

# **CONSIDERACIONES PARA LA ACLARACIÓN DEL CRITERIO TÉCNICO 62/2008.**

**(Reunión de Trabajo 6/V/2009)**

## **1.- SOBRE LA DIVERSIDAD DE SITUACIONES.**

Las modalidades de relación entre profesionales sanitarios y establecimientos sanitarios privados, compañías aseguradoras y sociedades médicas son muy diversas, por lo que es preciso valorar con precisión si concurren o no todos los elementos definitorios de la relación laboral y, en consecuencia, si procede su inclusión o no dentro del Régimen General de la Seguridad Social o en el RETA, así como tener presentes otras normas que inciden significativamente en la forma de desarrollar la actividad profesional, en especial las de tipo deontológico y las de origen colegial que son de absoluta exigencia.

A ello hay que unir el necesario respeto a la voluntad de las partes a la hora de configurar la modalidad relacional más adecuada desde el punto de vista funcional en el marco de nuestro sistema sanitario

A todo ello hay que unir el nuevo contexto socioeconómico, al que hace mención explícita el Estatuto del Trabajo Autónomo, que es consecuente con la indudable existencia de un creciente fenómeno de descentralización que se aprecia en las formas de organización empresarial, que ha generado la aparición de formas externas de realización de parte de la actividad empresarial, y que provoca la aparición de multitud de microempresas y la multiplicación del trabajo autónomo. En este sentido los profesionales sanitarios pueden optar por mantener su autonomía no sólo técnica sino también jurídica con respecto al centro, o establecimiento sanitario para el cual prestan sus servicios, de modo que la presencia de indicios o notas aisladas no pueden desnaturalizar la opción a la que los profesionales sanitarios se hayan acogido en cada caso (trabajo autónomo o relación laboral), sea con establecimientos sanitarios privados, ó compañías aseguradoras.

De otra parte, tal y como se señalaba antes, la existencia del Colegio profesional, la adscripción obligatoria al mismo como condición necesaria para el ejercicio profesional, y la capacidad del mencionado ente para dictar normas deontológicas y disciplinarias con el objetivo de ordenar la actividad profesional, no pueden ser desconocidas en ningún caso. Otro tanto sucede respecto de las consecuencias que la calificación de la relación indica, como laboral o autónoma sigue a efectos de responsabilidad civil, penal o administrativa y de su aseguramiento.

No menos importante es la calificación jurídica de estos supuestos en lo relativo al régimen de compatibilidades como el Sistema Sanitario Público y de las dificultades para disponer de profesionales sanitarios (por su escasez), sin olvidar las consecuencias prácticas que las incompatibilidades sobrevenidas rendirán a efectos de listas de espera y de obligaciones de la Administración de Seguridad Social (prorrates, devolución de cotizaciones indebidas a los Servicios Autónomos de Salud) sin olvidar una mayor complejidad de la gestión a cargo de la Tesorería de la Seguridad Social.

Así pues, como es notorio, y así se infiere claramente del Criterio Técnico 62/2008, de la Inspección de Trabajo, la prestación de servicios sanitarios puede responder a una gran variedad de fórmulas contractuales como consecuencia de la multiplicidad de modalidades de relaciones de que el profesional sanitario puede directamente concertar, incluso cuando se trate de relación directa paciente-profesional.

En suma, no cabe establecer a priori, y con carácter general un modelo de relación jurídica entre los profesionales sanitarios y los establecimientos privados y luego admitir excepciones en casos puntuales. Por el contrario cada supuesto requiere un análisis de la naturaleza jurídica del contrato que le da base.

## **2.- SOBRE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA DEFINIR COMO LABORAL ESTAS RELACIONES O PARA EXCLUIR TAL CONSIDERACIÓN.**

Ha de entenderse que, en ese análisis caso por caso de las diversas situaciones que pueden plantearse, y a las que se ha hecho alusión en el apartado anterior, debe examinarse la concurrencia simultánea y la valoración conjunta de los factores

relativos a la ajenidad y a la dependencia, de un lado, así como llevarse a cabo una valoración conjunta del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, 7.1. a) y b) de la Ley General de la Seguridad Social, 2, del Real Decreto 2530/1970, 1 de la Orden de 24/9/70, así como 1 del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En efecto, en virtud de lo expuesto en el punto anterior, vínculos concebidos por las partes como contratos civiles en ejercicio de su autonomía de la voluntad y modalidad de las prestaciones entre las partes son reinterpretados en vía administrativa y, en ocasiones, en vía judicial, y son calificados como contratos de trabajo, considerándose, en consecuencia, que sus titulares debían haber sido dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Ello trastorna el proyecto contractual de las partes, y no se atiene a las consideraciones que expresa la Exposición de Motivos de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo según el cual, en la actualidad el trabajo autónomo prolifera y constituye una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie; elección ésta amparada por los artículos 37 y 38 de la Constitución.

En consecuencia, es preciso analizar a la luz de estas premisas los indicadores jurisprudenciales de ajenidad y dependencia laborales – en el caso de que se presuma la existencia de una relación laboral por cuenta ajena - así como los que excluyen dichas notas – en el caso del trabajador autónomo- .

### **3.- SOBRE LA NOTA DE DEPENDENCIA.**

En el caso de profesionales denominados “liberales” se atenúa el factor de dependencia en cuanto al contenido técnico de la prestación de servicios (instrucciones y órdenes del empresario). En estos supuestos, para valorar la dependencia debe primar la forma en que se desarrolla la prestación de servicios, de modo que no habrá dependencia si el profesional sanitario no está integrado en la organización del establecimiento sanitario (jornada, salario, clientela, programación vinculante del trabajo).

En efecto, en el estudio de los caracteres de laboralidad y de no laboralidad de prestaciones médico-sanitarias suele ser punto de encuentro la determinación de existencia de indicios que podemos relacionar con el sometimiento a organización y disciplina ajenos, o por el contrario, concurrencia de autoorganización en la prestación de servicios.

Así, desde este punto de vista se pone de relieve que habitualmente no existe una jornada ni un horario de trabajo determinado por la entidad, sino mayoritariamente por el propio profesional, de modo que existen facultades para por ejemplo variar los días de consulta.

También desde este mismo enfoque resulta preciso poner de relieve a quien corresponde la propiedad de locales, dependencias o consultas, y si existe contrato de arrendamiento de los mismos o, por el contrario, se disfruta de un uso gratuito no sólo de aquéllos sino también de servicios comunes como secretaría, teléfono, limpieza, quirófanos, etc.

Asimismo, en ocasiones, se acude al análisis de la facultad o posibilidad de aceptar o rechazar tareas, si ésta depende de la voluntad de los profesionales o, por el contrario de la entidad.

En todo caso una interpretación flexible del Estatuto de los Trabajadores no puede dar cabida a una aplicación normativa expansiva que llegue a desnaturalizar preceptos y/o desconocer la lícita voluntad de las partes.

En este sentido, la jurisprudencia se muestra tajante: entiende sin problemas que «la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido estructurada primero por la jurisprudencia y luego por las mismas normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, si bien la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes, pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo, trayendo a este ámbito del derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de este

requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta, o en interés de terceros, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al Derecho del Trabajo.

Teniendo esto en cuenta, resulta obvio que la interpretación como técnica de extensión subjetiva del ámbito de aplicación de las normas laborales no es infinita. Si bien hasta el momento resultaba bastante eficaz para ofrecer una respuesta prácticamente automática a las nuevas necesidades de protección que iban surgiendo al mismo tiempo que evolucionaba la realidad productiva, en el siglo XXI ha llegado a su tope máximo. En definitiva, se puede concluir que, tan flexible es la noción de «integración productiva» que aplican ya de manera generalizada jueces y tribunales, que una flexibilización mayor supondría desvirtuar la relación laboral y encuadrar injustificadamente bajo tal denominación otro tipo de actividades que no comparten simultáneamente todos los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

#### **4.- SOBRE LA AJENIDAD.**

Al igual que sucede con la dependencia, ha de analizarse caso por caso si en la relación profesional que se examina concurre o no el requisito de la ajenidad.

Como se dice, la ajenidad es otro de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo. La misma se define en la prestación del trabajo con independencia de los medios de producción y los resultados y sin apropiación de los frutos. Conviene poner de manifiesto, asimismo, que en el contrato de arrendamiento de servicios, el prestador del servicio (el arrendador) contrae frente a la otra parte (el arrendatario) una obligación de mera actividad, no una obligación de resultado. Esta obligación de medios se concreta de una manera particular en el caso de la prestación de servicios profesionales, puesto que las obligaciones del profesional – arrendador pueden resumirse en las siguientes: a) deber de aceptar el encargo del cliente, b) deber de fidelidad con el cliente; c) deber de prestar el servicio con diligencia.

En estos supuestos, el canon de diligencia del arrendador profesional se mide por la diligencia del profesional médico, medida de acuerdo con la "lex artis". Por lo que la referencia a la obligación del arrendatario, el mismo debe abonar en remuneración a los servicios prestados, un precio cierto.

En consecuencia, la nota de ajenidad que caracteriza la relación laboral no puede predicarse del contrato de arrendamiento de servicios de los profesionales sanitarios, porque el médico no produce cosas materiales, sino beneficios para la salud del paciente. En el arrendamiento de servicios de los pediatras, los mismos perciben un precio cierto en función de los concretos "actos médicos" que realizan, supuesto éste que no acontece en el contrato de trabajo.

Quiere decir esto que el trabajador médico, por su prestación laboral dependiente percibirá del empleador, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectada por el riesgo de ejecución de aquélla, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado.

La concurrencia de la nota de ajenidad, que es determinante en la calificación de un contrato como de trabajo, es deducida por la jurisprudencia a través de los siguientes indicios: 1.- El lugar de la prestación. 2.- El tipo de retribución.

Por lo que se refiere al lugar de la prestación, la prestación de servicios en el centro de trabajo propiedad del receptor de dichos servicios se considera como un indicio del carácter laboral de la relación, aunque la diversidad de las situaciones afectadas por el Criterio Técnico 62/2008 hace que, cuando por ejemplo, los servicios se prestan directamente a los pacientes o para las compañías privadas aseguradoras de asistencia sanitaria, estas circunstancias abundan a favor de la declaración de extralaboralidad de la relación jurídica.

Por lo que respecta al tipo de retribución, este es un elemento característico tanto del contrato de arrendamiento de servicios como de la relación laboral. Respecto al arrendamiento de servicios, según el artículo 1544 del Código Civil "en el arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto". Por tanto, estamos ante un contrato, que por definición, ha de ser oneroso y en el que la retribución es un elemento constitutivo. Por lo que se refiere

al contrato de trabajo, los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores aluden al carácter retribuido de los servicios. Sin embargo, aunque la retribución es un elemento común de los dos tipos contractuales porque ambos son contratos de cambio, la jurisprudencia distingue entre dos clases de retribución: el salario y los honorarios profesionales. En este "iter" interpretativo, el concepto de salario no resulta de gran ayuda, dada la amplitud con la que se define el mismo en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, ello ha obligado a que la jurisprudencia indague en las características de la retribución como indicio del tipo de relación. Una retribución, fija, periódica e independiente de los servicios prestados se califica como salario y se configura como un factor a favor de la laboralidad de la prestación.

En cambio, una retribución que se califique como honorarios y que esté en función del acto médico es un indicativo de la relación civil, como tienen declarado las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 1972, R. A 4213; 3 de noviembre de 1975, R. A 4761; 2 de mayo de 1980, R. A 2507; 17 de marzo de 1986, R. A 1334 y 18 de abril de 1988, R. A 2976 entre otras muchas.

##### **5.- SOBRE OTROS CRITERIOS DE CALIFICACIÓN COMO RELACIÓN LABORAL O COMO PRESTACIÓN PROFESIONAL CIVIL O MERCANTIL.**

Como tiene declarado la jurisprudencia, la calificación de los contratos y, por tanto, el Régimen de Seguridad Social aplicable, no dependen de la denominación utilizada por las partes, sino de la plena concurrencia o no de los factores de dependencia y ajenidad, no de modo aislado ni solo, aunque sea de forma importante de alguno de ellos.

Asimismo, el abono de una cantidad muy reducida, por parte del profesional sanitario, al establecimiento sanitario en concepto de alquiler de instalaciones y medios no excluye automáticamente "per se" la posible laboralidad de la relación inter partes.

Por el contrario, la mera inclusión de un profesional sanitario en las guías de las sociedades médicas aseguradoras no presupone la laboralidad de la relación, salvo que concurren dependencia y ajenidad.

Igual criterio debería aplicarse cuando se trate de cirujanos, anestesistas u otros facultativos especialistas que figuren en el cuadro médico de establecimientos sanitarios, ya sea en uno o varios de ellos simultáneamente.

Debe señalarse, respecto a los anteriores epígrafes que algunos de los criterios que se han tenido en cuenta por la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial para calificar como laboral la relación que mantienen los profesionales sanitarios, como acontece con la propiedad de la historia clínica o la propiedad de los instrumentos utilizados por los profesionales sanitarios, no podrían ser tenidos en cuenta en el momento presente y ello por lo siguiente:

Respecto a la propiedad o no de la historia clínica como criterio determinante o no de la laboralidad de la relación, ha de destacarse que, en este punto, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de la Autonomía de los Pacientes y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica es sumamente clara, ya que, en su artículo 17, apartados 4 y 5, declara, taxativamente, que la gestión de la historia clínica por los centros con pacientes hospitalizados, o por los que atiendan un número suficiente de pacientes bajo cualquier otra modalidad asistencial, según el criterio de los servicios de salud, se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario.

De este modo, por imperativo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, las historias clínicas, tienen que estar ubicadas en los servicios de información y documentación clínica de los centros sanitarios.

Y sobre la propiedad de los medios técnicos, éste puede considerarse un criterio superado, en el que el médico visitaba a los pacientes acompañado de un instrumental básico de su propiedad. Obviamente, en el momento presente, en el caso de determinados especialistas, como los radiólogos o los anestesiólogos, no se

puede pedir al profesional sanitario que transporte, desde su domicilio al centro donde acude el paciente, tomógrafos, scanners, pulsioxímetros, instrumental de suministro de oxígeno, etc, tanto por el peso y las dimensiones de los mismos, como por los requisitos técnicos que se exigen para su instalación, no existiendo obstáculo alguno para que el profesional sanitario pueda alquilarlos, o disponer de ellos, en el centro donde va a diagnosticar y tratar al paciente.

## **6.- LA PRESTACION PROFESIONAL DE SERVICIOS A TRAVES DE SOCIEDADES**

La prestación profesional de servicios, por parte de los profesionales sanitarios, a los establecimientos sanitarios a través de sociedades debería valorarse teniendo en cuenta, como criterio rector, la existencia de una organización real para el desarrollo de la asistencia sanitaria y, especialmente, cuando la organización se haya constituido al amparo de la vigente Ley de Sociedades Profesionales, ya que en la misma se dispone expresamente la cotización de los socios conforme al Régimen de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

En este último punto debe señalarse que el artículo 2. D) del Real Decreto 2530/1970 define al trabajador por cuenta propia o autónomo como aquél que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque realice el servicio remunerado de otras personas.

La Ley 2/2007, de 15 de Marzo, de Sociedades Profesionales prevé con carácter imperativo<sup>1</sup> que la sociedad profesional es el instrumento jurídico adecuado para ejercer una actividad o actividades profesionales en común. Siendo sus principales características a los efectos que nos ocupan, las siguientes:

---

<sup>1</sup> la Ley prevé un período de un año para la adaptación de las sociedades constituidas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor y a las que fuera de aplicación la Ley.

1º) 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.

2º) Las sociedades deberán tener por objeto único y exclusivo la actividad profesional de que se trate.

3º) El socio profesional de las sociedades profesionales con independencia de su grado de participación en el capital social responderá “ab initio”<sup>2</sup>.

La disposición adicional quinta de la Ley 2/2007 prevé en cuanto al régimen de la seguridad social de los socios profesionales que se estará “a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados”. Se mantiene, pues, la opción entre la inclusión en el RETA o en la mutualidad de previsión social reconocida como alternativa.

La nueva regulación de las sociedades profesionales introduce elementos singulares y que dotan a esas sociedades de una especificidad que las aleja en algunos aspectos de las sociedades civiles o capitalistas comunes, aún sin modificar su naturaleza jurídica.

Así, por ejemplo, es relevante la introducción del Régimen de responsabilidades del art. 11.2 de la Ley 2/2007, donde se rompen nítidamente las notas del art. 1.1 del ET, en especial la ajenidad, calificadora del contrato de trabajo. Se hace necesario, por tanto, actualizar sus consecuencias en el ámbito de la seguridad social.

---

<sup>2</sup> “de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales 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” (art. 11.2 de la Ley 2/2007, de 15 de Marzo).

Conforme al citado art. 11.2 de la Ley, “de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales 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 dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional”, tal cosa se presumirá “cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación” (D.A.2ª).

Como es fácilmente perceptible, estamos 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 consumidor 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 al profesional que los prestó como, lo más lógico, contra ambos para exigir la totalidad de la deuda contraída.

Desde el punto de vista laboral, la previsión es doblemente interesante: 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, la responsabilidad solidaria respecto de las deudas derivadas de su actuación profesional en el seno de la sociedad profesional.

Por ello, debería incorporarse al criterio, la no exigencia a los socios profesionales de una sociedad profesional, sea personalista o capitalista, su encuadramiento en el

régimen general de seguridad social, y ello sea cual sea su participación en el capital de la sociedad.

#### **7.- PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD**

Por último, deben considerarse especialmente aquellas situaciones en las que concurra el requisito de pluriempleo o pluriactividad, con el tratamiento específico y con el alcance que en cada caso proceda, ya que el pluriempleo únicamente afecta a trabajadores por cuenta ajena, de ahí que nunca pueda darse en el Régimen especial de trabajadores autónomos, y sólo cuando las distintas altas se producen en el mismo Régimen, mientras que la pluriactividad puede afectar, tanto a trabajadores por cuenta propia como a trabajadores por cuenta ajena y a diferentes Regímenes de la Seguridad Social.

#### **8.- JURISPRUDENCIA**

Y, en fin, respecto a las Sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en procedimientos para la unificación de doctrina, y que se citan en el Criterio Técnico 62/2008, se ha de señalar se refieren a centros odonto–estomatológicos, los cuales tienen una estructura y funcionalidad muy distinta de los demás centros asistenciales, o de laboratorios farmacéuticos, debiéndose hacer notar que, en sentido contrario, se dictó la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de de 22 de enero de 2001, dimanante del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 1860/2000, en sentido inverso al establecido en el Criterio Técnico y, curiosamente habiendo sido contratado el facultativo primeramente mediante contrato laboral y, posteriormente, habiendo sido dejado sin efecto dicho contrato laboral, por mutuo acuerdo de las partes, mediante la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento de servicios civil, y declarándose que la vinculación entre el facultativo y la empresa es la propia de un contrato civil de arrendamiento de servicios.