apoyo activo del Ministerio de Sanidad y Política Social.

El nuevo criterio técnico 79/2009 sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, aprobado el 13 de agosto de 2009, ha sido precedido de una última ronda de negociaciones tal y como se ha señalado anteriormente y que se ha desarrollado entre los días 28 de julio y 13 de agosto.

Los principales resultados han sido los siguientes:

1. La derogación del criterio técnico 62/2008, sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados.
2. La exclusión absoluta de cualquier imagen de fraudulencia sobre las clínicas privadas y los profesionales sanitarios
3. La incorporación al criterio técnico y, por tanto, a las actuaciones de la inspección, de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, cuestión básica tanto a efectos de cotización a la seguridad social, como de responsabilidad profesional.
4. El reconocimiento expreso de la diversidad de situaciones y de supuestos en el sector sanitario privado tanto a efectos organizativos como de configuración jurídica, excluyendo así el anterior planteamiento de la inspección de trabajo basado en la presunción general de laboralidad en cuanto a la prestación de servicios profesionales sanitarios.
5. La eliminación en el criterio técnico de muy opinables consideraciones doctrinales y de referencias jurisprudenciales inadecuadas por ser anteriores al año 2007, esto es previas a la aprobación de las leyes 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Igualmente han quedado eliminadas otras referencias a sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas.
6. La inclusión, a modo de garantía jurídica para las clínicas privadas del principio de prorrateo por pluriempleo ó por pluriactividad, evitando excesos de cotización.
7. Otros cambios y mejoras afectan a cuestiones muy diversas, pero también importantes para la gestión de clínicas, establecimientos y entidades que operan en el sector sanitario privado (historias clínicas, alquileres, referencias a entidades aseguradoras, relación entre cirujanos anestesiistas y personal de enfermería ectra).

Es evidente que algunos aspectos puntuales del nuevo criterio técnico 79/2009, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no se ha hecho eco, al menos en su integridad, de algunas alegaciones remitidas al Ministerio de Trabajo e Inmigración, el pasado 10 de agosto.

También es cierto que pese a ello el balance general de las negociaciones llevadas a cabo por la Federación Nacional De Clínicas Privadas es positivo.

A partir del nuevo criterio técnico 79/2009, la Federación Nacional De Clínicas Privadas facilitará orientaciones para que las entidades asociadas puedan desarrollar su actividad en un marco de mayor certidumbre jurídica y de esta manera poder desarrollar mejor su gestión.

ALEGACIONES QUE PRESENTA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CLÍNICAS PRIVADAS RESPECTO DEL BORRADOR DE CRITERIO TÉCNICO POR EL QUE SE DEROGA Y SUSTITUYE EL CRITERIO TÉCNICO 62/2008 Y SE ESTABLECEN CRITERIOS SOBRE RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LOS PROFESIONALES SANITARIOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS PRIVADOS

1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con carácter general se ratifica como positivo la exclusión de consideraciones doctrinales opinativas que figuraban en el Criterio Técnico 62/2008.

Hay que destacar que en el nuevo borrador las actividades profesionales y empresariales no estén a priori encuadradas en un determinado Régimen General de la Seguridad Social y que no se circunscriba a un planteamiento inicial de encuadramiento en el Régimen General en base a una presunción generalizada de laboralidad.

Así mismo es positivo que se constate la diversidad de supuestos y situaciones en las que se organizan y prestan servicios profesionales en el sector sanitario.

Resulta igualmente adecuado hacerse eco en el borrador de las dificultades que generó el Criterio Técnico 62/2008, habiendo sido útiles al efecto las consultas con las Organizaciones Profesionales del sector, con el área de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y con el Ministerio de Sanidad y Política Social.

Sin embargo esta valoración positiva no debería conducirnos a algunos planteamientos que recoge el borrador de criterio y que sólo guardan coherencia con el Criterio 62/2008 y no con la nueva visión, mucho más ajustada a la realidad jurídica y fáctica.

La insistencia en la presunción general de laboralidad basada en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores contradice no sólo la “diversidad de supuestos y situaciones del sector”, sino que desconoce una visión mucho más amplia y flexible de la prestación de servicios que se refleja explícitamente en el preámbulo de la Ley Reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo, plenamente consecuente con la evolución organizativa de las actividades económicas y con las previsiones de nuestro texto constitucional, tal y como señalamos en las sucesivas alegaciones y trabajos en su día formulados al tan repetido Criterio Técnico 62/2008.

La sustitución y derogación del Criterio Técnico 62/2008 debería reflejarse en la introducción del nuevo Criterio Técnico que se limita a mencionar una “revisión y actualización”.

En este sentido también produce especial preocupación que la supuesta actualización utilice como base y fundamento un anexo jurisprudencial vinculado al Criterio Técnico 18/98, ciertamente anterior a la Ley de Sociedades Profesionales, al Estatuto del Trabajo Autónomo y a pronunciamientos jurisprudenciales mucho más recientes y por tanto más cercanos a la realidad que a de ser objeto de la acción inspectora.

Así mismo pareció positivo a esta Federación Nacional la sustitución del concepto “indicios de laboralidad” un tanto vinculados a una visión fraudulenta en las actividades del sector, mucho más técnicas y precisas. Sin embargo esa percepción inicial se ve contradicha por otros párrafos del borrador de Criterio Técnico donde se sigue hablando de indicios, conjunto de indicios y otras expresiones similares, que ciertamente habrían de suprimirse para ser consecuentes con los nuevos planteamientos a los que responde el borrador.

Por cierto, entre las notas caracterizadoras figura la “retribución como pago de servicios”, siendo evidente que el pago de servicios puede producirse en función de actividades profesionales autónomas o dependientes en función de la relación contractual previamente establecida entre las partes.

Se solicita expresamente la supresión en el criterio del término ATS, (concretamente en la página 2, se corresponde con el sexto apartado del punto 1.1 y página 5, el primera apartado del punto relativo a las notas jurisprudenciales que caracterizan la ajenidad) y se sustituya por el de Enfermeros, que es la denominación que corresponde actualmente conforme a la titulación del Grado (Resolución de 14 de febrero de 2008, BOE núm. 50 Miércoles 27 febrero 2008 y Orden CIN 2134/2008, de 3 de Julio), así como el art. 7 LOPS que contiene la definición.

2.- CONSIDERACIONES AL PUNTO 1 SOBRE SITUACIONES OBSERVADAS EN LOS ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS PRIVADOS.

- En el apartado 1.1, debería suprimirse el tipo “consultas médicas cedidas o alquiladas por establecimientos sanitarios a diversas sociedades aseguradoras...”, por ser confuso además de incorrecto. No encontramos supuestos que se encuadren en este tipo.
- El siguiente tipo del mismo apartado (“Establecimientos sanitarios en los que, además de otros servicios, efectúan conciertos...”) tiene escasísima relevancia, Lo importante es que presten servicios, financiados por la entidad que fuere, ya sea una aseguradora privada, o la sanidad pública, y con independencia de que el objetivo sea “aligerar listas de espera”.
- No se entiende tampoco el último tipo de este apartado (“Sociedades médicas interpuestas entre la principal y los profesionales sanitarios...”). No se trata de un tipo de establecimiento sanitario. En todo caso, es razonable por las inversiones que se requieren y la complejidad del sector, que los análisis clínicos y pruebas de laboratorio en general se realicen en sede de una mercantil..., pero no es óbice para pensar que serán las únicas actividades legitimadas para explotar la actividad mediante una sociedad sin ánimo fraudulento.
- Debería añadirse una nueva situación específica, que se corresponde con la actividad de profesionales especialistas en centros médicos bien independientes o vinculados a un centro hospitalario. Es una situación frecuente la de profesionales que realizan su actividad de forma fragmentada entre su propia consulta y otro establecimiento sanitario con una dedicación muy escasa en este. En los casos en que el profesional realiza actividad de forma simultánea en el entorno organizativo de su propia estructura y en la de otro establecimiento sanitario, pero sin sometimiento a poder de organización o dirección ajeno, su actividad debe calificarse como empresarial o autónoma aún cuando el título por el que utilizan los servicios de los establecimientos sanitarios sea el de cesión de uso. El elemento definitorio es que el profesional se sirve de la estructura organizativa con la que no tiene vínculo de subordinación sino de coordinación, para facilitar su acceso a un mayor número de pacientes, pero su actividad y dependencia, contemplada en su conjunto, es equiparable a la de cualquier operador empresarial.

3.- CONSIDERACIONES AL PUNTO 3 SOBRE CRITERIOS GENERALES A SEGUIR EN EL SECTOR DE LOS ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS PRIVADOS PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LOS PROFESIONALES SANITARIOS

- Cuando se habla, en los criterios generales a seguir, de la calificación de los contratos cabría añadir el siguiente párrafo. “No obstante, desde la regulación del trabajo autónomo llevada a cabo por la LETA, y en particular, desde la figura del trabajador autónomamente dependiente (TRADE), la calificación jurídica realizada por las partes ha pasado a ser un elemento calificador relevante, particularmente en aquellos supuestos en los que la aplicación del sistema jurisprudencial de indicios no disipe claramente las dudas sobre cuál sea la calificación pertinente”.
- El punto 2 de ese mismo apartado debería ser matizado precisamente por la posibilidad que en el mismo se aborda de que una misma relación jurídica pueda merecer indistintamente la calificación de arrendamiento de servicios o contrato de trabajo. La matización propuesta se refiere al párrafo que aparece tras el último punto y coma. Se propone su sustitución por un punto y seguido y por el texto siguiente: “por consiguiente, sólo y cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontraremos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”.
- Cuando se identifica disponer de organización sanitaria propia con “lugar y medios materiales y humanos propios” se está incurriendo en una simplificación contradictoria con el principio de “diversidad de supuestos y situaciones del sector” y también con el reconocimiento explícito que figura en el borrador de “clínicas cedidas o arrendadas”, también se incurre en contradicción cuando se plantea la pérdida de dependencia o falta de autonomía por el hecho de contar o no con recursos humanos propios, ya que el trabajo autónomo puede desarrollarse en términos de actividad profesional con trabajadores de él dependientes, sin que aquél deje de ser autónomo, pero también cabe la posibilidad de que para su actividad profesional no utilice el concurso de trabajadores de él dependientes.
- Resulta por completo inaceptable, en lo que se refiere al mundo del trabajo, que una programación “indicativa” sea equivalente a una “programación imperativa” a los efectos de estimar laboralidad en la relación contractual.
- Tampoco resulta significativo que las suplencias sean o no factor de laboralidad en función de que las decisiones sean esporádicas o no. Por definición no cabe imaginar suplencias habituales, sino suplencias que se hacen necesarias como consecuencias de circunstancias sobrevenidas, muchas veces derivadas de urgencias sanitarias.

Se estima necesaria la eliminación del último párrafo del apartado 3.4, referido a elementos característicos de la ajenidad en el sector sanitario por los siguientes motivos:

- De la aplicación de este criterio podría considerarse como laboral la vinculación de un amplísimo colectivo, la totalidad de los cuadros médicos de las entidades aseguradoras, que ni tan siquiera están considerados legalmente como trabajadores autónomos dependientes. Hacemos referencia a los profesionales con establecimientos abiertos al público de su titularidad, cualquiera que esta sea.
- El criterio atiende a dos parámetros, pago por un tercero y que dicho pago responda a parámetros de actividad. Ambos elementos son predicables de todo tipo de vinculaciones y en especial del arrendamiento de servicios profesionales;

- El pago se realiza por un tercero, pero en el caso de entidad aseguradora este pago se realiza en sustitución del asegurado-paciente, pues justamente esa es la esencia del contrato de seguro. El asegurador asume la incertidumbre de un coste variable a cambio de un prima que transforma ese coste en cierto y concreto para el asegurado.
 - El pago atiende a la actividad, pero no porque tenga un carácter salarial, sino porque se están abonando “sinistros”. Y efectivamente, aunque tal denominación no sea la más adecuada cuando hablamos de atención sanitaria, en técnica aseguradora la realización de un acto sanitario supone el acontecimiento del siniestro cuyo coste se obliga a asumir el asegurador en sustitución del asegurado-paciente.
- *En los casos en que el pago se realiza en función de un coeficiente por el número de asegurados atendibles, se incurre en contradicción con el criterio que se deriva de la STS 23 de octubre de 1989 (apartado 4, párrafo 4 in fine, pag. 6) “el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario”, puesto que, cuando se establece una cuantía cierta para la atención de un colectivo “atendible”, (cuya necesidad e intensidad de atención, coste, es por tanto incierta), el profesional está asumiendo el riesgo y ventura de la operación.*
- Al punto 4 la idea de transferencia “ad inicio” de los frutos al profesional sanitario como un elemento decisivo para calificar de autónomo y no dependiente la relación profesional, puede llevar al desconocimiento de situaciones frecuentes en la práctica. Se trata de supuestos en los que el profesional sanitario utiliza los servicios de gestión económica por parte del departamento administrativo del centro sanitario, abonando por ello la contraprestación correspondiente.
 - Similares consideraciones cabría formular con respecto a las argumentaciones que en este apartado recoge el borrador de Criterio cuando habla de la gestión de los ingresos con pagos periódicos, que en realidad pueden ser y son en la mayoría de los casos liquidaciones periódicas.
 - Igualmente es importante destacar que el requisito de dependencia en ningún caso queda suprimido por la aplicación de principios Deontológicos o consideraciones Éticas. Una cosa es hasta donde llega y en que se traduce la dependencia cuando se trata de materializar las actividades profesionales y otra muy distinta que consideraciones éticas lleguen a traducirse en la eliminación del requisito de dependencia vinculado no a principios corporativos, sino a el tipo de relación sobre el que esté establecida la prestación de los servicios.
 - En todo caso, no nos parece adecuado que para apreciar la laboralidad o no baste un conjunto “importante” de las notas caracterizadoras. Lo decisivo es que se den “todas” las notas aunque sea sin ignorar las especificidades propias del sector sanitario.
 - En el punto 5, en el párrafo tercero, la desaparición que se postula de la nota de la dependencia es incoherente con lo expuesto más arriba e incorrecto desde el punto de vista jurídico: la dependencia técnica se mitiga pero la dependencia técnico jurídica se mantiene y debe necesariamente existir para que pueda hablarse de relación laboral. Se propone la redacción siguiente: “Asimismo, tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios puede verse atenuada como consecuencia de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que las caracterizan; no obstante, para que pueda hablarse de relación laboral es preciso que subsista la dependencia jurídica que se manifiesta en la inserción del profesional en el círculo organizativo, rector y disciplinario del empresario para quien trabaja (STS 23 Octubre 2003 (A/9075) y 17 Noviembre 2004 (A/858).

4.- CONSIDERACIONES AL PUNTO 4 SOBRE SITUACIONES ESPECÍFICAS A CONSIDERAR.

- Al apartado 1, la pregunta que cabe formularse es si hay “consulta alquilada” o no. La concurrencia de otras valoraciones será más o menos discutible, pero no el hecho en sí de que la consulta esté o no alquilada. No puede centrarse toda la atención calificadora en las cuantías de los alquileres, sino que deberá procederse a un análisis pormenorizado de los acuerdos suscritos entre el establecimiento sanitario y el médico, así como de la relación de facto practicada en la que el montante del alquiler será un elemento relevante pero no decisivo. El contrato suscrito puede ser un contrato mixto en el que a la utilización de la clínica se añadan la prestación de determinados servicios sin que ello obste al carácter exquisitamente civil o mercantil de la relación.
 - El punto 2 es por completo acertado, especialmente en su párrafo final cuando afirma que “en todo caso, salvo en algún supuesto en el que concurren **indicios y (¿)** muy claros de relación laboral, parece prudente no considerar que tal exista.” El resto de este apartado debería suprimirse. El planteamiento al que responden tales párrafos podría llevar al extremo de que la relación laboral o no del personal de enfermería llegara a tener como consecuencia la valoración de relación laboral respecto del propio cirujano/anestesiista.
 - Tal es el caso también de facultativos sanitarios que como los dentistas trabajen en ámbitos muy especializados de facto, tales como periodoncia, ortodoncia, implantología, cirugía, prótesis dental, ectra, que exigen trabajar en íntima cooperación y con asesoramiento recíproco para la solución de problemas multidisciplinarios, en relaciones esporádicas y no habituales y bajo la absoluta independencia de criterio y responsabilidad profesional de las actuaciones de cada uno. Estas relaciones, a diferencia de antaño en que se practicaba la remisión o referencia de una clínica a otra, actualmente se suelen realizar en el ámbito de la misma consulta por las diferencias profesionales que se han derivado de la plétora de titulados.
 - En el apartado 4., genera incertidumbre la referencia a “organización y medios propios”. Es evidente que este tipo de sociedades por definición constituyen una organización y la disposición de medios para poder llevar a efecto los objetivos societarios pueden ser propios o concertados, sin que ello altere su carácter de organización sanitaria.
 - En cuanto al apartado 5, el artículo 2d) del Real Decreto 2530/1970, entiende como trabajador por cuenta propio 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.

De otra parte, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, prevé con **carácter imperativo** que la Sociedad Profesional es el instrumento jurídico adecuado para ejercer una actividad o actividades profesionales en común. Conviene recordar que sus principales características, a los efectos que nos ocupan, son las siguientes:

- a) Las Sociedades Profesionales previstas por la Ley podrán revestir cualesquiera de las formas societarias existentes en España, desde la típica Sociedad Civil hasta la Sociedad Anónima.
- b) Las Sociedades deberán tener el objetivo único y exclusivo la actividad profesional de que se trate.
- c) El socio profesional de las sociedades profesionales, con independencia de su grado de participación en el capital social, responderá “ad inicio”.

Así mismo conviene tener presente que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 2/2007, en cuanto al Régimen de Seguridad Social de los socios profesionales se estará “a lo establecido en la Disposición Adicional Décimo Quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los Seguros Privados”. Se mantiene, pues, la opción entre la inclusión en el RETA y el Régimen Alternativo.

Como ha quedado dicho, tanto las sociedades personalistas y sociedades capitalistas, son formas jurídicamente factibles de la sociedad profesional, sin que ello pueda significar el desconocimiento de consecuencias muy distintas en cuanto a la calificación jurídica del trabajo prestado.

Así, mientras que en las sociedades personalistas la prestación de trabajo lo será por cuenta propia, en las sociedades capitalistas es perfectamente posible la coexistencia de la condición de socio y de trabajador asalariado.

Tal y como ha afirmado la jurisprudencia, “mantener que una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores que, a su vez, tienen –cada uno de ellos- una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide controlar individualmente la sociedad, únicamente puede dar cobertura a relaciones jurídicas mercantiles y no laborales, ignorando la existencia de trabajadores que pueden asumir la doble función es desconocer la realidad de las cosas” (STS 29/9/2003 A/7816)

Ahora bien, con la introducción del Régimen de responsabilidades del artículo 11.2 de la Ley 2/2007 se rompen las notas del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en especial la ajenidad calificadora del contrato de trabajo, sin que tenga mayor trascendencia a estos efectos el tener “organización propia o medios materiales y humanos para cumplir su objeto social” dado que los profesionales actúan a través de una sociedad profesional siendo la sociedad la que presta los servicios y no ellos mismos, y la única relación de contrato de trabajo la puede tener con la sociedad profesional no con la que recibe los servicios porque esta los recibe de la sociedad y no del profesional, todo ello de conformidad con la Ley de Sociedades Profesionales 2/2007 de 15 de Marzo.

El citado artículo 11.2 de la Ley establece que “de las deudas sociales que se deriven de los actos profesional propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no que hayan actuado siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan”. Esta previsión y en general todo el Régimen en materia de responsabilidades establecido en el art. 11 se extiende, asimismo, “a todos aquellos supuestos en que 2 o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional”, tal cosa se presumirá “cuando el ejercicio de la actividad se desarrollo públicamente bajo una denominación común o colectiva o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación” (Disposición Adicional Segunda).

Estamos, pues ante un precepto de la mayor relevancia por cuanto establece con carácter general y respecto de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales una responsabilidad solidaria entre la sociedad y el profesional que ha prestado el servicio, incluido el socio profesional.

Por consiguiente, el usuario o cliente que pretenda exigir responsabilidades derivadas de los actos profesionales realizados en el seno de la sociedad podrá dirigirse tanto contra la empresa, como contra el profesional que los prestó o, como lo más lógico, contra ambos para exigir la totalidad de la deuda contraída.

Desde el punto de vista laboral, la previsión es importante: en primer lugar, por cuanto hace la sociedad profesional responsable con todo su patrimonio de las deudas derivadas de la actuación profesional producida en su seno, y en segundo lugar, porque hace recaer sobre el profesional, que bien puede como hemos visto estar sujeto a una relación laboral común, la responsabilidad solidaria respecto de las deudas derivadas de su actuación profesional en el seno de la sociedad profesional.

Por lo demás, la remisión contenida en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Sociedades Profesionales a la Disposición Adicional Décimo Quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados, habría de interpretarse como que las mutualidades de previsión social establecidas por los Colegios Profesionales a las que esta Disposición se refiere, constituyen también para los socios de las Sociedades Profesionales una alternativa a la genérica obligación de afiliación y/o alta en el RETA. Por consiguiente, aquellos otros profesionales que, en principio, debieron afiliarse al RETA, cuando pertenezcan a Colegios Profesionales que tengan establecidas mutualidades de previsión en los términos legales de la Disposición Adicional Décimo Quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, podrán optar entre uno y otro.

- En cuanto al apartado 7 se comparte plenamente el redactado de este apartado, pero por su carácter general, debería ubicarse con carácter previo antes del apartado 4.1
- En el apartado 8 la mención a pluriempleo y pluriactividad se comparte plenamente.

5- CONSIDERACIONES AL ANEXO. JURISPRUDENCIA.

Con carácter general, habría, en opinión de esta Federación, que tener como referencia básica la jurisprudencia más reciente, ya que el Criterio Técnico 18/98, que es utilizado como guión/esquema para reflejar los distintos fallos judiciales está muy alejado no sólo de la realidad fáctica actual, sino también de la legislación, más reciente, y de especial relevancia para el sector sanitario, como es el Estatuto del Trabajo Autónomo y la Ley de Sociedades Profesionales, Textos Legales a los que nos venimos refiriendo a lo largo de estas alegaciones.

Todo ello sin desconocer la conveniencia de eliminar en todo caso referencias al profesional sanitario como “aportadores de su fuerza de trabajo”.

Madrid 4 de agosto de 2009

ANEXO. JURISPRUDENCIA

Del análisis de la múltiple jurisprudencia existente sobre la materia podemos destacar las siguientes notas caracterizadoras a tener en cuenta a la hora de pronunciarse sobre un tema de encuadramiento, notas que ya aparecen enunciadas en el Criterio Técnico 18/98:

Irrelevancia de la denominación del contrato hecha por las partes, debiendo atenderse al su contenido real. Sentencias del Tribunal Supremo de 27/04/98, 29/12/99, 12/06/2000 y 09/01/2004. O las de Tribunales Superiores de Justicia de varias comunidades autónomas: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14/12/2000, o la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 04/05/2005, entre otras muchas.

Los elementos accidentales, que intenten desfigurar el contrato, no lo desnaturalizan y no le arrebatan su condición laboral, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31/07/92.

Dependencia en la relación laboral. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30/12/2000 trata específicamente sobre la situación como trabajadores por cuenta ajena de profesionales como los abogados y los médicos, afirmando que con este tipo de profesionales el elemento de la dependencia respecto a una empresa, aún siendo el elemento más característico de la relación laboral “viene sufriendo constante relajación al incluirse en ella (la relación laboral) ciertas profesiones, cual es el ejercicio de la medicina o el derecho al servicio de las empresas, incompatibles con una sujeción en cuanto a las funciones, lugar y tiempo de ejercitarlas, similar a otros trabajadores, no debiendo entenderse la dependencia como absoluta subordinación al empresario, sino como inserción en el círculo rector y disciplinario de la empresa”, bastando para ello, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21/05/90, que “el trabajador se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”. Y “sin que sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea”, de acuerdo a la Sentencia de Tribunal Supremo de 06/05/1986.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21/05/90 indica que la nota de dependencia queda “un tanto debilitada o difusa por la autonomía científica, que en mayor o medida exige la actuación de estos profesionales”. Criterio seguido por otras muchas sentencias, como las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 09/10/95, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/96 y de 08/06/2000, y Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13/12/2005. El Tribunal Supremo, Sentencia de 09/12/2004, llega incluso a afirmar sobre la nota de dependencia en el caso de estos profesionales que “incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas”.

También es indicio de dependencia el ejercicio de la actividad del médico en unos días y horas concretos previsto. Es decir, una jornada y un horario de trabajo acordados (Sentencias del Tribunal Supremo de 11/04/90 y 20/09/95, o la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13/12/2005). Y ello no obsta que, aún cuando el horario de un centro médico se hubiera fijado por su director, “los médicos adscritos al mismo” lo distribuyan “en la forma que estimen más conveniente”. Esas libertades o reflejos de una cierta autoorganización de estos médicos que trabajan por cuenta ajena, se recoge también en otras sentencias y como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27/10/2000.

Otro indicio en relación con la dependencia es que la actividad laboral se preste en el centro de trabajo de la empresa contratante, tal como pone de manifiesto la Sentencia de Tribunal Supremo de 21/05/1990, o la utilización a efectos de publicidad de la empresa o su nombre o marca comercial, por ejemplo mediante el uso de batas con el anagrama de la empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 26/02/86, de 12/09/88 y 29/01/91), así como la integración del médico en el cuadro de facultativos de la clínica en cuestión (Sentencia del Tribunal Supremo de 09/12/2004).

Otra situación esclarecedora se produce cuando el médico carece de una estructura propia y una verdadera organización empresarial propia, por lo que su aportación en relación con la clínica donde trabaja se limita a su trabajo en sentido estricto, aportando únicamente su fuerza de trabajo y su experiencia y conocimientos, estando a cargo de la empresa los restantes medios humanos auxiliares y medios materiales que hacen posible la actividad del médico. (Sentencia del Tribunal Supremo de 09/12/04, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 03/04/2001, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 09/10/95 y de 08/06/2000, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/96, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo y de 22 de noviembre de 2005).

En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/01/2002 se establece la diferencia entre el contrato de trabajo, donde el trabajador sólo asume dar su trabajo, y el contrato de arrendamiento de servicios, donde el contratante asume dar el servicio como tal y por tanto ha de encargarse de organizarlo y para ello ha de poner los medios personales y materiales para cumplir la obligación convenida y asumiendo el riesgo de que éstos le fallen, no inmiscuyéndose, en su organización y medios, el pretendido arrendador, ya que, en ese caso, se transformaría el arrendamiento de servicios en contrato laboral.

En cuanto a las tarifas percibidas, si son las acordadas por el establecimiento sanitario con la sanidad pública o con las sociedades aseguradoras a través del baremo consiguiente, y tales “decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios y tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender” corresponde a la empresa y no al médico, tal situación es propia del contrato de trabajo (Sentencia del Tribunal Supremo de 15/04/90 y 29/09/95). Y asimismo cuando el pago de la actividad médica no lo recibe el médico que atiende al paciente sino el establecimiento sanitario para el que trabaja (Sentencia del Tribunal Supremo de 06/05/86).

La posibilidad de ejercer la potestad disciplinaria por el establecimiento sanitario sobre médicos a los que no se ha efectuado formalmente contrato laboral, es claro indicio de relación laboral. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22/11/2005 que ratificó la Sentencia previa de 08/11/04 del Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia: “... es claro que el odontólogo ha de someterse a los condicionantes establecidos por la empresa, especialmente en orden al cumplimiento de los horarios convenidos y a la atención a los pacientes proporcionados, lo que de no ser cumplido por el trabajador, en uso de la supuesta libertad en su actividad que formalmente se le reconoce en el contrato, permitiría a la empresa demandada darlo por resuelto....”

El alta en el RETA no es cobertura suficiente cuando la modalidad del trabajo permite concluir que se trabaja por cuenta ajena, y lo mismo a la inversa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 03/04/2001)

Sobre la ausencia de necesidad de la exclusividad para que se dé o no relación laboral hay también numerosas sentencias además de la citada: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10/05/2005, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27/10/2000, Sentencia del Tribunal Supremo de 11/12/1989 y 19/04/1966, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 03/04/2001, que mantienen que el que los médicos trabajen también en el sector público de nuestra sanidad, en otras clínicas privadas o tengan su propia consulta, no es obstáculo alguno a la existencia de la nota de dependencia. La exclusividad no es en absoluto un elemento configurador, de la relación laboral, siendo por el contrario el pluriempleo la situación más habitual en el trabajo de profesiones como la de los médicos.

La nota de ajeneidad en la relación laboral supone la constatación del destino de los frutos del trabajo, que se trasladan a la empresa, que los hace suyos y paga al trabajador una retribución cualquiera que sea su forma a cambio de su trabajo. Por tanto aparece la retribución como elemento de la nota de ajeneidad, que a su vez es consustancial con el contrato de trabajo. Y ello no se desvirtúa en absoluto en razón de que el pago al trabajador-médico se haga en forma de un tanto o cantidad por acto médico, ya que “la retribución abonada por acto médico no deja de ser salario por el hecho de que no sea una cantidad alzada o por unidad de tiempo, sino que es por unidad de obra o servicio” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30/12/2000). Tampoco es obstáculo que no se perciba salario durante el mes de vacaciones o que el trabajador emita factura previamente a cada percepción (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 09/10/1995). Tampoco anula la realidad de las retribuciones salariales el que las partes lo hagan constar como honorarios (Sentencia del Tribunal Supremo de 16/06/87), que sea de elevada o escasa cuantía (Sentencia del Tribunal Supremo de 24/09/87), o que exista retención por I.R.P.F. (Sentencia del Tribunal Supremo de 24/09/87).

El contrato en común para un grupo de médicos es un contrato de trabajo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27/12/85, que se ocupa de un caso en el que en un mismo servicio o departamento de un establecimiento sanitario trabajaban varios médicos, con una empresa aparente interpuesta entre los médicos y aquél, en la que la empresa interpuesta les pagaba una retribución global que los médicos se repartían de acuerdo con criterios previamente fijados, por horas trabajadas, a partes iguales u otros, indica que “aquella modalidad (de retribución) es propia del contrato de trabajo en común para un grupo de trabajadores”.

Tampoco impide la ajenidad el que la retribución consista en comisiones sobre la facturación. Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/96: “El que los trabajadores (médicos) percibieran su retribución por porcentaje sobre facturación no desvirtúa esa naturaleza (laboral), al ser tal proceder admisible dentro de la relación laboral”.

Y hay un claro indicio de que la empresa es la que corre el riesgo de los resultados de la explotación, cuando es la empresa la que aporta y costea la maquinaria y el personal auxiliar y la que decide el importe de los servicios prestados (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/1996), siendo, además, los clientes de la clínica y no de los médicos que le atienden (Sentencia de Tribunal Supremo de 16/06/87, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/96, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 03/04/2001) y los servicios médicos cobrados en el ámbito de la organización de la empresa (Sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13/06/96).

Finalmente merecen las sentencias que en unificación de doctrina ha dictado el Tribunal Supremo declarando la laboralidad de las relaciones que vinculan a odontólogos con la empresas titulares de clínicas dentales, normalmente franquiciadas, tras iniciarse los procedimientos de oficio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como son las siguientes sobre empresas de la franquicia Vitaldent: Sentencia en Unificación de Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 10/07/2007, sobre la empresa Laboratorio Lucas Nicolás, S.L.; Sentencia en Unificación de Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 7/11/2007, sobre la empresa Astie Dental, S.L.; Sentencia en Unificación de Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27/11/2007, sobre la empresa Gandía Dental, S.L.; Sentencia en Unificación de Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 12/12/2007, sobre la empresa Dental Azaharys, S.L. El resumen de la doctrina de dichas sentencias constituye el núcleo de los criterios generales expuestos en el apartado 3 del presente Criterio Técnico.