

Trabajo Fin de Grado

Modalidades de regulación jurídica laboral de la
profesión sanitaria

Autora

Cristina Cara Izuel

Director

Don Rafael Álvarez Gimeno

Facultad de Derecho
2020/2021

Contenido

LISTADO DE ABREVIATURAS:.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	4
1.2. OBJETIVOS DEL TRABAJO	4
1.3. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO	5
II. MODALIDADES DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA	5
2.1. MODELO ESTATUTARIO	5
2.2. MODELO LABORAL EN CENTROS SANITARIOS PÚBLICOS	12
2.3. MODELO LABORAL EN CENTROS SANITARIOS PRIVADOS	13
2.4. MODELO POR CUENTA PROPIA O COMO AUTÓNOMO EN CENTROS SANITARIOS PRIVADOS	15
III. COMBINACIÓN DE MODELOS	17
3.1. PÚBLICO-PRIVADO	17
3.2. PRIVADO-PRIVADO	20
3.3. FIGURA DEL “FALSO AUTÓNOMO”	24
IV. ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DICOTOMIA DE LOS ESTATUTARIOS QUE PRESTAN SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS:.....	30
V. CONCLUSIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA	35

LISTADO DE ABREVIATURAS:

Ad. – Adicional

Art. – Artículo

CC – Código Civil

CE – Constitución Española

Disp. – Disposición

ET – Estatuto de los Trabajadores

INE – Instituto Nacional de Estadística

IRPF – Impuesto sobre la renta de las personas físicas

LET – Ley del Estatuto de los Trabajadores

LGSS – Ley General de la Seguridad Social

LIPAP – Ley Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas

LOPS – Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias

MEL – Médico de Ejercicio Libre

MIR – Médico Interno Residente

Núm. – Número

Pág. – Página

Págs. – Páginas

RD – Real Decreto

Rec. – Recurso

RETA – Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

RGSS – Régimen General de la Seguridad Social

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Vol. – Volumen

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Según los últimos datos del INE¹, en España, el número de médicos colegiados ha ido en aumento durante los últimos 10 años, pasando de estar colegiados 219.031 en 2009 a 260.588 en 2018, lo que nos muestra la importancia de esta profesión y aún más si cabe en la actualidad, con la pandemia que está azotando a nuestra sociedad. La colegiación es una condición indispensable para estos profesionales para poder desarrollar su profesión, la cual se realiza mediante una regulación laboral que puede tener diferentes formas, y cada una de ellas con una serie de características, que es conveniente que sean conocidas por cada profesional.

Este trabajo tratará de explicar en qué consisten todas las características de las distintas formas jurídicas que puede revestir la prestación de sus servicios profesionales, la combinación de varias formas e incluso se estudiará la figura del llamado “falso autónomo”.

Obviamente, en función del tipo de relación que mantienen los médicos con su empleador se derivarán distintos derechos y deberes para las partes.

Por último, se ha de advertir de la especial situación de los facultativos que, por un lado, prestan servicios para los Servicios Públicos de Salud, y por otro, trabajan en el ámbito privado, ya sea en una consulta propia o en clínicas o centros médicos que no pueden considerarse de su propiedad.

1.2. OBJETIVOS DEL TRABAJO

Los objetivos que se pretenden conseguir durante la realización de este trabajo son los siguientes:

- Identificar las principales características que los profesionales médicos tienen en el desempeño de sus funciones propias cuando realizan un trabajo para el sector público, regulado dicho trabajo por el Estatuto Marco del personal estatuario de los servicios de salud.

¹ Instituto Nacional de Estadística

- Identificar las características de las relaciones laborales para los médicos en el ámbito privado.
- Identificar las características laborales para los médicos cuando ejercen su profesión en el ámbito privado por cuenta propia o como autónomos, acogidos al RETA (Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos).
- Analizar las figura del llamado “faso autónomo”, en la sanidad privada.
- Analizar las situaciones en las que estos profesionales compatibilizan trabajos en el sector público y privado, indicando cómo son considerados por la normativa laboral y de Seguridad Social.

1.3. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO

La metodología que se pretende emplear para realizar este trabajo es la siguiente:

En una primera fase, se llevará a cabo una lectura de la distinta normativa que nos permita conocer las distintas características de las modalidades de regulación laboral que existen actualmente en la legislación española, para que los profesionales médicos desarrollen su profesión.

En una segunda fase, se llevará a cabo un estudio, mediante el análisis de sentencias judiciales, artículos e investigaciones sobre el tema, de las posiciones mantenidas por la jurisprudencia y la doctrina judicial sobre cuáles son las notas características que definen la relación laboral y estatutaria, de los profesionales médicos.

II. MODALIDADES DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Los profesionales médicos que prestan sus servicios a los demás, pueden desarrollar su profesión mediante los modelos de regulación laboral siguientes:

2.1. MODELO ESTATUTARIO

Este modelo es el propio de los médicos que trabajan en establecimientos sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud que forman el Sistema Nacional de Salud. Es un modelo heredado del antiguo INSALUD, y ahora es competencia de las Comunidades Autónomas. Se rige básicamente por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre,

del Estatuto Marco del personal estatuario de los servicios de salud, y por disposiciones de las respectivas Comunidades Autónomas en la medida que hayan sido delegadas y, subsidiariamente, son de aplicación los contenidos del Estatuto Básico del Empleado Público en aquellos casos donde no se especifique nada por parte del Estatuto Marco.

Por tanto, es personal estatutario sanitario el que presenta esta condición en base al nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud.

Es necesario prestar especial atención a los distintos tipos de estatutarios que existen: estatutarios fijos o los estatutarios temporales, cuyo grupo se divide en estatutarios interinos, estatutarios por sustitución y estatutarios eventuales.

Comenzando por los estatutarios fijos son aquellos que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

La condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los requisitos mencionados a continuación:

- a) Superación de las pruebas de selección.
- b) Nombramiento conferido por el órgano competente.
- c) Incorporación, previo cumplimiento de los requisitos formales en cada caso establecidos, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria.

En base a lo establecido en el párrafo b), no podrán ser nombrados, y quedarán sin efecto sus actuaciones, quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.

La falta de incorporación al centro o servicio durante el plazo establecido, cuando sea imputable al interesado y no obedezca a causas justificadas, producirá el decaimiento de su derecho a obtener la condición de personal estatutario fijo como resultado de este proceso selectivo.

Frente a lo anterior, las causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo son:

- a) La renuncia.

- b) La pérdida de la nacionalidad considerada para el nombramiento.
- c) La sanción disciplinaria firme de separación del servicio.
- d) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y, en su caso, la especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión.
- e) La jubilación.
- f) La incapacidad permanente.

En cuanto a los estatutarios temporales, son aquellos que por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

Comenzando por los estatutarios interinos, su nombramiento se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará su cese cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

Respecto a los estatutarios por sustitución, su nombramiento se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que supongan la reserva de plaza.

Se acordará el cese cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

Por último, el nombramiento de los estatutarios de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b) Cuando sea esencial para asegurar el funcionamiento permanente y continuado de los establecimientos sanitarios.
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese cuando se produzca la causa o venza el plazo que se determine expresamente en su nombramiento, o cuando se supriman las funciones que lo motivaron en su momento.

Si se diera lugar a más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios durante un tiempo acumulado de 12 o más meses durante un período de dos años, se realizará el estudio de las causas que lo motivaron, para determinar, si procede la creación de una plaza estructural dentro de la plantilla del establecimiento, en su caso.

En función de su dedicación, los estatutarios, ya sean fijos o temporales, pueden serlo a tiempo completo, cuando realizan la jornada de trabajo completa, o a tiempo parcial, si prestan servicios únicamente durante un porcentaje de aquella; en este sentido, interesa señalar que el art. 60.2 de la Ley 55/2003 impone que los estatutarios a tiempo parcial no puedan superar el 75% de la jornada ordinaria, pudiendo las Comunidades Autónomas establecer un tope inferior, pero no superior.

Al margen de lo anterior, es importante explicar sus particularidades más importantes en materia de: derechos y obligaciones; representación y negociación colectiva; y jornadas y permisos.

Comenzando por las particularidades de los derechos y las condiciones laborales individuales del personal sanitario estatutario, cabe destacar las siguientes cuestiones:

- a) El derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación. Esto entronca a su vez con los complementos retributivos ligados a la carrera profesional, muy demandada durante años por los sindicatos y consagrada en el art. 40 Ley 55/2003².
- b) Tienen los derechos y garantías propias de los empleados públicos de cara al régimen sancionador, lo que supone que se les aplican principios y procedimientos más garantistas que los inherentes con carácter general a los trabajadores del sector privado.
- c) Disfrutan de los permisos, excedencias y medidas de conciliación propias del empleo público, lo que supone una considerable ventaja respecto de los sanitarios del sector privado.

² PÉREZ GÓMEZ, J.M. y PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen jurídico del personal estatutario del sistema nacional de salud”, en *Derecho Social*, Vol. 13, núm. 2, pág. 205, Julio - Diciembre de 2005.

d) El art. 46 Ley 55/2003 define el tiempo de trabajo como “el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones”, así como el “los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro”. A medio camino entre el trabajo efectivo y el periodo de descanso se encuentran los “periodos de localización”, en los que el personal se encuentra “en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicios efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir”.

La jornada ordinaria en los centros sanitarios se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según en cada caso sea procedente. Además, a través de la programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En cuanto a la jornada complementaria, se desarrollará en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro, cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios. Lo máximo que puede durar conjuntamente los tiempos de trabajo que corresponden a la jornada ordinaria y a la complementaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo como promedio en cómputo semestral, excepto que mediante acuerdo o convenio colectivo se determine otro cómputo, “excluyendo de dicho límite los periodos de localización”.

Además, el tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas. Sin embargo, a través de la programación funcional de los centros se establecerán jornadas de un máximo de 24 horas para servicios concretos o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando lo aconsejen razones organizativas o asistenciales. En estas situaciones, como mínimo, los periodos de descanso ininterrumpido deberán ser ampliables en concordancia con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical en los servicios de salud y con la progresividad correspondiente para compatibilizarlos con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por éstas. El personal sanitario tendrá derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente.

Por último, el personal estatutario tendrá derecho a disfrutar del régimen de fiestas y permisos que se establezca en el ámbito de cada una de las comunidades autónomas, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, determinado para los funcionarios públicos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y por la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El incumplimiento de dicho compromiso implicará la devolución por el interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso.

En cuanto a los derechos colectivos del personal estatutario, atendiendo a la Constitución y a la legislación aplicable, interesa destacar las siguientes cuestiones:

a) Los derechos de participación y de representación se rigen por las normas vigentes en el ámbito de la función pública, fundamentalmente lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

b) Se prevé legalmente la existencia de mesas sectoriales de negociación, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, específicas para el sector sanitario público.

c) Aunque existe el derecho a la negociación colectiva, esta tiene sus límites dentro del sector público, de manera similar a lo que sucede con los funcionarios. En este sentido, el art. 32.2 RD Legislativo 5/2015 “garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, lo que en la práctica supone que, en caso de dificultades financieras, las administraciones pueden incumplir los compromisos económicos y salariales acordados”.

d) A diferencia de algunos empleados públicos, tienen derecho a la huelga y las medidas de conflicto colectivo, aunque estas siempre van a tener que respetar importantes limitaciones, derivadas de la esencialidad del servicio que prestan.

Frente a los derechos, también existen las obligaciones que han de cumplir el personal estatutario sanitario:

- a) Ejercer la profesión o las funciones correspondientes a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, éticos, científicos y deontológicos que sean aplicables.
- b) Mantener actualizados debidamente las aptitudes y conocimientos esenciales para el ejercicio adecuado de la profesión o para desarrollar las funciones correspondientes a su nombramiento, de este modo, los establecimientos sanitarios otorgarán facilidades para el desarrollo de actividades de formación continuada.
- c) Lograr con diligencia las instrucciones que se reciben por parte de sus superiores jerárquicos relacionado con las funciones propias de su nombramiento y colaborar activamente y leal en el trabajo en equipo.
- d) Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios.
- e) Colaborar profesionalmente cuando sea necesario por parte de las autoridades como resultado de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad.
- f) Informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles.
- g) Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, además de no discriminar, incluyendo la condición en base a la cual los usuarios de los establecimientos e instituciones sanitarias accedan a los mismos.
- h) Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones.
- i) Emplear los medios, instalaciones e instrumental de los servicios de salud que beneficien al paciente, con criterios de eficiencia, y evitar utilizarlo ilegítimamente en beneficio de terceras personas o propio.
- j) Cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica o administrativa establecidos en la correspondiente institución, centro o servicio de salud.

k) Cumplir el régimen sobre incompatibilidades, de la que nos ocupamos con cierto detalle en este trabajo.

l) Ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

2.2. MODELO LABORAL EN CENTROS SANITARIOS PÚBLICOS

Aquí se incluyen aquellos sanitarios que prestan servicios en establecimientos sanitarios cuya gestión se realiza bajo la figura de la Empresa pública, ente Público o Fundación, con autonomía de gestión, y sometidos al Derecho Público respecto a propiedad de la Administración. Las relaciones laborales están sometidas al Estatuto de los Trabajadores y al Estatuto Básico del Empleado Público, aunque la regulación concreta se realiza bajo la forma de Convenios Colectivos específicos.

El estudio realizado en este apartado es menos detallado, ya que no es una situación que se de en toda España, sino que tiene lugar en lugares más concretos como es el ejemplo del Convenio Colectivo del Ente Público Hospital de Fuenlabrada, en la Comunidad de Madrid, que es utilizado como referencia para otros convenios y acuerdos. Por tanto, como es un caso muy especial, se menciona para darse a conocer, pero no es motivo de profundización de este trabajo, ya que no tiene una significación muy grande en todo el territorio español.

Por otro lado, también presentan una relación laboral, aunque de carácter especial y dentro de la Sanidad Pública los Médicos residentes, que se rigen por el Real Decreto 1146/2006.

Esta norma se fundamenta en dos bases. La primera es que el artículo 2.1.i) Estatuto de los Trabajadores (ET) contempla la posibilidad de que en el mismo quede incluido “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”. La segunda es que el artículo 20.3.f) y la Disposición Adicional Primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, dirigen un mandato al Gobierno para que regule, mediante Real Decreto, la relación laboral especial de residencia. Con ello, no sólo se da cumplimiento a las directrices que sobre este tema dicta la Unión Europea, sino que se pone fin a la vigencia de la Ley 24/1982, de 16 de junio, sobre enseñanzas sanitarias especializadas, que hasta este momento había sistematizado esta materia.

En primer lugar, es necesario explicar que la residencia es un periodo de formación a la vez que una primera experiencia laboral para la mayoría de los médicos en España, dando lugar a un contrato laboral con características especiales.

Según el Real Decreto 1146/2006, este tipo de contratos tienen una duración de un año y se renuevan cada año hasta la finalización de la residencia, cuya duración máxima será de cuatro o cinco años, en función de la especialidad. La jornada laboral ordinaria estará determinada por el convenio colectivo de los trabajadores, pero no podrá superar las 37,5 horas a la semana. Asimismo, entre turnos el residente debe tener un margen de 12 horas. En el caso de turnos ininterrumpidos de 24 horas, como puede ser durante una guardia, también se aplica el mismo tiempo de descanso. Respecto a las vacaciones, los MIR disponen de las mismas fiestas, permisos y días de descanso que el resto de profesionales, en virtud del Estatuto de los Trabajadores. Ante esto, los médicos deberán sumar los días de libre disposición de cada servicio de salud. El salario depende de cada Comunidad Autónoma aunque todos incluyen un sueldo base, un complemento de grado de formación, un complemento de atención continuada, a lo que se suma un plus en determinadas regiones. Además, tienen derecho a un complemento de viaje si realizan rotaciones externas. Es necesario hacer especial mención a la pérdida de la plaza de los residentes por evaluaciones negativas o el no aprovechamiento de la formación, según establece el nuevo protocolo de evaluación para los MIR publicado por el Ministerio de Sanidad.

2.3. MODELO LABORAL EN CENTROS SANITARIOS PRIVADOS

En este caso los médicos que trabajan en establecimientos sanitarios privados tienen una vinculación jurídica con su empresario/empleador de tipo laboral, mediante un contrato de trabajo, trabajo por cuenta ajena.

Los profesionales sanitarios, que llevan a cabo el ejercicio por cuenta ajena, tienen derecho a ser informados de sus funciones y tareas, así como de los objetivos determinados en su unidad y centro sanitario, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos. También tienen la obligación de ejercer la profesión con eficacia y lealtad, y a mantener debidamente actualizados los conocimientos necesarios para el correcto ejercicio de la profesión y tienen derecho al sistema de desarrollo profesional y la carrera establecidos en la propia Ley.

Los trabajadores por cuenta ajena están incluidos dentro del ámbito del Derecho Laboral, en especial en el Estatuto de los Trabajadores y los distintos Convenios Colectivos que resulten de aplicación. Por tanto, en este apartado es esencial destacar los aspectos más importantes del último Convenio Colectivo del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón, especialmente en las cuestiones relativas a la contratación y al tiempo de trabajo. Dicho Convenio será de ámbito autonómico, comprendiendo la Comunidad Autónoma de Aragón, además de incluir en éste todos los establecimientos de trabajo referidos en su ámbito funcional emplazados en la comunidad mencionada.

En este Convenio se clasificarán al personal trabajador en cuatro grupos profesionales atendiendo a las funciones desarrolladas por cada uno de ellos: Personal de dirección o supervisión, personal de servicios asistenciales, personal de servicios administrativos y personal de servicios diversos. Respecto a la contratación, para el ingreso al trabajo se establecerá por escrito un período de prueba, recogido en el art. 21 del mismo Convenio, el cual no podrá exceder de seis meses para el grupo I (titulados superiores), dos meses para el grupo II (titulados de grado medio), un mes para los grupos III (técnicos titulados y técnicas tituladas) y IV (auxiliares y ayudantes); y 15 días para el grupo V (subalternos, subalternas y aspirantes). Además, no podrá ser superior a la tercera parte de la duración total del contrato para los contratos temporales.

Las empresas incluidas dentro del ámbito del Convenio podrán contratar en la modalidad de prácticas, a tenor de lo establecido en el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones reglamentarias que lo desarrollen, teniendo en cuenta las siguientes especificaciones: el periodo de prueba se ajustará al comentado art. 21 del Convenio y la retribución será del 80% para los seis primeros meses y del 100% para el resto de la vigencia del contrato. Nos encontramos ante una especialidad muy importante, en tanto el art. 11 habla de un 60% el primer año y un 75% el segundo. También podrán contratar para la formación en base al artículo 11.2.a del Estatuto de los Trabajadores, y teniendo en cuenta las siguientes especificaciones: se podrá celebrar con mayores de dieciséis años y menores de veinticinco años que carezcan de titulación requerida para realizar un contrato en prácticas; la duración mínima será de seis meses y la máxima de dos años; y la retribución será del 70% del salario durante el primer año de formación y del 80% durante el segundo. Además, existe la posibilidad de acudir a

otras modalidades contractuales como son el contrato por obra o servicio, los contratos eventuales, los contratos a tiempo parcial, los interinos y, por supuesto, los indefinidos.

La jornada máxima de trabajo se establece para el periodo de vigencia del convenio en 1.719 horas efectivas año. Durante la vigencia de este convenio se pactan cuatro días libres a elección del trabajador, no computables a efectos de jornada máxima anual, y supeditados dos de ellos a las necesidades del servicio. Han de solicitarse dentro de los 30 días naturales anteriores a su disfrute y como mínimo 7 días naturales antes de su disfrute. La empresa dará respuesta en las 72 horas antes del disfrute de la solicitud. De no producirse, el permiso se entenderá concedido. El exceso de jornada se aplicará mediante días de descanso a determinar por la dirección de la empresa. Una vez atribuidos los días de descanso en aplicación de la jornada, si todavía hubiera un exceso de horas de trabajo, estas se podrán compensar retributivamente o bien mediante descanso inferior a la jornada.

2.4. MODELO POR CUENTA PROPIA O COMO AUTÓNOMO EN CENTROS SANITARIOS PRIVADOS

En este caso los médicos que trabajan en establecimientos sanitarios privados tienen una vinculación jurídica de tipo no laboral, civil o mercantil: en régimen de trabajo autónomo, o por cuenta propia o en régimen de sociedad, mediante contrato civil de arrendamiento de servicios. Por lo que será una relación con sus clientes, ya sean éstos personas físicas o jurídicas.

Asimismo, los profesionales que ejerzan exclusivamente por cuenta propia podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional previsto en la Ley a través del procedimiento fijado en la misma, debiendo superar las mismas evaluaciones que se establezcan para quienes presten servicios por cuenta ajena.

En este apartado nos centraremos en los médicos que ejercen la medicina privada de forma exclusiva y claramente por cuenta propia (consulta privada propia), en tanto en el capítulo siguiente se tratarán los casos en los que concurren el ejercicio público y privado, ya sea éste último en una consulta propia, en un centro médico privado o en una clínica u hospital privado.

El concepto se recoge en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, a cuyo tenor son trabajadores autónomos “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de

organización y dirección de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

El trabajador autónomo actúa en propia utilidad patrimonial. De ello deriva que los frutos del trabajo se integran automáticamente y que es éste quien asume los riesgos del trabajo. Como consecuencia, ha de considerarse autónomo al médico que haga suya la utilidad patrimonial de su actividad profesional, con independencia de que trabaje directamente para una clientela o con la mediación de una entidad aseguradora o sanitaria con la que se haya establecido un contrato mercantil/civil.

La Ley del Estatuto del trabajo autónomo se encuentra indiferente ante la calificación de un trabajador como autónomo “común” la circunstancia de que éste tenga o no tenga trabajadores (dependientes) a su servicio. Está clara la compatibilidad entre la condición de trabajador autónomo “común” y la de pequeño empresario o empleador. De este modo, la circunstancia de que la nueva Ley permita al autónomo común tener trabajadores a su servicio, unido a que prohíbe expresamente sólo al autónomo económicamente dependiente la celebración de contratas o subcontratas, permite entender que el citado autónomo común sí podrá contratar o subcontratar toda o parte de la actividad comprometida con el cliente predominante o con otros posibles; este hecho puede corroborarse en el art. 3.g de la Ley 32/2006, que prevé el supuesto del trabajador autónomo que emplee trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso “tendrá la consideración de contratista o subcontratista” a los efectos de la citada Ley.

El “estatuto” jurídico del médico autónomo está formado por un conjunto de derechos y de deberes, tanto relativos a su actividad profesional, como a su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social. Centrándonos en estos últimos, la Ley del Estatuto del trabajo autónomo reconoce expresamente el derecho “a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social” (art. 4.3.h y art. 23).

Sin embargo, en muchas ocasiones, existen relaciones que han dado lugar a confusión respecto a su calificación jurídica, en otras palabras, que no se haya delimitado legalmente de forma clara la figura del profesional sanitario no sujeto a contrato de trabajo ha propiciado pronunciamientos judiciales y administrativos dispares, presentando una situación muy dudosa y contraria al principio de seguridad jurídica en base al artículo 9.3 de la Constitución Española. Ante esto, la Ley del Estatuto del trabajo autónomo se presenta, como indica expresamente en su Exposición de Motivos,

eliminar las “zonas fronterizas grises” entre las modalidades de trabajo autónomo y trabajo dependiente, delimitando sus correspondientes ámbitos de aplicación.

Los médicos por cuenta propia, desde el punto de vista de la Seguridad Social, se pueden encuadrar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en una Mutuality de Previsión alternativa, pues entrarían dentro del colectivo al que se refiere el art. 305.2 g) LGSS y la Disposición Adicional 18ª del mismo texto normativo. Concretamente, este sistema de protección alternativo de carácter privado es la Mutual Médica.

III. COMBINACIÓN DE MODELOS

3.1. PÚBLICO-PRIVADO

De este modo, se puede dar la opción de que aquellos que desempeñan su actividad en la sanidad pública puedan combinar dicha actividad realizando una segunda en la sanidad privada. No obstante, para poder llevar a cabo dicha combinación se deben cumplir determinados requisitos recogidos en nuestra legislación, más concretamente en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, como se ha mencionado anteriormente. En principio, el artículo 76 de dicho Estatuto Marco indica que se aplicará con carácter general el régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos al personal estatutario, regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, conocida como Ley de Incompatibilidades.

De este modo, se resaltan los siguientes principios y criterios de ordenación del régimen estatutario:

- la transparencia de los intereses y actividades privadas como garantía de la preferencia del servicio público
- la dedicación prioritaria al servicio público

Con ello se trata de reflejar la exclusividad y prioridad, que se aplica como regla general en el régimen retributivo y en el régimen de incompatibilidades del personal sanitario.

El personal sanitario que ejerza su actividad en hospitales de la Seguridad Social en régimen de jornada ordinaria podrá llevar a cabo, adicionalmente y, solicitando al efecto el respectivo reconocimiento de compatibilidad, una actividad sanitaria de carácter

privado, a excepción de si percibe complemento de especial dedicación o cualquier otro de naturaleza similar.

Así pues, en base a lo recogido en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, no se permitirá el reconocimiento de compatibilidad cuando se perciba el complemento retributivo en base al *factor incompatibilidad*³. Sin embargo, en el artículo 16.4 se presenta la opción de reconocer la compatibilidad al personal que obtenga un complemento específico cuya cuantía no sea superior al 30 por ciento de la retribución básica⁴. No obstante, acudiendo a lo mencionado previamente, el artículo 77 del Estatuto Marco establece la opción, solamente para aquel personal licenciado sanitario, de renunciar al complemento específico para obtener una situación de compatibilidad, si bien son las disposiciones reguladoras de cada servicio de salud las que han de concretar los términos para llevar a cabo esta renuncia y acceder a la compatibilidad, lo que abre la posibilidad a que haya diferencias entre los médicos de las distintas Comunidades Autónomas. En Aragón esta materia se regula en la Orden de 27 de marzo de 2006, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se regulan los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para hacer posibles la acreditación y la renuncia a las diferentes modalidades de Complemento Específico del personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud.

Por tanto, el personal licenciado sanitario puede compatibilizar la medicina privada con su puesto en el Servicio Público de Salud, siempre que renuncie al complemento específico y cumpla con las exigencias establecidas por el servicio de salud al que pertenecen.

No obstante, existen otros supuestos recogidos en la Ley que dan lugar a otras situaciones de incompatibilidad, los cuales son:

- No podrá ejercer actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado el funcionario en servicio activo, tal y como indica el artículo 11 Ley de

³ A propósito de todo este asunto, conviene tener en cuenta la STS de 5 de diciembre de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), que indica que no todos los “complementos específicos” que tienen los empleados públicos deben considerarse automáticamente como complementos que llevan implícita la incompatibilidad, sino que es necesario atender si a la hora de asignar dicho complemento en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) se tuvo en cuenta y se recogió expresamente el factor de incompatibilidad.

⁴ Parte de las retribuciones que se reconoce legalmente a todos los funcionarios públicos en razón del grupo de titulación que les corresponde y de su antigüedad en el servicio, si bien el art. 16 de la Ley de Incompatibilidades excluye la retribución por antigüedad de cara al cómputo de ese 30%.

Incompatibilidades, dando lugar a la llamada incompatibilidad funcional. La separación persigue el fin de asegurar y proteger el buen funcionamiento de la Administración.

- Dicho personal no podrá ejercer actividades privadas en los asuntos en los que esté interviniendo, haya intervenido en los últimos dos años o tenga que intervenir por razón del puesto público, en atención al artículo 12 Ley de Incompatibilidades. Se incluyen en esta incompatibilidad, especialmente, las actividades profesionales que prestan a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
- Por otro lado, las demás actividades privadas (profesionales, mercantiles, laborales o industriales) requieren compatibilidad, en base al art. 14 LIPAP.
- También estarían las actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades, destacando el caso de las “derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley”.
- Atendiendo a la Disposición Adicional 4ª de la Ley 53/1984, y relacionándola con los puestos de dirección de hospitales, se establece que la dirección de los distintos centros hospitalarios se realizará en régimen de plena dedicación sin posibilidad de compatibilizar esta función con alguna otra de carácter público o privado.⁵
- El artículo 11 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, que desarrolla la Ley de incompatibilidades, determina incompatibles las actividades que tienen carácter privado pero su prestación se realiza en régimen de colaboración o concierto con la Seguridad Social.

De todas formas, la autorización de compatibilidad ha de solicitarse previamente al desempeño de la segunda actividad.

El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades se encuentra tipificado como falta grave o muy grave en el Estatuto Marco, con la correspondiente sanción disciplinaria que en cada caso se impondrá al facultativo incumplidor. De este modo, el RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (1986/8995), establece como infracción muy grave (art. 6) “el incumplimiento de las normas sobre

⁵ <http://www.lexsanitaria.com/el-pluriempleo-en-la-sanidad/>

incompatibilidades”. Y como infracción grave (art. 7) “el incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad”. Además, en virtud del artículo 20 LIPAP: “el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación, sin perjuicio de la ejecutividad de la incompatibilidad en que se haya incurrido”.

En conclusión, podrá darse la combinación de una persona trabajando para el sector privado y para el sector público, aunque con importantes excepciones y matices.

3.2. PRIVADO-PRIVADO

Tal y como se ha dicho previamente, el personal médico al servicio de establecimientos, instituciones u organizaciones privadas, rigiéndose por el principio de libertad de opción del régimen que ha de regular los correspondientes contratos (opción de la que no sólo se derivará el entramado de derechos y deberes de las partes sino también el encuadramiento procedente a efectos de protección social), puede establecer estos dos tipos de vinculación jurídica:

- Laboral: mediante contrato de trabajo.
- No laboral (civil o mercantil): en régimen de trabajo autónomo (o por cuenta propia) o en régimen de sociedad, mediante contrato civil de arrendamiento de servicios.

Todo esto aparece recogido en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, más concretamente en el Título IV: “Del ejercicio privado de las profesiones sanitarias”. La distinción entre los casos que quedan enmarcados en el Derecho del Trabajo y los que se sitúan al margen de él es, no obstante, labor con frecuencia difícil, debido a la atenuación de alguno de los criterios distintivos clásicos (la dependencia) y la posibilidad de que en una misma relación concurren factores de laboralidad y de no laboralidad. Dicha Ley considera como posibilidades dentro del “ejercicio privado de las profesiones sanitarias”, tanto la “prestación de servicios por cuenta ajena” (art. 41) como la “prestación de servicios por cuenta propia” (art. 42). Ante esta doble posibilidad jurídica, la Ley no pone énfasis en profundizar cuáles son los tipos contractuales que corresponden a cada una de esas opciones, limitándose a señalar que “la prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá efectuarse mediante cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico”

(art. 40.2); por lo que se sobreentiende que dichas formas contractuales son las que resultan de aplicación de acuerdo con la naturaleza de la correspondiente relación. La generalidad del mencionado art. 40.2 coincide con la ambigüedad del art. 8.1 de la propia Ley, a cuyo tenor “el ejercicio profesional en las organizaciones sanitarias se regirá por las normas reguladoras del vínculo entre los profesionales y tales organizaciones, así como por los preceptos de ésta y de las demás normas legales que resulten de aplicación”.

Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad exclusivamente a través del ejercicio profesional privado tanto en Centros Sanitarios como por cuenta propia podrán acceder voluntariamente a los procedimientos de reconocimiento del desarrollo profesional con las evaluaciones establecidas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de Recursos Humanos y, oída la Comisión Consultiva Profesional, que señalará los principios y criterios generales para la homologación del reconocimiento del desarrollo profesional en todo el Sistema Nacional de Salud, sobre todo con lo relacionado a las denominaciones de los distintos grados, a los sistemas de valoración de los méritos, a la composición de los Comités de Evaluación y al reconocimiento mutuo de los grados alcanzados por los profesionales de los distintos Servicios de Salud (Art. 38 y 39 de la LOPS).

Se puede dar la situación en los establecimientos sanitarios privados que, manteniendo la relación laboral con dichos establecimientos, están de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos. También existen casos en los que la relación entre estos establecimientos y los profesionales sanitarios no tiene naturaleza laboral, sino mercantil o civil, correspondiendo su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Por tanto, las combinaciones de contratos a las que nos podemos enfrentar pueden ser: dos contratos laborales simultáneos, dos autónomos o uno laboral y otro autónomo.

Así pues, las partes del contrato (profesional sanitario y entidad sanitaria) gozan de libertad para elegir la fórmula jurídica a través de la que han de instrumentar la prestación de servicios profesionales; entendiéndose que la fórmula contractual escogida ha de estar en concordancia con la verdadera naturaleza que tenga el vínculo jurídico contraído, ya que lo contrario significaría emplear un tipo contractual cuando menos erróneo y acaso fraudulento.

Nos encontramos ante situaciones particulares que hay que tener en cuenta, las cuales son:

- a) Los profesionales sanitarios con una consulta alquilada en el establecimiento, frente a la situación común que es que el establecimiento sanitario ofrezca todos los medios, como se ha mencionado anteriormente.
- b) Los profesionales sanitarios que aparecen en las guías de las sociedades médicas aseguradoras, que recogen el establecimiento sanitario donde pasan consulta.
- c) La situación puntual de anestesistas y cirujanos, que participan en determinadas operaciones en clínicas en las que no forman parte del cuadro médico.
- d) Profesionales sanitarios que realizan su actividad en varios establecimientos o en varias sociedades médicas aseguradoras y que se encuentran en sus correspondientes guías, sin que existan los indicios de relación laboral con ellas.
- e) Sociedades médicas contratistas (que presentan una forma jurídica de sociedad mercantil o comunidad de bienes) en establecimientos sanitarios. Hay que atender si se da una situación de fraude de ley en el caso de que la finalidad sea ocultar la relación laboral del establecimiento con los profesionales sanitarios, ya que contratan a éstos con contratos civiles o mercantiles.

Ante estas situaciones, tendrán que valorarse si existe una relación laboral o no y determinar quién es el empresario.

Como se ha dicho anteriormente, los médicos por cuenta propia se pueden encuadrar en el RETA o en una Mutuality de Previsión alternativa.

- Alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA): Por haber iniciado su actividad después del 10 de Noviembre de 1995, fecha de aplicación del RD 2486/1998 que desarrolla la Ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados que compatibiliza ejercicio por cuenta ajena en entidad privada; o en el Sistema Nacional de Salud, renunciando en este último caso al Complemento Específico. Es el régimen de la Seguridad Social al que pertenece todo aquel que lleve a cabo una actividad económica o profesional de forma habitual, directa y personal. Con el RETA prima un sistema de reparto en el que las cotizaciones aportadas no se guardan para uno mismo sino que sirven para pagar las mensualidades de los pensionistas de ese momento.

- La alternativa al RETA es el Seguro del Médico de Ejercicio Libre (MEL): Por haber iniciado su actividad antes del 10 de Noviembre de 1995. Frente al RETA, con la mutua vas aportando dinero de modo que irá incrementando la cantidad con la que una persona contará a la hora de jubilarse, por medio de un sistema de capitalización a través de las aportaciones efectuadas y de la rentabilidad obtenida por los productos de la mutualidad. Desde el 2013 se exige legalmente un nivel mínimo de cobertura, que cubriría: seguro de incapacidad laboral, seguro vida ahorro, de jubilación y de dependencia. Las prestaciones que se den tiene que ser al menos el 60% de cobertura que ofrezca el RETA, o que como mínimo la cuota a pagar sea el 80% de la cuota mínima del RETA. Además, ofrece otras ventajas como es el sistema de capitalización individual, cobro de prestaciones garantizado, cuotas económicas, complemento a la jubilación, compatibilidad de la jubilación con el ejercicio médico, ventajas fiscales, es compatible para socios de sociedades profesionales etc. Además, siempre que se desee se podrá optar por la posterior alta en el RETA sin perder el capital invertido.⁶ Sin embargo, existen algunas desventajas al elegir la mutua: la mutua es un sistema privado (por lo que pueden existir problemas de solvencia) y no suelen tener tantas oficinas ni tantos medios como la Seguridad Social.⁷

La elección de una u otra opción tiene que efectuarse en el plazo antes del inicio de la actividad profesional por cuenta propia. En el caso de que el médico no se inscriba en ninguno, la Ley comprende que, por omisión, estará inscrito en el RETA desde el comienzo de su actividad. Una vez inscrito en el RETA, ya no podrá cambiar a la alternativa autónomos durante el recorrido de su trayectoria profesional en el ejercicio por cuenta propia, no obstante, si elige la Mutua Médica, siempre podrá darse de alta en el RETA en el futuro si le llega a interesar más.

Tras la reforma del Régimen de Autónomos, ahora también es compatible el cobro del 100% de la pensión con el trabajo por cuenta propia en el caso de estar dado de alta en el RETA, aunque solo si el médico acredita tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena; antes del cambio de normativa, solo era compatible con el cobro del 50% de la pensión.

⁶ <https://www.mutualmedica.com/es/seguro-mel>

⁷ <https://loentiendo.com/las-mutualidades-alternativas-al-regimen-de-autonomos/>

Gracias a la mutualidad de los médicos, actualmente muchos sanitarios españoles jubilados del Régimen General compatibilizan el cobro de su pensión completa con el ejercicio privado. Asimismo, una vez el médico tiene la condición de pensionista, en Mutual Médica puede continuar realizando aportaciones a los seguros de la mutualidad para cubrir contingencias como jubilación, invalidez, muerte y dependencia. Y si quiere seguir ejerciendo la actividad privada, a pesar de que los seguros de ahorro para la jubilación hayan llegado a vencimiento, puede llevarse a cabo una ampliación del contrato hasta los 70 años. Además, se permite cobrar un seguro de jubilación que no ha llegado a vencimiento, siempre que haya dejado de ejercer la actividad privada o se haya jubilado, y percibir de ellos los ingresos por actividades económicas.⁸

3.3. FIGURA DEL “FALSO AUTÓNOMO”

Esta figura genera una gran problemática. Esto es así ya que nos encontramos ante un caso diferente en cada situación, debiéndose tratar de forma individualizada, acudiendo al art. 1.1. LET, que establece las notas de laboralidad: retribución, voluntariedad, ajenidad y dependencia. Para encuadrar la relación en el ámbito mercantil o laboral, será la jurisprudencia la que casuísticamente tenga que ir examinando la concurrencia de estos elementos.

El falso autónomo es una figura que, a pesar de tener relación laboral con la empresa, no ha suscrito formalmente un contrato de trabajo y está encuadrado en el RETA de la Seguridad Social. En estos casos el médico en la empresa ejerce como trabajador por cuenta ajena, en términos de total dependencia, retribución y ajenidad. No obstante, formalmente se camuflan bajo contratos civiles o mercantiles y se encuentran sometidos a obligaciones fiscales y de seguridad social que son típicas del trabajador autónomo. Por tanto, se trata de una figura ilegal que desvirtúa totalmente la esencia del trabajo por cuenta propia, buscando el ahorro de costes sociales que la situación fraudulenta conlleva para el empresario. Para identificar la situación del falso autónomo han de darse los criterios que definen la relación laboral con la empresa: la dependencia y la ajenidad en los riesgos y en los frutos. Hay que hacer especial mención de que aunque la relación del falso autónomo con la empresa legalmente es de tipo laboral se está formalizando a través de contratos mercantiles o civiles que podrían ser declarados

⁸ <https://comeca.org/el-medico-puede-seguir-ejerciendo-por-cuenta-propia-una-vez-ha-accedido-a-la-pension-publica-de-jubilacion/>

nulos por la jurisdicción social, ya sea por demanda del trabajador o por medio de la Inspección de Trabajo, al detectar que a efectos prácticos la relación es laboral.⁹

Además, la figura del falso autónomo puede presentar la problemática de fraude de ley. En otras palabras, que un personal sanitario con todas las notas características de la relación por cuenta ajena se encuentre en el RETA; con el fin de que algunos empresarios eviten la protección que el ET da a los trabajadores por cuenta ajena, así como evitar contribuciones al Sistema General de la Seguridad Social, suponiendo ello un gasto para los mismos. Esta práctica encaja perfectamente en la definición de fraude de ley que nos da el artículo 6.4 del Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

De este modo, ante esta situación, el profesional puede demandar en cualquier momento a la empresa mientras dure la relación entre ambos, e incluso, al terminar el contrato dispone de 20 días hábiles para interponer demanda de despido. Si la demanda es interpuesta en la primera situación (existe relación entre ambos), el profesional puede conseguir que se reconozca su relación laboral y acceder a todos los derechos y obligaciones que le otorga el Estatuto de los Trabajadores, e incluso optar a una retribución superior, si el salario determinado por Convenio Colectivo es superior a la que venía percibiendo, y si es inferior, deben mantenerle el salario que tenía; si se demuestra que existía un fraude de ley en la contratación, el contrato pasará a ser contrato laboral indefinido a jornada completa.¹⁰ Por otro lado, si ya ha terminado la relación al interponerse la demanda y se prueba la existencia de una relación laboral, la entidad contratante tendría que pagar la indemnización que corresponda dependiendo de la calificación legal que se dé al despido o al pago de los salarios de tramitación si se opta por la readmisión del trabajador. Al margen de los efectos contractuales, la existencia de un falso autónomo supondrá para la empresa el pago de cuotas a la Seguridad Social del Régimen General de la Seguridad Social con efecto retroactivo hasta 4 años y podría imponerse una sanción por parte de la Administración Laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁹ <https://www.infoautonomos.com/seguridad-social/que-es-el-falso-autonomo/>

¹⁰ MARTÍNEZ MARQUETA, J.P., *El ejercicio privado de las profesiones sanitarias*. Tema 10.12. 2016.

Cabe significar que en el libre ejercicio del derecho a la libertad de empresa manifestado en el artículo 30 de la Constitución Española, empleador y empleado son libres de convenir su relación profesional bien mediante un contrato civil o un contrato de trabajo siempre teniendo en cuenta que la fórmula elegida sea consecuente con la naturaleza de la relación, a fin de evitar contratos erróneos o fraudulentos, que podrían llevar a la nulidad del contrato, además de las posibles sanciones que se les puedan imponer.

Se han analizado determinadas sentencias tratando de buscar las notas que definan el carácter laboral o autónomo de la relación, que como se ha comentado en el principio del capítulo 3.3., serían la retribución, la voluntariedad, la ajenidad y la dependencia.

Los dos primeros requisitos no suelen ser objeto de discusión, pues son pocos los casos en los que haya dudas sobre su concurrencia, siendo más difícil la valoración de los dos últimos, necesitando la intervención de un tribunal para su estudio.

La relación laboral se presumirá existente entre “todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél”, en virtud del artículo 8.1 LET.

Un contrato laboral cabe exigir, no sólo la obligación principal del trabajador (la prestación de los servicios), sino también un trabajo necesariamente subordinado (bajo la dirección del empleador). La deuda del trabajador no finaliza en una prestación, sino que debe ser realizada a partir de las órdenes del empresario.¹¹

En primer lugar, la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual, mencionados en el párrafo anterior.¹²

En cuanto al carácter personalísimo de la relación laboral encontramos que la propia actividad no hace posible la sustitución libremente de un médico por otro¹³.

En cuanto a la dependencia (entendida como situación del trabajador sujeto, en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa) se

¹¹ DE SOTO RIOJA, S., “El contenido de la prestación laboral”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, tomo II, nº 2, págs. 171-210, 1995.

¹² SSTs 13 diciembre 1985.

¹³ STSJ Andalucía (Málaga) 14 noviembre 2018 (rec. 927/2018).

considera que hay indicios claros de ella cuando la prestación de los servicios médicos tiene como finalidad atender a la clientela de una empresa o mutua (es decir, la clientela es del establecimiento y no del profesional sanitario), el servicio se desarrolla en un local y con medios materiales y humanos que son propiedad de la empresa, el médico asiste en un horario marcado por la empresa, y ha sido programado por éste, aunque sea de manera indicativa y no imperativa, y, en sentido contrario, cuando los médicos no hacen guardias, establecen su agenda, tienen la posibilidad de modificar o anular citas, no están sujetos a horario ni jornada de trabajo, no tienen plan de vacaciones y no están sometidos a las instrucciones de la empresa¹⁴. En otras palabras, no es necesaria la imposición a jornada laboral si el profesional sanitario se obliga a prestar dicho servicio en el horario de apertura al público de la clínica durante el ámbito de organización y dirección del establecimiento sanitario. Por último, el hecho de que el profesional sanitario determine la persona suplente en las situaciones de suplencia no desvirtúa la relación laboral si la decisión no es frecuente, sino ocasional.¹⁵

Cuando el trabajo se hace en la clínica de la empresa, el horario lo asigna la dirección de la clínica, las vacaciones también las asigna la dirección, los medios materiales, consulta, mobiliario, indumentaria, son propiedad de la clínica, el médico no paga luz, agua, teléfono y la clínica paga directamente al médico reteniéndole el correspondiente IRPF, estamos un claro caso de relación laboral.¹⁶

La ley permite al empresario dirigir la prestación de los servicios, controlar su cumplimiento, dictar órdenes y sancionar las transgresiones del trabajador; impone a este último la observancia de las órdenes e instrucciones del empresario, a lo que se llama “unidad de fines del Derecho del Trabajo”.¹⁷

En cuanto a la nota de ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que distinguen la relación de trabajo de otros tipos de contrato. Se ha de decir que ésta no se aprecia cuando se cobra por acto médico realizado, se fijan los precios de cada tratamiento y se asumen los riesgos de la falta de abono de honorarios¹⁸.

¹⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 11 noviembre 2004 (rec. 1488/2004).

¹⁵ Criterio técnico núm. 62/2008 sobre régimen de Seguridad Social aplicable a profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados.

¹⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) rec. 943/2003 de 16 junio 2003.

¹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, pág. 59, 1966.

¹⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 14 noviembre 2018 (rec. 927/2018).

Existe cuando el empresario se adueña *ab initio* de los frutos del trabajo, es decir, que es el empresario el que comercializa el producto y obtiene los rendimientos, pagando al trabajador por los servicios prestados con la periodicidad pactada por un importe igual al porcentaje determinado de los ingresos efectivos realizados por los pacientes atendidos. Por tanto, es el establecimiento el que se encarga de la gestión de los ingresos de la prestación de servicios de los profesionales sanitarios.

Tampoco se daría esta nota cuando el médico tiene una organización productiva propia y autónoma, o cuando los servicios son prestados de forma independiente y espontánea¹⁹, pero habrá ajenidad cuando se emplean los medios y utensilios que el establecimiento sanitario pone a su disposición.

Otro indicio sería si las decisiones referentes a las relaciones con el público o de mercado son tomadas por el establecimiento, como pueden ser la determinación de los precios, la selección de los clientes, entre otras. Es decir, es el empresario (y no el trabajador) el que adopta dichas decisiones concernientes²⁰.

Además, relacionado con lo que se comentará a continuación, la retribución periódica o fija es señal de ajenidad.²¹ Si la retribución por acto médico se basa en un porcentaje pactado sobre la facturación cobrada por el establecimiento a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, es un sistema retributivo similar al salario a comisión.

Para resumir, se han formulado hasta cuatro teorías para definir la ajenidad:

- a) Ajenidad en los frutos
- b) Ajenidad en los riesgos
- c) Ajenidad en la titularidad de los medios de producción
- d) Ajenidad en el mercado

Es cierto que hay una amplia variedad de situaciones que se dan en las clínicas sanitarias, existiendo ante ello notas comunes a cualquier relación laboral, con las particularidades correspondientes. Ante esto, tanto la dependencia como la ajenidad son términos de un alto nivel de abstracción que depende de la organización y las actividades llevadas a cabo. Por lo que los indicios mencionados anteriormente sirven

¹⁹ STSJ CyL (Burgos) 872/2005 de 13 diciembre.

²⁰ STS 11 de abril de 1990 y STS 29 de diciembre de 1999.

²¹ STS de 20 de septiembre de 1995.

de aplicación ante dichos casos conflictivos, que en algunas ocasiones son comunes y en otras son específicos de ciertas actividades profesionales.

En relación a la retribución cabe decir que dentro de las profesionales libres, no sólo los médicos, se consideran como indicios contrarios de que existe laboriosidad los siguientes: el percibo de igualas, la percepción de honorarios fijados por indicaciones corporativas, recibir cantidades fijas pagadas directamente por los pacientes, no recibir pagas extraordinarias o retribuciones en los periodos de vacaciones²². Por el contrario, sí que existe laboriosidad si la clínica se compromete a pagar la retribución a los profesionales sanitarios, independientemente de la obtención de beneficios.

Por otro lado, la doctrina judicial consideró durante mucho tiempo la jornada normal en horas y días fijos, la asistencia regular y continuada al lugar de trabajo, la percepción de remuneraciones fijas, la existencia de un control empresarial de quien se reciben órdenes y a quien se da cuenta del trabajo realizado, la incorporación en la plantilla, la exclusividad al servicio de una sola empresa, el encuadramiento del trabajador en la jerarquía de la organización empresarial o la imposición de las normas disciplinarias correspondientes, entre otros. No obstante, en base a los cambios en la organización del trabajo en los últimos años, algunos de estos presupuestos ya no suceden en muchas ocasiones, por lo que la falta de alguno de ellos no debe excluir la calificación de una relación jurídica de servicios como laboral. Es necesario tener en cuenta la siguiente idea: “la determinación de si existe o no relación laboral entre quienes mantienen un vínculo de servicios de carácter profesional depende de las singularidades del caso concreto”, como ha indicado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia núm. 74/2020, de 10 de febrero.

Tal y como se ha dicho anteriormente, hay que centrarse en el examen de las circunstancias fácticas de la prestación de servicios, que constituyen elemento concluyente para determinar si tiene, o no, carácter laboral por cuenta ajena. Es transcendente el examen de cada caso y sus circunstancias concretas, como pone de relieve el Auto del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2011, rec. 4531/09, Auto en el que se declara que la nota de dependencia “se caracteriza por la gradualidad y la presencia a través de meros indicios...”.

²² STS 22 enero 2001 (rec.1860/2000).

La sentencia de 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010, expone: "Procede recordar la doctrina de la Sala sobre la distinción entre el carácter civil o laboral de una relación, contenida entre otras en la sentencia de 12 de febrero de 2008, rec. 5018/2005, que es: "1) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. 2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios recogido en el CC es compatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del mencionado Código a la legislación laboral actualmente vigente" (STS 7 de junio de 1986): en el contrato de arrendamiento de servicios la estructura de la relación contractual es un intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de una remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema objetivo del tipo contractual es un ejemplo del género anterior, el cual consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución asegurada; de manera que cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sujeto a la legislación laboral.²³

IV. ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DICOTOMIA DE LOS ESTATUTARIOS QUE PRESTAN SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS:

En este capítulo se va a analizar qué tipo de regulación laboral corresponde a un médico estatutario de los servicios públicos de salud que trabaje, además, en un establecimiento sanitario privado.

A propósito de esta cuestión, lo primero que se debe tener en cuenta es la inclusión dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) del personal estatutario a tiempo completo por las actividades complementarias privadas que

²³ STSJ Aragón de 27 de Julio de 2011 (rec. 487/2011).

desarrollen, una previsión inicialmente introducida por la Disp. Ad. 15ª de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que posteriormente fue incorporada al art. 305.2 j) LGSS.

Ante esta disposición, en principio referida al encuadramiento de estos médicos en el RETA por su ejercicio privado de la medicina, cabe plantearse si se excluye por completo la posibilidad de que entre los establecimientos privados y estos médicos exista una relación laboral por cuenta ajena o si, por el contrario, es posible que haya entre las partes un contrato de trabajo que se rija por el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa laboral, incluyendo los convenios colectivos, aun cuando el trabajador esté incluido dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Esta cuestión se resolverá con la jurisprudencia y, en su caso, la doctrina científica.

En relación con lo anterior, aunque es escasa la jurisprudencia existente al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Concretamente, la sala de lo social del TSJ considera que la mencionada Disposición Adicional 15ª de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, supone “una exclusión, constitutiva e indirecta, del ámbito jurídico regulador del trabajo por cuenta ajena, efectuada por norma de rango legal, a cuyas consecuencias debe estarse”²⁴. Por consiguiente, a pesar de que la disposición se refiere únicamente al encuadramiento en la Seguridad Social, para el TSJ de Aragón la relación de estos profesionales sanitarios queda en todo caso excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, interpretando que la relación que les une a las entidades privadas con las que colaboran es de naturaleza civil o mercantil, aun en supuestos en los que parece que concurren las notas de ajenidad, dependencia y retribución, propias del contrato de trabajo. No cabe duda de que se trata de una interpretación cuestionable, en tanto amplía el tenor literal de una norma en materia de Seguridad Social en perjuicio de los derechos laborales de estos profesionales sanitarios.

En sentido parcialmente contrario, la STSJ de Galicia de 4 mayo 2018 (rec. 741/2018) hace un uso restrictivo de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 27/2009, limitando la mencionada inclusión en el RETA o, en su caso, en la Mutualidad Médica a los profesionales colegiados. Según esta tesis, las actividades complementarias privadas de algunos estatutarios privados, como el caso de los celadores, puede enmarcarse dentro

²⁴ STSJ Aragón 16 diciembre 2013 (rec. 599 /2013).

del RGSS y, por supuesto, dentro de un contrato de trabajo, siempre que concurren las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia.

A modo de conclusión personal, cabe decir que la Disposición Adicional 15ª de la Ley 27/2009 y el vigente art. 305.2.j) RD Legislativo 8/2015 sólo hacen referencia al encuadramiento obligatorio en el RETA o la Mutuality alternativa, pero no nos indican nada sobre la naturaleza del vínculo contractual, por lo que no se pueden utilizar dichas normas como pretexto para el establecimiento de una relación de prestación de servicios de naturaleza civil, al margen de la regulación laboral, si bien sigue quedando pendiente que este tema llegue al Tribunal Supremo para ver cómo se resuelve definitivamente.

V. CONCLUSIONES

A continuación, se procede a elaborar un listado con las conclusiones recogidas a lo largo de todo el trabajo:

- El profesional sanitario para desarrollar su profesión puede estar, desde el punto de vista laboral y de Seguridad Social, en una pluralidad de situaciones, que obedecen a lo dispuesto por el legislador las características propias de la relación que mantienen con su empleador de las modalidades de regulación jurídica de su actividad.
- Las principales modalidades de regulación jurídica a las que pueden encontrarse los sanitarios, en general, y los médicos, en particular, son el modelo estatuario, el modelo laboral en centros sanitarios privados y el modelo por cuenta propia o como autónomo en centros sanitarios privados.
- El modelo estatutario es el propio de los médicos que trabajan en establecimientos sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud que forman el Sistema Nacional de Salud. Se rige básicamente por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatuario de los servicios de salud, y por disposiciones de las respectivas Comunidades Autónomas en la medida que hayan sido delegadas y, subsidiariamente, son de aplicación los contenidos del Estatuto Básico del Empleado Público en aquellos casos donde no se especifique nada por parte del Estatuto Marco.

- En el modelo laboral los sanitarios que trabajan en establecimientos privados están vinculados con su empleador mediante un contrato de trabajo. En principio, esto sucede cuando la relación se desarrolla bajo las notas propias del art. 1.1 LET. Estos profesionales están incluidos dentro del ámbito del Derecho Laboral, por lo que se rigen por el Estatuto de los Trabajadores y los distintos Convenios Colectivos que resulten de aplicación.
- En el modelo por cuenta propia o como autónomo en centros sanitarios privados, los médicos tienen una vinculación jurídica de tipo no laboral, civil o mercantil: en régimen de trabajo autónomo, o por cuenta propia o en régimen de sociedad, mediante contrato civil de arrendamiento de servicios, y le son de aplicación los derechos y deberes recogidos en la Ley del Estatuto del trabajo autónomo. Desde el punto de vista de la Seguridad Social se encuadran dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o, en su caso, de una mutualidad de previsión alternativa, a diferencia de lo que sucede con el personal estatutario y con los trabajadores por cuenta ajena, que se ubican en el Régimen General.
- La prestación profesional sanitaria se debe instrumentar a través de un contrato de trabajo cuando reúna los caracteres señalados en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; esto es, cuando el profesional sanitario preste voluntariamente servicios retribuidos por cuenta y en el ámbito de dirección y organización de un empresario o empleador. A sensu contrario, dicha prestación podrá instrumentarse legítimamente a través de un contrato civil de arrendamiento de servicios u obras o de una relación societaria cuando no concurren en ella los requisitos de laboralidad, esto es, cuando el profesional no preste un servicio dependiente, remunerado y por cuenta ajena, dándose, por el contrario, las condiciones determinantes de la relación civil o mercantil.
- La figura del “falso autónomo” genera hoy en día una gran problemática, ya que nos encontramos ante un caso diferente en cada situación, debiéndose tratar de forma individualizada, acudiendo al art. 1.1. LET, que establece las notas de laboralidad: retribución, voluntariedad, ajenidad y dependencia. Para encuadrar la relación en el ámbito mercantil o laboral, será la jurisprudencia la que casuísticamente tenga que ir examinando la concurrencia de estos elementos.

- La denominación del contrato es irrelevante, ya que su calificación depende de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.
- El hecho de prestar servicios médicos en un establecimiento sanitario, sean ambulatorios u hospitalarios, de asistencia general o especializada; o en un establecimiento concertado con el Sistema Nacional de Salud; o en un establecimiento propiedad de una compañía aseguradora o de una sociedad médica, no dicen nada en cuanto a la naturaleza de la relación que vincula al profesional con la entidad; esa naturaleza puede ser laboral o civil.
- Existe la posibilidad que los médicos puedan combinar los modelos anteriores pudiendo los del modelo estatutario realizar una segunda actividad complementaria en la sanidad privada, aunque cumpliendo determinados requisitos recogidos en nuestra legislación, lo que normalmente implica renunciar al percibo de parte de sus retribuciones públicas.
- Las combinaciones de contratos a las que nos podemos enfrentar en el ámbito privado pueden ser: dos contratos laborales simultáneos, dos autónomos o uno laboral y otro autónomo.
- Por imperativo legal, el personal sanitario estatutario, cuando realiza actividades complementarias privadas, debe de estar incluido en el RETA o en la mutualidad alternativa correspondiente, pero no se nos indica nada en la norma sobre la naturaleza del vínculo contractual; si bien la doctrina judicial se ha pronunciado en ocasiones a favor del carácter no laboral de estas relaciones complementarias, es este un asunto cuestionable y queda pendiente que llegue al Supremo para su definición.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE MÉDICOS y TITULADOS SUPERIORES, “Regulación laboral del ejercicio médico asalariado en los hospitales madrileños”, en *Revista Madrileña de Medicina*, nº 5, Septiembre de 2013.
- COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE CÁCERES, *El médico puede seguir ejerciendo por cuenta propia una vez ha accedido a la pensión pública de jubilación*, 26 de Junio de 2018. [Disponible en: <https://comeca.org/el-medico-puede-seguir-ejerciendo-por-cuenta-propia-una-vez-ha-accedido-a-la-pension-publica-de-jubilacion/>, última consulta: 28/2/2021].
- DANÉS, J., *Las Mutualidades de profesionales. Una alternativa al régimen de autónomos*, 7 de Marzo de 2020. [Disponible en: <https://loentiendo.com/las-mutualidades-alternativas-al-regimen-de-autonomos/>, última consulta: 22/2/2021].
- DE LA CUADRA VILA, C., “Doble cotización para los médicos de la privada”, en *Diario sanitario*, Julio de 2019.
- DE SOTO RIOJA, S., “El contenido de la prestación laboral”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, tomo II, nº 2, págs. 171-210, 1995.
- INFOAUTÓNOMOS, *Seguridad Social de los Autónomos*, 30 de Enero de 2020. [Disponible en: <https://www.infoautonomos.com/seguridad-social/que-es-el-falso-autonomo/>, última consulta: 20/12/2021].
- MARTÍNEZ MARQUETA, J.P., *El ejercicio privado de las profesiones sanitarias*. Tema 10.12. 2016. [Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:501100/Ejercicio_profesiones.pdf, última consulta: 10/03/2021].
- MÉDICA, M., *La protección que necesitas para empezar a trabajar por tu cuenta*, Julio de 2018. [Disponible en: <https://www.mutualmedica.com/es/seguro-mel>, última consulta: 21/2/2021].
- MOYA, S., *El pluriempleo en la sanidad*, 31 de Marzo de 2012. [Disponible en: <http://www.lexsanitaria.com/el-pluriempleo-en-la-sanidad/>, última consulta: 17/2/2021].

- ORDOÑEZ CASADO, M.I., “Personal estatutario con actividad privada: ¿Autónomo o régimen general?”, En *Revista sindicato y salud*, Noviembre de 2015.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M. y PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen jurídico del personal estatutario del sistema nacional de salud”, en *Derecho Social*, Vol. 13, núm. 2, pág. 205, Julio - Diciembre de 2005.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo subordinado y trabajo autónomo: los nuevos contornos de la dependencia de los profesionales cualificados.”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4/2020, Febrero de 2020.
- RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, pág. 59, 1966.