

# Ricardo de Lorenzo: “El criterio técnico 79/2009 excluye la presunción general de laboralidad”

El abogado y colaborador habitual de *El Dentista* Ricardo de Lorenzo, explica en esta entrevista las novedades que introduce el criterio técnico 79/2009 sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, en vigor desde el mes pasado.



Su nombre y el de su firma legal aparecen en la mayor parte de estudios jurídicos del sector sanitario, así como en la defensa de los profesionales en los grandes “casos” del Derecho Sanitario. No se puede hablar de las cuestiones relacionadas con esta especialidad, la salud y su protección, ni de los médicos y dentistas, sin contar con Ricardo de Lorenzo, inspirador del moderno Derecho Sanitario en nuestro país, en

cuyo entorno se ha desarrollado lo que hoy es una auténtica especialidad dentro del mundo del Derecho y de la Medicina.

Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario, su labor ha traspasado fronteras tras impulsar la creación de asociaciones de esta especialidad en otros países, especialmente en el ámbito iberoamericano, siendo reconocido por esta labor con *The Maimonides Award*, una de las distinciones de mayor prestigio a nivel internacional. No en vano, De Lorenzo es la novena personalidad en recibir esta distinción en los treinta años de su existencia. Sus trabajos, más de treinta libros publicados sobre Derecho Sanitario y treinta y cinco años dedicado a la abogacía, le han llevado a su ingreso, siendo jurista, en la Real Academia Nacional de Medicina como “académico correspondiente honorario”.

Los que le conocen bien saben de su pasión por el Derecho que, como él dice, le ha permitido ser un privilegiado; de su grandeza como luchador nato por la verdad y frente a la injusticia, y su humildad ante sus méritos. Es acusadamente elegante en formas y presencia. No sólo es persona que, tras los primeros minutos de escucha, se aprecia que exhala seguridad, larga experiencia y conocimiento, sino, sobre todo, destila simpatía y proximidad. A él nos hemos dirigido para que nos adentre en el nuevo criterio técnico 79/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados, en vigor desde el mes pasado.

**Pregunta.** ¿Cómo nace este documento o criterio técnico 79/2009?

**Respuesta.** La publicación del derogado 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, en septiembre del pasado año, había generado una situación gravemente lesiva para el sector sanitario privado, especialmente para las clínicas y entidades proveedoras de servicios y aseguradoras, así como para médicos y dentistas. Hay que tener en cuenta que dicho criterio técnico marcaba pautas para la acción inspectora partiendo de una supuesta presunción generalizada de fraude en cuanto

al régimen de seguridad social aplicado y a las cotizaciones devengadas, recogiendo numerosos supuestos e indicios de laboralidad, que colocaban bajo sospecha cualquier formalización de la relación profesional de servicios como trabajo autónomo.

De esta forma se ignoraban las diferencias entre instituciones abiertas y cerradas. Se invertía completamente el régimen de responsabilidad de los profesionales sanitarios, al entrar en juego el sistema de responsabilidad directa de las clínicas y sociedades. Modificaba la concertación existente entre las sociedades civiles profesionales o mercantiles, y compañías aseguradoras sanitarias, hospitales y clínicas, a las que no cabe exigir responsabilidad, cuando el médico actúa independientemente, es decir, cuando únicamente ha contratado con ella la utilización de determinados servicios para sus propios pacientes, al no ser empleados suyos. Modificaba igualmente la responsabilidad de los hospitales y clínicas cuando solamente son responsables directos de los servicios no médicos que presten.

Suponía igualmente una actuación distinta de la Inspección de Trabajo con respecto a las clínicas dependiendo de la autonomía a la que perteneciera, incluso integradas en la red sanitaria pública, en el que las relaciones jurídicas existentes entre el mismo y el personal a su servicio, siendo idénticas a las del resto de instituciones, tenían diferentes tratamientos interpretativos por la Inspección.

Y por último, la gravísima, la alteración de todo el régimen de incompatibilidades con el riesgo del desplazamiento de los profesionales en unos momentos en los que, precisamente por su carencia, afectaría gravemente a la atención de los pacientes.

La desestabilización del sector sanitario y la inseguridad jurídica que se generó, con la aplicación de este criterio técnico, llevó a la Federación Nacional de Clínicas Privadas y a la Asociación Nacional de Clínicas sin Internamiento a promover negociaciones con el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Ministerio de Sanidad y Política Social, que se han prologado casi un año y que se han llevado a cabo en acción coordinada con el conjunto de la sanidad privada, entre los que la Organización Colegial de Dentistas de España, con su presidente a la cabeza, doctor Villa Vigil, quien asistió a todas las reuniones y comisiones de trabajo, prestó el máximo respaldo y ayuda.

**P.** ¿Cómo fueron estas negociaciones?

**R.** Estas negociaciones con ambos ministerios tuvieron tres etapas. La primera sirvió para conseguir la suspensión de las actividades planificadas de la Inspección, con el 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. Y la tercera, orientada a conseguir la total derogación del polémico criterio técnico 62/2008 citado y su sustitución por un nuevo criterio técnico, el 79/2009, que fuera dictado 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, que contará con el previo informe favorable de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, y el apoyo del Ministerio de Sanidad y Política Social.

**P.** ¿Cómo afectó a estas negociaciones el hecho de haber obtenido usted una sentencia a favor de una clínica dental que anulaba las actas de

**“El criterio técnico 79/2009 excluye la imagen de fraudulencia que se había dado sobre las clínicas privadas y los profesionales sanitarios, y reduce el problema a una cuestión de encuadramiento, en cuanto al régimen de seguridad social aplicado y a las cotizaciones devengadas”**

**la Inspección y que está permitiendo poder obtener la nulidad de otras muchas actas definitivas y de infracción?**

R. La Sentencia a la que se refiere se dictó el pasado mes de junio por el Juzgado Contencioso Administrativo número 6 de Madrid que, en efecto, anuló las actas definitivas y de infracción practicadas por la Inspección de Trabajo a una clínica dental madrileña, estableciendo la necesidad de someter las afirmaciones que pudieran basarse sobre indicios o sospechas respecto a la naturaleza laboral de los profesionales odonto-estomatólogos, y consignadas en el propio acta de inspección, a la ratificación previa por los juzgados de lo social de conformidad con lo que establece la Ley de Procedimiento Laboral. Se había convertido en costumbre, con el criterio 62/2008, que la Inspección se limitara a manifestar de forma expresa y general, en sus actas, la naturaleza laboral de los servicios de los odontólogos y otros profesionales sanitarios sin más, sin sometimiento a ratificación de los juzgados de lo social, a pesar de su contenido estrictamente jurídico, y sin tener en cuenta las alegaciones de los denunciados cuando negaban dicho vínculo laboral, lo que constituía una infracción de la ley citada de procedimiento laboral y también del principio de presunción de inocencia.

El derecho a la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en qué consiste. Sin que la presunción de certeza de las actas de los funcionarios pueda vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, porque dicha acta -la denuncia del inspector-, al ser un medio de prueba aportado por la Administración, no puede suponer una inversión de la carga de la prueba. El valor o eficacia de estas actas ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba, y eso debe dirimirse ante los juzgados de lo social. De otra forma, y como se venía haciendo hasta ese momento, no se estaba garantizando que las partes pudieran acceder al proceso e intervenir en él con las mismas posibilidades, con igualdad de armas y medios de alegación y defensa.

**P. ¿Quiere decir que no vale sólo la presunción de certeza de la Inspección?**

R. En efecto, las actas de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, así como las promovidas por los controladores laborales, ya se refieran a infracciones en el ámbito laboral, ya determinen la práctica de liquidaciones de cotizaciones sociales, aunque aparezcan dotadas en cuanto a su descripción fáctica de una presunción de certeza, quedaran limitados a los hechos que por su objetividad hubieran percibido directamente el inspector o controlador laboral, o aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en el propio acta, sin que pueda reconocerse la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, sin que se puedan aportar pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos, razón por la que debe ser un tribunal social, de conformidad con lo que dice la Ley de Procedimiento Laboral, quien determine las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración, cuyo detalle deviene imprescindible para conformar la base del valor probatorio de las actas inspectoras.

El poder acudir a los juzgados de lo social con carácter previo a las actas permite poder exponer la diversidad de situaciones y de supuestos en el sector sanitario privado, especialmente el dental, tanto a efectos organizativos como de configuración jurídica, lo que excluye la presunción general de laboralidad que venía haciendo la Inspección en cuanto a la prestación de servicios profesionales sanitarios.

**P. ¿Aparece así recogido en el nuevo criterio técnico 79/2009?**

R. Efectivamente, el nuevo criterio técnico hace 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. Eliminando 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.

Al incorporarse al criterio técnico y, por tanto, a las actuaciones de la inspección, las leyes citadas del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley de Sociedades Profesionales, permite se establezcan una serie de garantías jurídicas con cuestiones básicas tanto a efectos de cotización a la seguridad social, como de responsabilidad profesional.

**P. ¿Recoge este criterio todas las reivindicaciones planteadas por el sector sanitario privado?**

R. Obviamente, no. 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 planteadas y remitidas al Ministerio de Trabajo e Inmigración. También es cierto que, pese a ello, el balance general de las negociaciones es positivo.

**P. ¿Qué echaría de menos en el criterio?**

R. Siempre es deseable la mayor precisión posible a los efectos de una mayor seguridad jurídica, dadas las diversas situaciones y supuestos que se dan en el sector sanitario privado. Tal es el caso, por ejemplo, en el ámbito dental, de los profesionales que trabajen en ámbitos muy especializados de facto, tales como periodoncia, ortodoncia, implantología, cirugía, prótesis dental, etc., 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 y no por ello deben recibir la calificación de laboral.

Igual ocurre con los 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 éste. 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.

Afortunadamente el nuevo criterio reconoce la existencia de esta diversidad de situaciones en el sector sanitario y previene un análisis por menorizado de cada situación.

**P. ¿Contempla el nuevo criterio técnico 79/2009 las sociedades profesionales?**

R. En efecto. Estableciendo que se regirán por lo establecido en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, que al introducir su específico régimen de responsabilidades rompe la ajenidad calificadora del contrato de trabajo. 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. Desde el punto de vista laboral, la previsión es importante:

en primer lugar, por cuanto hace a 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 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 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, establece la obligación de afiliación y/o alta en el RETA.

**P. ¿En qué se beneficia fundamentalmente a los profesionales sanitarios de establecimientos privados?**

**R.** El beneficio fundamental es que deroga y sustituye el criterio técnico 62/2008, sobre Régimen de Seguridad Social aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados. Excluye de forma absoluta cualquier imagen de fraudulencia entre las clínicas privadas y los profesionales sanitarios. Incorpora al criterio técnico y, por tanto, a las actuaciones de la inspección, 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. Hace reconocimiento expreso de la diversidad de situaciones y de supuestos en el sector sanitario privado, como antes le he explicado, 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. Elimina 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 del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley de Sociedades Profesionales. Igualmente han quedado eliminadas otras referencias a sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas. Además, incluye a modo de garantía jurídica el principio de prorrateo por pluriempleo o por pluriactividad, evitando excesos de cotización, lo que entiendo es uno de los principales beneficios para los profesionales de los establecimientos sanitarios privados. 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, etc.).

**P. Dice que se incluye, a modo de garantía jurídica, el principio de prorrateo por pluriempleo o por pluriactividad. ¿En qué consiste el pluriempleo y la pluriactividad?**

**R.** El pluriempleo es la situación del trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que dan lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social. En este supuesto, para determinar el tope máximo a aplicar, se distribuirá el tope máximo establecido con carácter general entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador, sin que, respecto a las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se asigne a cada empresa o sujeto obligado pueda ser superior a la cuantía de la retribución abonada al trabajador. El tope mínimo se prorrateará, asimismo, entre todas las empresas y demás sujetos de la obligación de cotizar, en proporción a las retribuciones percibidas en cada una de ellas. Es muy importante destacar que el tope máximo es único y total para todos los contratos de trabajo que pueda tener el profesional.

La pluriactividad es la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social. En el caso de pluriactividad, lo que ocurre es que una vez apreciada una posible liquidación por el Régimen General de la Seguridad Social, si el profesional estuviera afiliado y cotizando en el Régimen Especial de Autónomos (RETA), se ha de notificar a la Tesorería, la cual hará en todo caso la compensación de lo que se haya cotizado por autónomo.

**P. ¿Destacaría algún aspecto más de este importante documento?**

**R.** Sí, muy especialmente la exclusión en el documento de la imagen de fraudulencia generalizada sobre las clínicas privadas y los profesionales sanitarios, en definitiva sobre el sector sanitario privado -no olvidemos re-

## **“Incluye a modo de garantía jurídica el principio de prorrateo por pluriempleo o por pluriactividad, evitando excesos de cotización, lo que entiendo es uno de los principales beneficios para los profesionales de los establecimientos sanitarios privados”**

presenta más del 30 por ciento del conjunto de la sanidad española- y, por tanto, no era aceptable esta injusta presunción de fraude a un problema real de encuadramiento en cuanto al régimen de seguridad social aplicado y a las cotizaciones devengadas.

### **ASPECTOS FUNDAMENTALES QUE CONTIENE EL CRITERIO 79/2009 SOBRE RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LOS PROFESIONALES SANITARIOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS PRIVADOS**

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 o 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, anestesiólogos y personal de enfermería, etc.).

(Fuente: Federación Nacional de Clínicas Privadas)