

Última normatividad en seguridad social

José Eduardo Bernal Barrera

Secretario General de la Corporación Universitaria del Meta

Abogado Corporación Universitaria del Meta

Especialista en Derecho Procesal – Universidad Libre

Derecho Laboral y Seguridad Social- Corporación Universitaria del Meta

La Ley 1393 de 2010, con su artículo 30 trajo como consecuencia posiciones a favor y en contra de ella, veamos de qué trata la citada ley. Mediante ésta se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.

El precitado artículo 30, a la letra dice: “ *Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.*”

¿Dónde están los pros y los contras? Veamos los contras; algunos interesados en el tema han escrito: “*Con dicha norma, se pretende dar un límite a los pagos no constitutivos de salario. Norma que podría prestarse para malas interpretaciones y verdaderas violaciones a derechos salariales, prestaciones y de seguridad social.*”. En otras palabras lo que se quiere dejar entrever, que es una norma que simplemente quiere coartar o reducir los pagos no salariales, solamente hasta el 40% de la remuneración pactada. No se la razón por la cual los colombianos siempre vivimos en un estado de prevención hacia la nueva normatividad, lo que en realidad ha sucedido es que en la práctica, y que vale la pena resaltar como una mala práctica, las empresas privadas han venido contratando personal con salarios irrisorios, pero en realidad los trabajadores reciben dos, tres y hasta cuatro veces el salario reportado sobre el cual se cotiza para la seguridad social, pues en aplicación al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a pagos adicionales se les califica de “bonos” “bonificaciones” “primas” pero que son de ocurrencia permanente, olvidando que el espíritu del legislador al subrogar este artículo por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, donde se buscó relacionar en forma armónica qué pagos constituyen salario y cuales por su forma de reconocimiento transitorio u ocasional no lo son.

Como pro, los empleadores deben afiliar a sus trabajadores por los montos que realmente devengan, para que de esa misma forma tengan derecho a que sus prestaciones sean liquidadas sobre los montos reales, trayendo como consecuencia que las cotizaciones al sistema de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales) se estén haciendo muy por debajo de lo devengado, acarreando consecencialmente severos problemas económicos cuando los trabajadores son incapacitados o pensionados por vejez, invalidez o por muerte; pues estos reconocimientos económicos solo se liquidarán sobre los montos cotizados.

Se debe entender con claridad meridiana, que cuando esos pagos “no salariales” sobrepasen el 40% del valor pactado como salario, sobre ese exceso debe cotizarse al sistema de seguridad social.

Se puede concluir, que se deben corregir las arraigadas costumbres de la elusión al sistema a través de las diferentes artimañas que usan los empleadores para evadir parcialmente sus responsabilidades que en los años cincuenta del siglo pasado se denominaron patronales, con el agravante de que el Ministerio del Trabajo aplica en este campo el aforismo francés: “dejar hacer, dejar pasar”.

Decreto Ley 19 de 2012, normatividad muy reciente en consecuencia desconocida para muchas personas, sin embargo de gran trascendencia para la seguridad social, tratar de hacer una referencia crítica o de estudio a todo el texto legal es un tanto difícil, sin embargo este escrito quiere dejar en los lectores interesados en el área de la seguridad social algunas apreciaciones en los siguientes renglones, al referirse muy puntualmente a ciertos artículos de la normatividad citada.

Para ubicar contextualmente al lector, es pertinente recordar que el Decreto Ley 19 de 2012, fue expedido el 12 de enero, por el cual se dictaron normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Como se anticipó solo me centraré en algunos artículos de los Capítulos VIII y IX que hacen referencia a trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de salud y protección social y del trabajo, en consecuencia se analizarán los artículos 110, 119, 121, 137, 140 y 142.

El artículo 110 modifica el párrafo 3 del artículo 13 de la Ley 23 de 1981, donde prevé la liquidación de entidades pertenecientes al sistema de seguridad social en salud y busca establecer responsabilidad referente a las historias clínicas de los usuarios, donde determina que debe hacerse plena observancia del proceso en este artículo contemplado, como lo es la obligación de la entidad responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, de hacer entrega al usuario o a su representante legal, para lo cual publicará como mínimo dos avisos en un diario de amplia circulación nacional con un intervalo de ocho días, en el cual se indicará el plazo y las condiciones para que los usuarios retiren sus historias clínicas, plazo que puede llegar a extenderse hasta por dos meses más, contada, a partir de la publicación del último aviso.

Ante la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa levantará un acta con los datos de quienes no recogieron dichos documentos, y procederá a remitirla en cada caso a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario, con copia a la dirección seccional, distrital o local de salud competente, la cual deberá guardar archivo de estas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica. La E P S que reciba la historia clínica deberá conservarla por el término legal.

El artículo 119 hace referencia a la acreditación de los beneficiarios de un cotizante cuando estos son mayores de 18 y menores de 25 años y se encuentran adelantando estudios de educación formal con dedicación exclusiva, a partir de enero 1 de 2013, se verificará por la

Entidad Promotora de Salud a través de bases de datos disponibles que indique para el efecto el Ministerio de Salud y Protección Social, sin requerir la acreditación del certificado de estudios respectivos de cada entidad de educación. La exigencia que se viene haciendo hasta la fecha ha dado como resultado que en repetidas ocasiones los hijos en las edades indicadas, temporalmente queden sin prestación de los servicios de salud. Esta nueva disposición hace gala al principio de eficiencia que es de orden constitucional.

El artículo 121 trata lo referente al trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad que estén a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los trabajadores informar al empleador sobre la expedición de la incapacidad o licencia.

El artículo 123 busca aliviar uno de los tantos problemas que tienen los usuarios del sistema de seguridad social en salud, como es el lograr el otorgamiento de una cita médica u odontológica de primer nivel. El artículo deja claro que las EPS, garantizarán las citas de medicina general u odontología general, sin necesidad de hacer la solicitud de forma presencial y sin exigir requisitos no previstos en la Ley. La asignación de estas citas no podrá exceder los tres (3) días hábiles contados a partir de la solicitud. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento a los tiempos de otorgamiento de citas que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud. El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley. Sin embargo la norma deja la posibilidad para determinar excepciones teniendo en cuenta las zonas geográficas del país.

El artículo 142, tiene una gran importancia para aclarar posiciones de carácter vicioso que han tomado tanto los profesionales de la salud como las EPS y ARP a través de los años para calificar el estado de invalidez de un afiliado al sistema, donde siempre las responsabilidades y los trámites se vienen dejando a la parte débil del sistema, el trabajador, situación que también se evidencia en repetidas ocasiones en los fallos judiciales. Adicionalmente aparece una nueva figura de protección tanto al sistema de seguridad social en salud como al trabajador, al crear una obligación pecuniaria que deben asumir las AFP, y que hasta la fecha lo que se venía viendo era que sin razón jurídica y menos médica, a muchos trabajadores con patologías que superan los 180 días de incapacidad, se les negara este tipo de prestación económica. Sin más preámbulos veamos que dice la norma en observación.

El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la

calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Esta nota busca de una manera respetuosa lograr que empleadores, trabajadores, EPS, ARP y AFP tomen conciencia de sus responsabilidades y de los roles que a cada uno de ellos le corresponden dentro del sistema laboral y de seguridad social colombiana.