

*Sociedad de Anestesiología del Uruguay
Sociedad de Cirugía Vasculuar y Endovascular del Uruguay
Sociedad de Cirugía del Uruguay
Sociedad de Ortopedia y Traumatología del Uruguay
Sociedad de Cirugía Plástica del Uruguay
Sociedad Uruguaya de Urología
Sociedad Uruguaya de Cirugía Cardíaca y Perfusión*

*Sociedad de Ginecología del Uruguay
Sociedad Uruguaya de Neurocirugía.
Sociedad Uruguaya de Cirugía Pediátrica
Asociación de Oftalmólogos del Uruguay
Sociedad de Otorrinolaringología del Uruguay
Sociedad Uruguaya de Endoscopia Digestiva*

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ACORDAR EL PAGO DE ACTOS QUIRURGICOS A TRAVÉS DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

A - INTRODUCCIÓN

Ante la propuesta realizada por parte de una I.A.M.C. dirigida a comenzar a remunerar los actos anestésicos o quirúrgicos de los profesionales médicos -actualmente remunerados como parte de la retribución de una relación laboral- bajo la modalidad de facturación en régimen no de dependencia laboral sino de arrendamiento de servicios, se informa a continuación sobre las ventajas y desventajas que puede conllevar dicha modalidad de pago del trabajo médico.

B – RELACIÓN LABORAL VERSUS ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Antes de introducirnos directamente sobre la cuestión planteada resulta oportuno hacer una breve descripción de las normativas aplicables a cada una de estas dos formas de vinculación.

Respecto al contrato de trabajo dice PLÁ RODRÍGUEZ que es *“Aquel por el cual una persona se obliga a prestar una actividad en provecho y bajo la dirección de otra y esta a retribuirla”*, y que se caracteriza porque esa actividad debe ser personal, subordinada, onerosa y durable.

Cuando la relación se enmarca en un contrato de trabajo la misma se encuentra regulada por el Derecho Laboral (y por ende de toda su normativa de orden público, protectora del trabajador).

Por otro lado el contrato de arrendamiento de servicios se entiende como *“una prestación de servicios que se prolonga en el tiempo pero sin que*

exista subordinación”, y el mismo no se encuentra regulado por el Derecho Laboral sino por el Derecho Civil (arts. 1776 del Código Civil y siguientes), y dicha regulación -que es muy sencilla- parte de la base de que cuando hay un contrato de esta clase nos encontramos ante dos sujetos iguales (y no una subordinada a la otra), y por lo tanto rige el denominado “principio de autonomía de la voluntad de las partes”, mediante el cual las partes del contrato pueden pactar válidamente los términos que deseen para ese contratos (a diferencia de lo que sucede cuando el contrato está regulado por el Derecho del Trabajo, en cuyo caso hay una cantidad de regulaciones sobre salarios, horas extras, descansos intermedios, etc., etc., que no pueden cambiarse -en perjuicio del trabajador- por más que las partes pudieran teóricamente acordar el cambio).

Como se advertirá, la diferencia entre uno y otro contrato conlleva consecuencias fundamentales y más que relevantes, pues si estamos ante un contrato de trabajo (y por lo tanto ante una relación laboral) se aplica el Derecho Laboral, con todas sus regulaciones automáticamente protectoras del trabajador, y si en cambio estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios nos encontraremos frente a una regulación de Derecho Civil que parte de la supuesta igualdad de las partes y de la total validez de los que entre ellas se acuerde (aunque sea en perjuicio de quién cumple el servicio ...).

| |
|-----------------------------------------------------------------------------|
| C – SUBSISTENCIA DE LA RELACION LABORAL PESE AL ENCUBRIMIENTO FORMAL |
|-----------------------------------------------------------------------------|

El comprender las diferencias entre una y otra forma de relacionamiento tiene importancia para el caso sobre el que se quiere informar, puesto que resulta usual que los empleadores intenten -principalmente cuando se trata de contratar profesionales universitarios- que sus dependientes acepten ser contratados formalmente como arrendadores de servicios, encubriendo en realidad la mayoría de las veces una relación laboral que debería estar regulada y protegida por toda la normativa del Derecho Laboral.

En el caso al que refiere este informe entendemos que asistiríamos a un ejemplo de ello; es decir, del encubrimiento de una relación laboral bajo la formalidad de un supuesto arrendamiento de servicios, con la peculiaridad de que dicho arrendamiento de servicios viene a sustituir –además sin cambios en

cuanto a la forma de desempeño del médico- una auténtica relación laboral subsistente.

Y bien, a nuestro entender (y recogiendo con ello la gran mayoría de la Jurisprudencia), resulta ilegítimo sostener la posible existencia, al mismo tiempo, de dos tipos de relacionamiento diferentes entre las mismas partes, originados en el mismo tipo de actividad (en el caso de cirujano o anestesista en una I.A.M.C.).

Resulta en efecto insostenible pretender como válida la existencia de dos formas de vinculación jurídica diferentes cuando las mismas refieren a la misma actividad, ya que no caben dudas sobre que los destajos anestésicos o quirúrgicos (los “actos”) se realizan en el caso como consecuencia del accionar en las diversas funciones (policlínica, coordinación, guardia interna, retén) que el médico sigue desempeñando -en estos casos como trabajador- para la empleadora.

No se trata en el caso de una relación diferente o con otro objeto distinto al de la relación laboral subyacente y precedente, sino que los “destajos” se cumplen porque a los pacientes intervenidos se los asistió inicialmente en ocasión del cumplimiento de una relación laboral que existe (en policlínica, en retén, etc.). Así el cirujano o anestesista vio al paciente en policlínica y decidió coordinar su intervención, de manera que esta última (el “acto” anestésico o quirúrgicos) resulta de la actividad desempeñada bajo relación de dependencia.

A estas consideraciones debe sumarse la incompatibilidad de mantener dos regímenes independientes, ya que si el elemento diferencial entre arrendamiento de servicios y relación laboral lo constituye la denominada “subordinación jurídica”, que se exterioriza en su forma mas patente bajo el ejercicio de la potestad disciplinaria, resulta evidente que la misma se mantiene cuando por ejemplo actúa en su atención de policlínica (bajo dependencia) pero también cuando opera bajo un supuesto arrendamiento de servicios, siendo imposible separar dicha subordinación de cuando ejerce una u otra función si se está frente al mismo empleador.

De manera que entendemos que aún cuando la I.A.M.C. y el trabajador pudieren acordar facturar parte de sus tareas que inicialmente se pagaban bajo un régimen laboral, las mismas igualmente siguen siendo tareas de naturaleza laboral, siendo la facturación un encubrimiento formal susceptible de eliminación mediante un accionamiento judicial (o aún administrativo ante el

S.A.Q.

MTSS) que aparejaría la declaración de la naturaleza laboral de los créditos cobrados y la aplicación automática de todos los beneficios para el trabajador y cargas para el empleador que se pretenden eludir mediante este mecanismo.

D - VENTAJAS DE FACTURACION BAJO ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Las ventajas mencionadas por la I.A.M.C. a algunos profesionales referirían principalmente a los beneficios tributarios que tendría para los médicos la facturación de sus destajos como si su relación con la I.A.M.C. no fuera laboral sino de arrendamiento de servicios; beneficios que como veremos son relativos.

1 – Respecto al pago del I.R.P.F.

Básicamente se señala como beneficio para el médico el aspecto tributario. Ello resulta de que al realizarse un supuesto arrendamiento de servicios lo facturado por tal motivo no genera la retención del anticipo del I.R.P.F. que tiene lugar cuando se trata de ingresos en relación de dependencia. En su lugar se retendría un eventual 7% y por otra parte permitiría a aquellos que así tributan que su facturación se tribute mediante I.R.A.E. en lugar de I.R.P.F. Esto último podría tener un impacto real dependiendo de la tributación anual del profesional y en tanto podría disminuir la tasa de aportación del impuesto por las rentas generadas.

2 – Respecto a aportes jubilatorios, Fonasa y FRL.

Por otra parte se menciona el ahorro de aportes jubilatorios, FO.NA.SA y F.R.L.

De estas tres contribuciones especiales de Seguridad Social, únicamente el F.R.L. (que equivale a un 0,125%) sería evitado en su totalidad.

Si bien respecto al ahorro en aportes jubilatorios la fórmula en principio parece atractiva (pues se ahorraría el 15% de los aportes jubilatorios), lo cierto es que para aquellos profesionales que generen ingresos importantes dicho ahorro será inexistente. En efecto, los artículos 7 y 8 de la Ley n° 16.713 establecen tres niveles de aportación, siendo el tercero de ellos voluntario, por lo cual excedido dicho tope y salvo instrucción expresa del trabajador dichos

S.A.Q.

Cerrito 420 Piso 7° Tel: 2916 06 49 Secretaria: 099112606

ahorros no generan aporte. Al mes de abril de 2017 dicho monto es de \$ 146.589 (nominales) , por lo que los salarios de los trabajadores solamente aportan el 15% hasta dicho monto, excedido el cual ya no se realizan descuentos (es decir, no se realizan aportes).

De aplicarse la propuesta para aquellos médicos que ganan sin el destajo montos superiores a los \$146.589 nominales mensuales, la propuesta no cambiaría en nada sus aportes jubilatorios (y por lo tanto no tendrían en este caso ningún beneficio por el rubro).

Por otro lado, para aquellos médicos que excluyendo los destajos percibieran un monto inferior a esos \$ 146.589 nominales mensuales, el ahorro sería de un 15% pero exclusivamente sobre el monto que va desde su salario nominal mensual (excluyendo los destajos) hasta el tope mencionado.

En cuanto al pago del FO.NA.SA., con esta propuesta no se generan cambios sobre el monto aportado, aunque si sobre los anticipos. El FO.NA.SA. tiene como tope el costo de la cápita de salud más un 25% por administración de la misma, por lo cual de superarse el mismo se procede a su devolución, y ello sucede ya sea en relación de dependencia o bajo arrendamiento de servicios.

Lo que si puede habilitarse es la opción de dejar de aportar FO.NA.SA. cuando se haya cubierto la totalidad el aporte anual, lo que evitaría realizar aportes innecesarios que serán devueltos varios meses después. Pero, en definitiva, no habría ningún ahorro (solo la ventaja de no tener que hacer anticipos, aunque igual luego hay que pagar de todas formas).

E - DESVENTAJAS DE FACTURACION BAJO ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

En cuanto a las desventajas del sistema podemos señalar las que se mencionan a continuación.

1 - Riesgo de un mayor (y justo) contralor tributario

Si bien es un riesgo no muy importante el mismo existe y por lo tanto debe ser señalado. Tanto la D.G.I. como el B.P.S. podrían, en el marco de sus facultades inspectivas, determinar que la facturación de los destajos en

S.A.Q.

Cerrito 420 Piso 7° Tel: 2916 06 49 Secretaria: 099112606

realidad constituye un encubrimiento de una relación de dependencia, y en ese marco reclamar contra el contribuyente la totalidad de los tributos eludidos.

Ya ha sucedido (principalmente en relación al B.P.S.) que se presentaran situaciones de este tipo, con la importante indicación de que si bien la I.A.M.C. sería responsable solidaria (en su calidad de agente de retención), en caso de demostrarse el acuerdo entre el profesional y la I.A.M.C. en el cambio del sistema, podría sostenerse que el contribuyente y responsable final sería siempre y en todo caso el profesional.

2 – No aplicación de las regulaciones del Derecho Laboral

Una muy importante consecuencia del cambio en la forma de remuneración del “destajo” consiste en que, a partir de la separación formal (aunque no sustancial) de la relación laboral para pasar a la de arrendamiento de servicios, dejará de aplicarse en forma automática la protección que a todo trabajador otorga el Derecho Laboral.

De hecho para volver a obtener la misma deberá realizarse un accionamiento solicitando a un juez que determine la existencia de la relación laboral también en los “destajos”, todo ello con los riesgos, insitos en todo proceso judicial, de un posible fallo contrario.

¿Cuáles son las consecuencias de la no aplicación de las normas protectoras del Derecho laboral?

Básicamente se trata de que se pierden todos los beneficios de orden público, lo que refiere no solo a aguinaldos, salarios vacacionales, licencias, horas extras, etc., sino también indemnización por despido y en especial ajustes y mínimos salariales. Se pierde entonces el carácter protector del trabajador que establece el Derecho Laboral (pasando a ser formalmente aplicable el Derecho Civil, en el cual la base es que lo pactado entre las partes siempre es válido).

Nos referiremos a continuación los rubros más importantes y sus impactos.

a. Aguinaldo: se pierde un 8,33% del salario mensual.

b. Licencias: en el caso de los médicos se pierden 25 días como base, más 1 día por cada 10 años de antigüedad, y 1 día adicional por cada 4 años de antigüedad (siendo el primero generado a partir del 5° año).

c. Salario Vacacional: es el salario líquido que corresponde al tiempo de la licencia y se percibe antes de gozar de la misma.

Se nos ha dicho que en la propuesta de la I.A.M.C. estos beneficios se prorratearían en el monto a pagar en cada acto facturado. Sin embargo es importante destacar que los rubros de licencia y salario vacacional son variables, ya que dependen de la antigüedad, por lo que aún si fuera cierto y se cumpliera con ello por la I.A.M.C. igual existe el riesgo de la pérdida de dichos incrementos.

d. Indemnización por despido: en cuanto al despido, la indemnización del mismo toma en consideración los pagos variables de los últimos doce meses. De pasar a facturarse los “destajos” y ser el médico objeto de despido en cualquiera de sus variantes, el monto del despido NO incluiría dichos destajos por lo que sin duda se vería sensiblemente disminuido.

c. Ajustes salariales: actualmente los “destajos” cumplidos en relación laboral son incrementados en forma automática de acuerdo a los ajustes que resultan del Grupo 15 del Consejo de Salarios. Ello implica que no debe realizarse ninguna gestión por parte del trabajador para tener derecho a tal aumento, y en caso de incumplimiento de la I.A.M.C. esta se arriesga no solo a obvios juicios que va a perder, sino a multas de la IGTSS o a enfrentarse a despidos indirectos de los trabajadores.

Al pasar el “destajo” a la forma de un arrendamiento de servicios, el mismo se rige por lo que establece el Código Civil, y nada establece el mismo sobre actualización de pagos. Por lo tanto y salvo que hubiere una previsión expresa y escrita pactada entre las partes, no existe un reajuste automático, debiendo negociarse ajuste periódicamente los ajustes de los pagos del “destajo” con las dificultades evidentes que ello conlleva, en particular para médicos que podrían no estar amparados al respecto por su gremio. Es de hacer notar además, que al menos en los últimos años, los incrementos del grupo 15 del consejo de Salarios han sido largamente superiores a las variaciones del I.P.C., por lo que aún si se hubiera pactado expresamente un ajuste por las variaciones del I.P.C., de haberse facturado el “destajo” igual se habría perdido parte importante de dicho incremento.

S.A.Q.

Cerrito 420 Piso 7° Tel: 2916 06 49 Secretaria: 099112606

e. Salario Mínimos: vinculado a lo anterior y como otra faceta del carácter protector del Derecho Laboral, el Consejo de Salarios establece los mínimos a pagar por salarios y categorías, dentro de los cuales figuran los mínimos a pagar por cada destajo quirúrgico de acuerdo a su categoría. Dichos mínimos son infranqueables y por lo tanto imposible de disminuir aun cuando hubiera acuerdo de las partes, al punto que si hubiera un acuerdo el mismo se tiene por no hecho a los efectos del derecho a recibir dichos mínimos.

De pasar los “destajos” a facturación por arrendamiento de servicios dichos mínimos serían de principio inaplicables (para aplicarlos habría que declarar la naturaleza laboral en forma previa), por lo que podría darse que si bien inicialmente los montos fueran los mismos, en el futuro quedarían desfasados, pasando a percibir el médico ingresos por debajo de los mínimos aplicables cuando se trata de una relación laboral. Esta hipótesis ha sucedido históricamente, al punto que aquellos médicos que facturan (I.M.A.ES, clínicas, etc.) han visto desfasadas sus remuneraciones respecto a las de los trabajadores dependientes (al menos hasta que no se ha logrado generar con éxito una nueva negociación).

f. Fechas de cobro: finalmente, en el destaque de las principales desventajas de la facturación, una de las más relevantes refiere a la fechas de cobro. Se trata de que los salarios (incluido el destajo cuando se paga bajo una relación laboral, es decir de dependencia), deben remunerarse dentro de los primeros 5 días hábiles de cada y mes, y en todo caso antes del décimo día corrido. Si se incumple dicha obligación se generan multas para el empleador (10%), más intereses y reajustes automáticos (sin que el trabajador tenga que realizar gestión alguna), y además se habilita al trabajador para denunciar el hecho ante la IGTSS y hasta para considerarse indirectamente despedido si así lo quisiera.

En el caso del arrendamiento de servicios la fecha de pago debe pactarse expresamente, y en caso de incumplimiento de la misma no se genera ningún derecho adicional hasta tanto el profesional no establezca la mora del acreedor (mediante diversos mecanismos posibles), momento a partir del cual recién se generaría el derecho a percibir los intereses por el no pago (aunque sin multas). Asimismo en caso de no pagarse, el profesional deberá iniciar un juicio ordinario por cobro de pesos para poder cobrar lo adeudado, proceso que puede durar fácilmente dos años. Es de destacar que las I.A.M.C. se han caracterizado, ante situaciones complicadas, por postergar a los acreedores civiles (como los posibles médicos arrendadores de servicios), privilegiando

en cambio el pago de los acreedores laborales, justamente por las multas y riesgos que conllevan sobre los primeros.

3 - Debilitamiento de la defensa de los médicos que pueden hacer las Instituciones Gremiales

Finalmente, el pasaje del “destajo” a facturación conlleva en su naturaleza un debilitamiento de la fuerza de las Instituciones Gremiales, y ello por cuanto la negociación necesariamente pasa a ser individual entre el médico supuesto arrendador del servicio y la I.A.M.C.

Desaparece la faceta de negociación mediante convenios colectivos entre el Sindicato y el Empleador. Se tiende además a generar una heterogeneidad de intereses, pues cada trabajador pacta con el empleador términos y condiciones propios y muchas veces diferentes de los restantes, lo que dificulta por sí el accionar colectivo, implicando en definitiva un empobrecimiento importante de la defensa que el Gremio puede hacer de los médicos que lo integran. Finalmente también los derechos son individuales, por lo que los eventuales accionamientos se deben realizar a título personal (y no a título colectivo por parte del Gremio), con el consiguiente aumento para los médicos del peligro de no lograr buenos resultados, más en todo caso la mayor demora e incluso el pago de costos.

F – ALGUNA CONCLUSIÓN

En resumen, se aprecia que si bien puede existir en algunos casos un beneficio económico de la mano de una menor tributación por I.R.A.E. y aportes Jubilatorios, el mismo debe ser analizado caso a caso, ya que en muchas hipótesis ese beneficio puede ser nulo o de carácter muy reducido.

Y por otra parte las desventajas y riesgos del cambio son importantes, destacándose la ya explicada pérdida de la cobertura protectora y automática del Derecho Laboral y la generación de obstáculos formales y sustanciales al accionar del Gremio.

Montevideo, lunes 3 de Abril de 2017.

S.A.Q.

Cerrito 420 Piso 7° Tel: 2916 06 49 Secretaria: 099112606

S.A.Q.

Cerrito 420 Piso 7° Tel: 2916 06 49 Secretaria: 099112606