



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3695

PROBLEMAS EN TORNO A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS EN SALUD: ¿QUIÉN SE ENCUENTRA A CARGO?

The problems surrounding health economic
benefits: who is in charge?

RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: raul.vidal@urp.edu.pe

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la problemática en torno a las prestaciones económicas en salud, en específico, a la prestación económica correspondiente a la incapacidad temporal para el trabajo. Para ello se analizará la regulación nacional y los alcances del régimen contributivo de la seguridad social en salud, pues esta es la que concentra mayor cantidad de asegurados —trabajadores— y tiene a su cargo la cobertura de prestaciones económicas para estos últimos.

Palabras clave: seguridad social en salud; seguro social; régimen contributivo; prestación económica.

ABSTRACT

This research paper addresses the problems surrounding economic health benefits, specifically, the economic benefit corresponding to temporary incapacity for work. For this purpose, the national regulation and the scope of the contributory regime of the social security in health will be analyzed, since this is the one that concentrates the largest number of insured -workers- and is responsible for the coverage of economic benefits for the latter.

Key words: social security in health; social insurance; contributory regime; economic benefits.

Recibido: 05/08/2020 Aceptado: 26/08/2020

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho universal reconocido y amparado no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino que existen diversos instrumentos internacionales que plantean garantías mínimas para su satisfacción y es un deber del Estado peruano generar las condiciones necesarias para brindar la cobertura en materia pensionaria y de seguridad social en salud.

En el Perú, a fin de cumplir las obligaciones de seguridad social en salud, mediante la Ley de Creación del Seguro Social de Salud, aprobada por la Ley n.º 27056, se creó el Seguro Social de Salud (EsSalud) sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, con el propósito de —entre otros— brindar cobertura a sus asegurados (trabajadores) y derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones económicas que correspondan al régimen contributivo de la seguridad social. Sin embargo, y de forma posterior a la emisión de esta norma, se implementó un sistema para el pago directo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud por parte del empleador, sistema que presenta serias deficiencias. En el presente trabajo de investigación solo

nos centraremos en la relación de este sistema de pago y el reembolso de subsidios por la incapacidad temporal para el trabajo.

En este contexto, resulta evidente que confluyen derechos y libertades en torno al subsidio por incapacidad para el trabajo, del lado del trabajador: la seguridad social en salud, la estabilidad en el empleo, el derecho a la intangibilidad de la remuneración, entre otros. De otro lado, en relación con el empleador, el derecho de crédito que se genera por realizar un pago que no le corresponde y que tiene su origen en disposiciones que no tienen rango de ley.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO UNIVERSAL RECOGIDO POR NUESTRA CONSTITUCIÓN

La seguridad social es un derecho universal reconocido por nuestra Constitución Política en su artículo 10¹, que genera en el Estado el deber primordial de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones por entidades públicas o privadas que quedan bajo supervisión y fiscalización estatal.

El concepto universal ligado a este derecho ha sido desarrollado ampliamente en el derecho de la seguridad social, y uno de los principios básicos de este derecho es la universalidad. En palabras de Martín Fajardo (1975), este principio está referido al núcleo de personas protegidas que busca acoger al mayor número de personas dentro de sus lazos de protección (p. 109).

La universalidad y la dignidad del ser humano son conceptos intrínsecos en el desarrollo histórico de la seguridad social. Como parte de este desarrollo Rendón Vásquez (1985) nos señala que el campo de aplicación de la seguridad social ha transitado de un sistema de carácter laboral a un sistema de carácter universal,

1 «Artículo 10.º: El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».

puesto que ya no solo el trabajador es el sujeto fundamental de protección, sino que es la sociedad en su conjunto, dejando atrás la necesidad de laborar o no (pp. 76-78). Es mi opinión que un presupuesto de lo señalado por Rendón Vásquez revela la autonomía del derecho de la seguridad social frente al derecho al trabajo, tema al que volveremos más adelante.

Siguiendo la línea de lo expuesto en los párrafos precedentes, es válido resaltar que la jurisprudencia, en nuestro país, a través del supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la seguridad social es un derecho fundamental que le

asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado².

Ahora bien, la seguridad social como derecho fundamental requiere que el Estado garantice, a través de un marco legal, las prestaciones de salud y las pensiones que forman parte de este derecho. Es por ello que será a través de un desarrollo legal que se materializará su cobertura. En este punto, y antes de pasar al desarrollo de los siguientes acápite, tengo que señalar que en la presente investigación me abocaré a desarrollar las prestaciones de salud, en específico la prestación en dinero correspondiente a la incapacidad temporal para el trabajo y su regulación a cargo del Estado como parte del derecho a la seguridad social.

2.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL PERÚ

En nuestro país existe, por un lado, un régimen estatal de seguridad social a cargo del Ministerio de Salud, que tiene como fin principal otorgar atención integral de salud a la población de escasos recursos que no tiene acceso a otros regímenes o sistemas, cuyo

2 Sentencia Expediente n.º 05304-2011-PA/TC.

nombre es Seguro Integral de Salud (SIS). Este seguro cuenta, a su vez, con un seguro subsidiado o gratuito y el seguro semisubsidiado de costo mínimo; sobre este último se encuentra el SIS-Independiente y el SIS-Microempresas (Pacheco, 2012, p. 32).

Mención aparte merecen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, quienes cuentan con una normativa propia para sus atenciones de seguridad social en salud, y a su vez con hospitales propios y fondos de salud que buscan brindarles adecuada protección.

De otro lado, y será el régimen que se abordará en la presente investigación, se encuentra el régimen contributivo de la seguridad social en salud. Dicho régimen se creó mediante la Ley n.º 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, vale decir, sobre la base del otrora Instituto Peruano de Seguridad Social, el Seguro Social de Salud —en adelante, «EsSalud»— adscrito al sector Trabajo y Promoción Social, que tiene como finalidad dar cobertura a sus asegurados y derechohabientes, a través del otorgamiento de distintas prestaciones, las cuales van a depender del tipo de afiliación de cada asegurado.

Me ocuparé en la presente investigación de estudiar la regulación y los alcances del régimen contributivo de la seguridad social en salud, pues esta última es la que concentra mayor cantidad de asegurados —trabajadores— y tiene a su cargo la cobertura de prestaciones económicas para estos últimos. En ese sentido, en el artículo 3 de la Ley n.º 27056³, se señala que EsSalud otorga las prestaciones de prevención, promoción y recuperación de la salud; de bienestar y promoción social; y económicas. Asimismo,

3 «Artículo 3.º: [...]

3.1. Las prestaciones que otorga el Seguro Social de Salud (ESSALUD) son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones de bienestar y promoción social, prestaciones económicas, así como programas de extensión social y planes de salud especiales a favor de la población no asegurada y de escasos recursos y otras prestaciones derivadas de los seguros de riesgos humanos que ofrezca ESSALUD dentro del régimen de libre contratación. [...] 3.5 Las prestaciones económicas comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y prestaciones por sepelio».

se precisa en el referido artículo que las prestaciones económicas a cargo de EsSalud comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio.

Siguiendo la línea legislativa establecida por la Ley de Creación de EsSalud, la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud —en adelante, «la LMSSS»—, que establece en su artículo 9 que las prestaciones económicas, esto es, aquellas que son otorgadas en dinero por la entidad, comprenden las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio.

Como se puede apreciar, de las normas materia de comentario, queda claro que existen ciertas prestaciones económicas que indubitablemente se encuentran a cargo de EsSalud, de modo que no podría un sujeto privado —el empleador, por ejemplo— subrogarse en la cobertura de las prestaciones económicas otorgadas a través de subsidios, pues no solo no se encuentra legitimado para ello, sino que es el Estado el que actúa a través de EsSalud para asegurar condiciones mínimas que garanticen el acceso a las prestaciones de salud, como parte del derecho de la seguridad social.

Sin embargo, en el artículo 14⁴ del Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, aprobado mediante el Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011, donde EsSalud traslada la obligación del pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad a los empleadores con cargo a ser posteriormente reembolsados, vale decir obligación no contenida en la LMSSS ni en su reglamento. De esta manera, se creó a través de un acuerdo de EsSalud

4 «Artículo 14.º: Prestaciones económicas con cargo a reembolso por parte de ESSALUD. Las entidades empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios, pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en los incisos a), b) y c) del artículo 12.º de la presente norma, los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal y maternidad, en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos. ESSALUD reembolsará lo efectivamente abonado, siempre y cuando no exceda el monto que corresponda al subsidio y se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo siguiente».

un «Procedimiento de pago con cargo a reembolso por parte de ESSALUD», dicho procedimiento será de especial atención en las líneas futuras.

2.2. EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A CARGO DE ESSALUD

Como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores, el régimen contributivo de seguridad social en salud se encuentra a cargo de EsSalud, pero es menester detenernos a analizar el significado y los fines «contributivos» que persigue este régimen.

A diferencia del régimen estatal de la seguridad social a cargo del Minsa, el régimen contributivo a cargo de EsSalud regula un aporte mensual para poder afiliarte; en el caso de los trabajadores, como afiliados regulares, el aporte equivale al 9 % de la remuneración mensual y es de cargo de los empleadores, retener y pagar dicho aporte de forma mensual. De ahí que el término contributivo guarda especial relevancia, pues es el trabajador asegurado quien, a través de sus aportes, «contribuye» a pagar y a abonar parte de las prestaciones en salud coberturadas por EsSalud; es decir, el fin de la contribución —aporte— de los trabajadores es el mismo fin que comparte la entidad en mención, esto es, dar cobertura a sus asegurados y derechohabientes a través de prestaciones de salud.

Podemos colegir, entonces, que en la relación EsSalud-asegurado (trabajador), el empleador es un mero actor secundario, pues su rol no sería protagónico de no existir el aporte mensual de EsSalud que está obligado a retener. En esa misma línea, resulta más que evidente que de cumplir con el pago y el aporte mensual de EsSalud, el empleador no se tendría que ver afectado por el pago de las prestaciones económicas a sus trabajadores; de modo contrario a la lógica y al principio de legalidad, aquello no se cumple a cabalidad.

2.3. COBERTURA DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DE ESSALUD Y EL PROCEDIMIENTO DE PAGO CON CARGO A REEMBOLSO POR ESSALUD

Para determinar si el asegurado regular (trabajador) tiene derecho a las coberturas de tipo económico brindadas por EsSalud, se debe comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 10 y 12 de la LMSSS y en el artículo 35 de su Reglamento; estas son las siguientes:

Desde el aspecto formal, para exigir el pago de las prestaciones económicas, no basta que el asegurado invoque padecer una enfermedad que le impida prestar labores, sino que esta, además, debe estar acreditada mediante la obtención del Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (en adelante, «CITT»), que es el documento oficial brindado por EsSalud mediante el cual se hace constar el tipo de contingencia (enfermedad, accidente o maternidad) que padece el asegurado y la duración del período de incapacidad temporal para el trabajo.

Condiciones generales	Prestaciones económicas			
	Incapacidad temporal	Maternidad	Lactancia	Sepelio
a) Tener 3 meses de aportes consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendarios anteriores al mes en que inició la contingencia.	X	X	X	X
b) Tener vínculo laboral al momento del goce de la prestación.	X	X	X	X
c) En caso de accidente, bastará que exista afiliación.	X			X
d) Haber estado afiliadas las madres trabajadoras al momento de la concepción.		X		

El CITT, conforme a la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014⁵, se otorga al asegurado regular, acreditado

⁵ Normas y procedimientos para la emisión, el registro y el control de las certificaciones médicas por incapacidad y maternidad en EsSalud.

con derecho a este, determinado por el tipo de seguro y la característica de cobertura que genera un subsidio por incapacidad temporal. Este documento es emitido obligatoriamente y de oficio si el asegurado ha proseguido con sus atenciones médicas ante EsSalud o, en su defecto, deberá emitirse tras la conclusión del procedimiento de validación o canje de certificados médicos particulares contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de EsSalud.

Sin desmedro de las condiciones mencionadas en los párrafos precedentes, para la cobertura de las prestaciones económicas por parte de EsSalud, todo nos llevaría a concluir que si es que un asegurado —trabajador— cumple a cabalidad con las condiciones ya mencionadas, no debería tener mayor dificultad en solicitar el pago de los subsidios correspondientes, ya sea por incapacidad temporal para el trabajo, maternidad u otra.

Sin embargo, con la creación del «Procedimiento de pago con cargo a reembolso por parte de ESSALUD», el cual, como ya mencionamos, carece de origen legal y obedece a un acuerdo institucional adoptado por EsSalud, puede suceder que quien asuma el costo de pago de los subsidios por no cumplir con requisitos adicionales sujetos a este procedimiento sea el empleador, entonces el pago sí puede tener como consecuencia un no reembolso por parte de EsSalud. Vale preguntarnos: ¿qué carácter tendría el pago no reembolsado por EsSalud? ¿Podemos afirmar que EsSalud cumple con la finalidad del régimen contributivo de la seguridad social en salud si no llega a reembolsar el pago directo hecho por el empleador?

Todas estas interrogantes surgen de la creación de un procedimiento no contemplado en la LMSSS, repleto de criterios restrictivos y en ocasiones contrarios a las disposiciones de la LMSSS y su reglamento para determinar la procedencia del derecho de las distintas prestaciones económicas, ocasionando de forma indirecta que los distintos empleadores asuman el costo del no reembolso de las solicitudes rechazadas por EsSalud. No obstante, ni la LMSSS o su reglamento han establecido una obligación adicional

del empleador en el sentido de que este deba asumir el pago de los días de incapacidad no reconocidos por EsSalud en desmedro de sus trabajadores. Incluso ninguno de dichos dispositivos legales le ha brindado las facultades a EsSalud de trasladar el pago de subsidios a los empleadores con cargo a reembolso.

En ese sentido, Indecopi ha identificado que el traslado del pago de subsidios de incapacidad y posterior tramitación del reembolso por parte del empleador constituye una barrera burocrática ilegal conforme a lo determinado en la Resolución n.º 0773-2009/SC1-INDECOPI, correspondiente al Expediente n.º 000072-2008/CAM, en el cual, frente a la denuncia promovida por la empresa Transber S. A. C, se falla en contra de EsSalud. En dicho fallo, Indecopi considera que

el traslado temporal de sus obligaciones por parte de ESSALUD a los empleadores de por sí constituye una limitación a la actividad económica en el país. Ello, por cuanto el solo hecho de exigirles una obligación que la Ley no les ha impuesto, ya significa para estos una afectación ilegal a su desempeño económico.

Teniendo presente que el pronunciamiento de Indecopi solo resulta aplicable en favor de la empresa que realizó dicha denuncia, EsSalud continúa trasladando de forma ilegal las obligaciones a su cargo y perjudicando a las empresas que no acreditan el cumplimiento de sus distintos criterios, sumamente restrictivo en la calificación en el pago de subsidios.

3. EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO

De forma previa, en el capítulo anterior, hemos anticipado que en el presente trabajo de investigación se abordará, en específico, la cobertura del subsidio de incapacidad temporal para el trabajo por parte de EsSalud y la problemática que se suscita alrededor de esta. Es por ello que antes de pasar a describir qué protege y en qué casos se otorga el subsidio de incapacidad temporal para

el trabajo, es necesario explicar la naturaleza de este subsidio dentro del derecho de la seguridad social y cuáles son sus antecedentes históricos.

El Convenio n.º 17 de la OIT⁶ ya anticipaba indemnizaciones por accidentes de trabajo tanto para los asegurados como para sus derechohabientes, asimismo, propuso un monto de asignación dependiendo de si la incapacidad era total temporal o parcial temporal. De forma posterior, los Convenios n.º 102 y n.º 121 de la OIT⁷ ya establecen parámetros para la cobertura de una contingencia producto de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

En los citados instrumentos internacionales se establece que las prestaciones monetarias derivadas de accidentes incapacitantes o enfermedades profesionales tienen como objeto resarcir la suspensión de la ganancia —remuneración— y en el caso del Convenio n.º 121 de la OIT, se señala que dichas prestaciones monetarias son normas mínimas sobre seguridad social.

En nuestro ordenamiento, el derogado Decreto Ley n.º 22842, Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social del Perú, ya establecía que era necesario ampliar la cobertura de la seguridad social en el país, por lo que extiende el otorgamiento de prestaciones económicas por enfermedad y maternidad a los familiares de los asegurados y a los trabajadores independientes.

Podemos observar que el otorgamiento de las prestaciones económicas o monetarias nacen históricamente del derecho de la seguridad social en salud y con el objeto de resarcir el pago de haberes perdido fruto de un accidente de trabajo, deterioro de la salud y enfermedades profesionales. En ese sentido, podemos concluir que la naturaleza jurídica del subsidio «es la suma de dinero que la Seguridad Social otorga al asegurado que ha sufrido

6 El Convenio n.º 17 de la OIT se publicó en el año 1925 y entró en vigor el 1 de abril de 1927.

7 En el caso del Convenio n.º 121 de la OIT fue adoptado por el Perú el 8 de julio de 1864.

una contingencia social que le impide la obtención normal de ingresos en razón del trabajo que deja de realizar» (AELE, 2010).

Ahora bien, nuestra legislación no recoge una definición explícita, podríamos señalar que no tiene que hacerlo, toda vez que el subsidio es una faceta de la seguridad social en salud en nuestro país y como tal se otorga con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad que se han derivado de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud (sea por enfermedad o accidente).

3.1. INICIO DEL PERÍODO DE SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO

El derecho al pago del subsidio por incapacidad temporal se adquiere a partir del vigésimo primer (21) día de incapacidad, ya que el empleador deberá cubrir los primeros veinte (20) días, en concordancia con el artículo 12 de la LMSSS⁸.

De forma adicional, como mencionamos en líneas anteriores, para determinar si el asegurado regular tiene derecho a las coberturas de tipo económico brindadas por EsSalud, en este caso, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se debe comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 10 y 12 de la LMSSS y en el artículo 35 de su reglamento.

Es importante que precisemos cuándo es que inicia la cobertura del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, puesto que es a partir del vigésimo primer (21) día que el asegurado —trabajador— dejará de percibir su remuneración habitual y a cambio entrará en la cobertura de una prestación económica a cargo de EsSalud.

8 «Artículo 12.º: Derecho de subsidio. Los subsidios se rigen por las siguientes reglas: a) Subsidios por incapacidad temporal [...] a.3) *El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos*».

3.2. DELIMITACIÓN DEL PERÍODO MÁXIMO DE OTORGAMIENTO DE SUBSIDIO

El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se otorgará por un período máximo de 11 meses y 10 días (o su equivalente de 340 días). Sin embargo, incluso dicho límite temporal ha sido variado en función de una interpretación infundada del artículo 12 de la LMSSS, en virtud de las restricciones y los procedimientos de validación establecidos por EsSalud.

Es así que, a través de la Directiva n.º 08-GG-ESSALUD-2012, Normas Complementarias al Reglamento de Prestaciones Económicas, aprobado por Resolución de Gerencia General n.º 619-GG-ESSALUD-2012 y su modificatoria mediante la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, se señala que el período máximo de otorgamiento por incapacidad temporal para el trabajo será de ciento ochenta (180) días para casos de incapacidad continua y de trescientos cuarenta (340) días para casos de incapacidad discontinua.

Como podemos apreciar, EsSalud, a través de la publicación de normas infralegales, ha desvirtuado lo contenido en la LMSSS, esto es, ya no reconoce los 11 meses y 10 días establecidos en el artículo 12 de la LMSSS, sino que ahora establece una distinción entre una incapacidad continua y una incapacidad discontinua.

Es importante señalar que cuando la discapacidad de su trabajador exceda los ciento cincuenta (150) días de incapacidad continua, conforme al numeral 8.1.3 de la directiva, modificado mediante la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, EsSalud exige que las empresas asuman la responsabilidad de iniciar los procedimientos de validación de la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades (COMECI).

De la misma manera para discapacidades discontinuas superiores a noventa (90) días dentro de un período de trescientos sesenta y cinco (365) días, el asegurado deberá ser evaluado por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades —en adelante, «COMECI»— conforme al numeral 6.2.2.1.5 de la Directiva de

Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, cuya información debe ser solicitada por el empleador. De no procederse con la evaluación por parte de COMECI, el reembolso por los días que excedan los ciento cincuenta (150) días o noventa (90) días respectivamente, correrá a cuenta de la entidad empleadora.

Como podemos apreciar, EsSalud además de trasladar la obligación al empleador de pagar bajo sus recursos económicos los subsidios a cargo de EsSalud, ahora le exige asumir a su costo y riesgo los gastos operativos, económicos y de personal para determinar si los días de descansos médicos brindados o validados por dicha institución exceden los plazos que EsSalud establece a su criterio y sin sustento legal para ello. Y de encontrarse alerta a dicho exceso, a efecto de que proceda con alertar de ello a EsSalud para la pronta conformación de la COMECI.

Esta situación viene generando una sobrecarga de gastos para los empleadores, pues de no conocer de forma previa los distintos criterios que viene manejando EsSalud, que suelen ser variables y contrarios a ley en muchas ocasiones, se generarán pérdidas sin mérito alguno.

3.3. COBERTURA DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: ¿PODEMOS CONSIDERARLA COMO REMUNERACIÓN?

En líneas anteriores, hemos señalado que el subsidio tiene una naturaleza jurídica propia y delimitada por el derecho de la seguridad social y no así por el derecho del trabajo, asimismo, hemos señalado que el subsidio es una faceta de la prestación económica otorgada por la seguridad social en salud. Partiendo de esta premisa, no podríamos considerar que el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo pueda ser considerado como remuneración. Sin embargo, el tema reviste mucha más complejidad que solo el hecho de analizar su naturaleza jurídica.

La forma de cálculo para el otorgamiento del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se realiza sobre la base de

un equivalente del promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, es decir, la base de cálculo del subsidio parte de un promedio diario de la remuneración, pero ello tiene su razón en que lo que se busca es resarcir económicamente a quien no se encuentre percibiendo una remuneración debido a un deterioro de su salud o a un accidente de trabajo.

A mayor abundamiento, el subsidio carece de carácter remunerativo, pues más allá de su naturaleza, propia del derecho de la seguridad social, no existe un carácter contraprestativo detrás ni una puesta a disposición de su fuerza de trabajo. En esta línea de ideas, Pizarro (2006) señala que «la remuneración es la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo» (p. 51).

De la definición de remuneración citada podemos ver la ausencia de dos elementos principales, en primer lugar, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, como su propio nombre lo indica, tiene como premisa implícita la imposibilidad de realizar la prestación de servicios, es decir, no existe la relación contraprestación-trabajo. En segundo lugar, y como consecuencia de la imposibilidad de realizar la prestación de servicios, se encuentra ausente el elemento de la puesta a disposición del trabajo. Asimismo, podemos aseverar que el subsidio en cuestión no genera una ventaja patrimonial, pues como faceta de la seguridad social busca solo compeler una contingencia social, en este caso, producto de una incapacidad temporal para el trabajo y no se genera por la prestación de labores sino por la sola condición de trabajador.

De esta forma, podemos concluir en que si bien el subsidio tiene carácter económico, no tiene la misma dimensión que la ventaja patrimonial que genera la remuneración y el carácter alimentario de esta, razón mayor para distinguir estos conceptos.

Tenemos que señalar, además, que el legislador peruano también comparte la definición citada anteriormente, pues en el artículo 6 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo n.º 003-97- TR, señala que «constituye remuneración para todo efecto legal el *íntegro* de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición», excluyendo los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Supremo n.º 001-97-TR.

Finalmente, ahora que hemos concluido que el subsidio no tiene carácter remunerativo y su naturaleza jurídica obedece al derecho de la seguridad social, en el siguiente capítulo analizaremos si esta conclusión puede incidir o no en la obligación del empleador de proporcionar de forma directa el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

4. VIABILIDAD DE TRASLADAR O DEJAR DE ABONAR EL COSTO DE LAS PRESTACIONES DENEGADAS POR ESSALUD A LOS TRABAJADORES

En el presente trabajo hemos abordado el derecho a la seguridad social en salud y un producto que emana de ella, esto es, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo. Como se desprende del título del presente capítulo y habiendo concluido que el subsidio materia de estudio no tiene carácter remunerativo, analizaré la posibilidad de (i) trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores, en tanto estas prestaciones ya hayan sido pagadas previamente a estos últimos o la posibilidad de (ii) dejar de abonar el costo de las prestaciones a los trabajadores que se encuentran en período de subsidio.

4.1. ¿ES POSIBLE QUE EL EMPLEADOR TRASLADÉ EL COSTO DE LAS PRESTACIONES DENEGADAS POR ESSALUD A LOS TRABAJADORES?

El solo hecho de analizar la viabilidad de trasladar el costo de las prestaciones económicas denegadas a los trabajadores como resultado del ejercicio abusivo de las competencias asignadas a EsSalud podría considerarse, en principio, una afectación al derecho a la seguridad social en salud, derecho tutelado por nuestra carta magna. Además, dicha afectación solo sería el resultado de una extralimitación en las competencias de una entidad que brinda un servicio público, extralimitación en la que los trabajadores no han tenido responsabilidad o participación alguna, pues estos últimos no deciden cuál es la modalidad para solicitar el reembolso del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, aunque ciertamente es necesaria su participación como asegurados en el procedimiento en mención.

Sin embargo, debemos volver a mencionar que el procedimiento de pago directo con cargo a reembolso no se encuentra establecido en la Ley n.º 26790 ni en su reglamento, con lo cual no es descabellado analizar la viabilidad de, en caso ya se haya realizado el pago directo a los trabajadores, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores, toda vez que estos últimos aún pueden acudir a EsSalud a exigir el subsidio correspondiente; sobre esto volveremos más adelante.

Entonces, ¿cuál es el motivo por el cual el empleador no podría trasladar el costo de las prestaciones denegadas por el subsidio de incapacidad temporal para el trabajo otorgado al trabajador? Considero que esta respuesta debe ser abordada atendiendo la naturaleza del subsidio como producto del derecho a la seguridad social en salud y el contenido esencial de este derecho, vale decir que ambas premisas se encuentran en intrínseca relación.

En ese orden de ideas, como hemos mencionado en líneas anteriores, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo busca cubrir o resarcir las pérdidas económicas derivadas de un deterioro de la salud o un accidente de trabajo, es decir, a través

del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se busca cubrir la obtención normal de ingresos producto de una contingencia social. En ese sentido, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo surge de una necesidad o garantía mínima para atender el derecho universal a la seguridad social en salud.

Resulta evidente, entonces, que el derecho de la seguridad social estaría siendo vulnerado si el trabajador que tiene una contingencia (accidente de trabajo o deterioro de la salud) vería imposibilitado su derecho a acceder a la cobertura del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo o lo que es peor trasladarle el costo del subsidio ya pagado, sabiendo que producto de la contingencia que adolece no puede cubrir sus ingresos con su trabajo. Es por ello que considero que trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores vulneraría el contenido esencial del derecho a la seguridad social.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha señalado que

el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. (Tribunal Constitucional, 2005b)

Partiendo de esta premisa, y siguiendo lo señalado por el supremo intérprete de nuestra Constitución, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en salud se vería transgredido al imposibilitar el acceso a la prestación económica orientada a atender una contingencia social, en este caso, del trabajador.

A mayor abundamiento, es menester recordar que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales implica que los entes privados respeten y velen por no transgredir el contenido del

derecho fundamental atendido, en este caso, el derecho a la seguridad social en salud. Por ello, es válido destacar lo dicho por el Tribunal Constitucional en torno al derecho de la seguridad social:

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado —por imperio del artículo 10 de la Constitución— al amparo de la «doctrina de la contingencia» y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en «la elevación de la calidad de vida». (Tribunal Constitucional, 2005a)

En conclusión, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores es inviable a la luz de los derechos consagrados en nuestra Constitución, pues de otra forma se estaría atentando contra los principios que inspiran el derecho a la seguridad social en salud y su contenido esencialmente protegido.

4.2. CON RELACIÓN AL CARÁCTER DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO Y SU POSIBLE CONTACTO CON LA INTANGIBILIDAD DE LA REMUNERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

En los puntos precedentes y a lo largo de la presente investigación, hemos realizado las siguientes afirmaciones:

- (i) La obligación de pagar de forma directa los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo por el empleador carece de legalidad, esto es, que dicha carga no se recoge en la ley de la materia, ni en su reglamento, sino en una norma de carácter infralegal.

(ii) El subsidio es un producto de la seguridad social en salud, por ende, no es considerado como remuneración —concepto propio del derecho del trabajo y que tiene como elemento característico a la contraprestación efectiva de labores—; sin embargo, es indefectible que dicho concepto posea una naturaleza económica atendida por el derecho universal a la seguridad social en salud.

Teniendo en cuenta estas premisas, la problemática que surge de forma natural es ¿qué es lo que abona al empleador al trabajador cuando este se encuentra en «período de subsidio»⁹? La respuesta que podría ser más lógica e inmediata es que el empleador le estaría abonando al trabajador la suma correspondiente al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, sin embargo, ante esta respuesta surge otra interrogante, ¿puede realmente el empleador encargarse de pagar un subsidio de incapacidad temporal para el trabajo? De ser afirmativa esta respuesta, ¿qué sucede si EsSalud deniega el reembolso del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo? ¿Cómo se debería considerar el pago realizado por el empleador? ¿Remuneración, subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, liberalidad, etc.?

La problemática descrita puede ser aún más compleja si es que llegamos a considerar el pago realizado por el empleador como remuneración, entonces esta debería ser considerada como base de cálculo para la aportación pensionaria en el marco del Decreto Ley n.º 19990. Un informe de la Sunat concluye que «los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia, no se encuentran afectos a las aportaciones al SNP, por lo que no cabe determinar el sujeto a cargo de la retención y pago de dicho aporte»¹⁰, pues para determinar la base imponible de las aportaciones se debe tener en consideración el concepto de remuneración y su característica más resaltante: la prestación de servicios.

9 Entendemos al período de subsidio como el plazo contado a partir de los primeros veinte días asumidos por el empleador.

10 Informe n.º 049-2014-SUNAT/5D0000.

En este contexto, me reafirmo en la opinión de que el subsidio no constituye remuneración, no solo por no tener un elemento característico como es el de la prestación de servicios, sino que como producto del derecho de la seguridad social en salud persigue otra finalidad, atender una garantía institucional del Estado constitucional de derecho. Esta afirmación conceptual es la que busco responder con el título del presente trabajo, pues si consideramos que el subsidio no constituye remuneración quién se encontraría a cargo de las prestaciones en salud por incapacidad temporal para el trabajo, en un primer momento (previo al reembolso) y en caso el reembolso sea denegado, es el empleador, aunque la ley no prevea que la cobertura se encuentre a su cargo sino que la cobertura tiene como titular a EsSalud.

Ahora bien, habiendo ratificado la idea de que el subsidio no constituye remuneración, en este apartado busco señalar algunas de las consecuencias o relaciones que puede tener este hecho con la intangibilidad de las remuneraciones y el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Como describe el Tribunal Constitucional (2014), uno de los elementos del contenido esencial de la remuneración es la «suficiencia», pues constituye el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y su familia su bienestar (f. j. 16). Empero, al haber zanjado que el subsidio no constituye remuneración, no tiene este contenido esencial; por ende, por ejemplo, si un trabajador autoriza a su empleador que le descuente el íntegro de los subsidios abonados a su favor, debido a que el empleador no pudo obtener el reembolso de los subsidios por responsabilidad suya, no podríamos afirmar que se está afectando la intangibilidad de la remuneración.

Siguiendo esa línea, el empleador se encontraría en la facultad, previo «acuerdo», de descontar en su integridad los subsidios abonados a favor del trabajador por las razones ya expuestas o por otras que puedan surgir. Considero que afirmar esto sería una clara afectación al derecho fundamental de la seguridad social en salud y no así a la intangibilidad de la remuneración.

La razón se encuentra en el principio de irrenunciabilidad de derechos, el cual en palabras de Javier Neves (1997) consiste en la renuncia de derechos cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandone voluntariamente (p. 131). En este escenario, el principio de irrenunciabilidad de derechos no abarcará el derecho a la intangibilidad de la remuneración derivada del contrato de trabajo, sino el derecho a la cobertura de la seguridad social reconocido, de forma implícita, en la Constitución Política del Perú y desarrollado en el artículo 12 de la Ley de Modernización y Seguridad Social en Salud.

En ese mismo orden de ideas, Mónica Pizarro (2006) señala que el derecho a la cobertura del subsidio a favor del trabajador se genera por la sola condición de tal y no por los aportes que realiza su empleador, tal es así que aun cuando el empleador incumpla con esta obligación, el trabajador no pierde su derecho a cobertura (p. 188).

Por estas razones, considero que la forma correcta de restringir el traslado del costo de las prestaciones denegadas o pérdidas al trabajador, constituye una renuncia al derecho de la cobertura de la seguridad social en salud, toda vez que como ya lo hemos precisado, el derecho a la cobertura se adquiere por la sola condición de trabajador y se deriva de los principios que inspiran al derecho de la seguridad social en salud, pues ante la imposibilidad de prestar labor efectiva y, por ende, recibir una remuneración, la seguridad social prevé un resarcimiento económico derivado de una obligación del Estado de otorgar garantías mínimas para el goce efectivo de este derecho progresivo y universal.

4.3. ¿ES POSIBLE QUE EL EMPLEADOR DEJE DE ABONAR, DE FORMA DIRECTA, EL COSTO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO A LOS TRABAJADORES?

A través de la disposición contenida en el Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, aprobado por el Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD- 2011, EsSalud otorgó la facultad de trasladar la

obligación del pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad a los empleadores con cargo a ser posteriormente reembolsados, pues en el artículo 14 de la disposición en mención se señala lo siguiente:

Artículo 14: Prestaciones económicas con cargo a reembolso por parte de ESSALUD.

Las entidades empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios, pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en los incisos a), b) y c) del artículo 12 de la presente norma, los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal y maternidad, en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos.

ESSALUD reembolsará lo efectivamente abonado, siempre y cuando no exceda el monto que corresponda al subsidio y se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo siguiente¹¹ [énfasis añadido].

Del artículo citado podemos apreciar que EsSalud establece que los empleadores pagarán de forma directa los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo y maternidad a sus trabajadores en la misma forma y oportunidad en la que el trabajador reciba su remuneración con cargo a posterior reembolso. En el punto 1.3 del presente trabajo, hemos señalado que Indecopi se ha pronunciado sobre el traslado del costo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud aseverando que es una barrera burocrática ilegal, pues dicha obligación no ha sido establecida por ley.

Al respecto, a fin de no caer en premisas gratuitas respecto a la ilegalidad del pago directo con cargo a reembolso, a continuación, citaré lo que señala la Ley n.º 26790 y su reglamento:

11 EsSalud, Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011.

Artículo 12: Derecho de Cobertura

a) Subsidio por Incapacidad Temporal

[...]

a.3) El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. *Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución.*¹²

Artículo 15: Subsidio por Incapacidad Temporal

[...]

El derecho a subsidio por cuenta del Seguro Social de Salud se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad, la entidad empleadora continúa obligada al pago de la remuneración o retribución [énfasis agregado].

Como se ve, de las normas en mención y a lo largo del desarrollo de ambos cuerpos normativos, en ningún escenario se señala que el empleador tendrá la obligación de realizar un pago directo con cargo a reembolso. Es más, ni se menciona que esta posibilidad será desarrollada de forma reglamentaria. En este punto, es importante señalar que este pago con cargo a reembolso solo ocurre en el sector privado, pues en el ámbito del sector público el pago se realiza de forma directa, dentro de un plazo de diez días hábiles una vez ingresado en el período de cobertura del subsidio, opción que sí ha sido desarrollada por una norma de rango legal, esto es el Decreto Supremo n.º 163-2005-EF¹³.

En ese sentido, y habiendo explicado las múltiples deficiencias de este sistema de pago, además, claro está de su ilegalidad, corresponde analizar un último supuesto y es el de dejar de abonar lo correspondiente al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo a favor del trabajador por parte del empleador de turno.

12 Congreso de la República, Ley de Modernización y Seguridad Social en Salud, Ley n.º 26790.

13 A través de esta norma se establecen los procedimientos para que EsSalud realice el pago del subsidio por incapacidad temporal y maternidad directamente en la cuenta bancaria del trabajador del sector público.

Habiendo determinado que, en efecto, existe una obligación no prevista en la ley exigida al empleador entonces se presentan dos caminos: (i) dejar de abonar el costo, dejando al trabajador que padece de una incapacidad temporal para el trabajo que reclame en el propio EsSalud el pago de forma directa de su subsidio; o (ii) iniciar un procedimiento de declaración de barrera burocrática ilegal ante EsSalud. Ambos caminos los considero posibles y en las líneas siguientes explico el porqué.

En el primer escenario, no se estaría desamparando al trabajador, pues el pago del aporte y la declaración siguen a cargo del empleador, además, las propias normas institucionales de EsSalud prevén un pago directo para asegurados regulares, dicha posibilidad se encuentra recogida en la Directiva n.º 08-GG-ESSALUD-2012 «Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas», aprobada por Resolución de Gerencia General de EsSalud n.º 619-GG-ESSALUD-2012, emitida por EsSalud, en la que señala a la letra lo siguiente:

7.1. Requisitos para solicitar prestaciones económicas: f. Cuando la entidad empleadora haya incumplido con el pago del subsidio, el asegurado efectuará el trámite como pago directo, presentando el formulario 8002 que no requerirá la firma del empleador. Adicionalmente a los requisitos establecidos, según corresponda, el asegurado cumplirá con presentar copia del cargo de la denuncia que haya presentado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por este hecho; la misma que será verificada por ESSALUD como acto previo al otorgamiento del subsidio.

Como se puede apreciar del artículo citado, EsSalud prevé la posibilidad de que el propio asegurado recurra a dicha entidad a solicitar el pago correspondiente del subsidio, pero con el requisito, también ilegal, de acompañar la solicitud con una denuncia al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo porque el empleador no ha cumplido con una obligación que no le exige la ley, nada más peculiar e incongruente en sí mismo.

En virtud de este requisito, de una lectura del Reglamento de la Ley General de Inspección en el Trabajo, Decreto Supremo

n.º 019-2006-TR, la única infracción que se prevé en materia de seguridad social es la siguiente:

Artículo 44: Infracciones graves en materia de seguridad social.

Constituyen infracciones graves la falta de inscripción o la inscripción extemporánea de trabajadores u otras personas respecto de las que exista la obligación de inscripción en el régimen de seguridad social en salud o en el régimen de seguridad social en pensiones, sean estos públicos o privados, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.

Asimismo, constituye infracción grave que el empleador afilie al trabajador a alguno de los sistemas de pensiones, sin previamente haberle entregado el «Boletín Informativo», o que habiéndolo entregado no respete los plazos señalados en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley N° 28991.

Como se puede apreciar, de la lectura de dicha infracción, no existe una infracción en la que se sustente la denuncia exigida por EsSalud al trabajador, y es una exigencia que solo afectaría los intereses del trabajador por obtener su subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

En el otro escenario, teniendo como precedente que Indecopi ya ha declarado en anteriores procedimientos como barrera burocrática ilegal la obligación de trasladar el costo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud al empleador, este último puede iniciar el procedimiento correspondiente de declaratoria de barrera burocrática ilegal, argumentando lo siguiente: el artículo 2 de la Ley n.º 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, define los alcances del concepto de barreras burocráticas en los siguientes términos:

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la administración pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado [énfasis agregado].

De igual forma sustantiva, con relación a la obligación ilegal de trasladar los costos del pago de las prestaciones económicas al empleador por parte de EsSalud, podemos señalar lo siguiente:

1. Impone sobrecostos innecesarios para el empleador, limitando su competitividad en el mercado, pues se tienen que hacer previsiones contables innecesarias que limitan el acceso al crédito, además de los costos en los que se incurre solo en el procedimiento.
2. Es discriminatoria toda vez que injustificadamente causa un impacto mayor en el empleador afectando la capacidad de crédito y competencia en el mercado.
3. Es arbitraria, puesto que no se encuentra regulada ni prevista en normas de orden legal.
4. Es desproporcional debido a que fue adoptada sin tomar en cuenta el impacto en los sobrecostos laborales existentes, así como la existencia de alternativas menos gravosas para lograr dicho objetivo.

En virtud de estas consideraciones es que puedo concluir que el empleador tiene los dos caminos antes mencionados, a fin de objetar el procedimiento de pago directo con cargo a reembolso establecido de forma irregular por EsSalud.

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, debo señalar lo siguiente:

1. En el Perú, la «cobertura» de la seguridad social en salud se encuentra a cargo de diferentes órganos públicos y privados. En el caso que nos concierne, EsSalud es la entidad del Estado que agrupa la mayor concentración de trabajadores asegurados, por lo que, a través de su ley de creación, se le otorga la cobertura de distintas prestaciones económicas, entre las cuales se encuentra el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

2. El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo es un producto del derecho a la seguridad social en salud y busca resarcir la pérdida económica del trabajador, derivada de una incapacidad temporal para el trabajo o un deterioro de la salud.
3. El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo es un concepto distinto a la remuneración, ya que no posee ni la característica de prestación de servicios (el subsidio se brinda por la sola condición de ser trabajador y en ausencia de prestación de labores), ni busca generar una ventaja patrimonial, pues la fuente legal que genera su pago pretende dar cobertura de una contingencia social (incapacidad temporal para el trabajo derivada de enfermedad o deterioro de la salud).
4. Ni la Ley n.º 26790 ni su reglamento prevén la obligación de pagar los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo por el empleador, aquello carece de toda legalidad, pues se ha trasladado al empleador una obligación que no prevé la ley sino una norma de carácter infralegal (Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011).
5. Aún en el contexto antes descrito, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores es inviable a la luz del contenido esencialmente protegido del derecho a la seguridad social en salud y los principios que lo inspiran.
6. Asimismo, partiendo de la premisa de que el subsidio no es un concepto remunerativo, es erróneo señalar que la renuncia o la aceptación al descuento íntegro del subsidio por incapacidad temporal previamente abonado por el empleador afecta la intangibilidad de la remuneración. Por el contrario, aplicando el principio de irrenunciabilidad de derechos, la citada medida sí afectaría el derecho de cobertura a la incapacidad temporal del trabajo, derecho que fue desarrollado para cumplir con la garantía constitucional en el Estado de derecho.

7. Finalmente, en virtud de la obligación ilegal que constituye el traslado del costo por las prestaciones económicas, en este caso de subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, el empleador, puede tener dos vías plenamente legales (i) iniciar un procedimiento de denuncia de barrera burocrática ilegal, a fin de que se declare ello en los procedimientos que la empresa tenga en EsSalud; de otro lado (ii) dejar de abonar el costo del período de subsidio, sin que ello suponga desamparar al trabajador, pues este último tiene la posibilidad de solicitar el pago directo.

REFERENCIAS

- AELE (2010). Prestaciones económicas en seguridad social: análisis, comentarios, modelos de documentos, formularios, legislación aplicable. *Revista Análisis Laboral*.
- Fajardo, M. (1975). *Derecho de la seguridad social*. P. L. Villanueva.
- Gonzales, C. (2011). *Derecho laboral general*. Caballero Bustamante.
- Loyola, C. I. (2015). *Niveles de afiliación de trabajadores dependientes a entidades prestadoras de salud en el marco del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neves, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. Facultad de Derecho PUCP.
- Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (1998). *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS.
- Pacheco, R. (2012). *Manual de la seguridad social: sector privado y público*. Instituto de Investigación Horizonte Empresarial.
- Pizarro, M. (2006). *La remuneración en el Perú: análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzalez & Asociados.

Plá, A. (1964). *La seguridad social en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria.

Rendón, J. (1985). *Derecho de la seguridad social*. Tarpuy.

Tribunal Constitucional (2005a). Expediente n.º 0050-2004-AI y otros. Lima: 17 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional (2005b). Expediente n.º 1417-2005-AA/TC. Lima: 8 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional (2014). Expediente n.º 0020-2012-PI/TC. Lima: 16 de abril de 2014.