

## LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PAGADAS A TRAVÉS DEL EMPLEADOR ¿UNA BARRERA BUROCRÁTICA?

**Evelin Coloma Cieza**

*Abogada summa cum laude por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Asociada del Estudio Llona & Bustamante Abogados. Miembro del comité editorial de las revistas Asesoría Laboral e Informativo Caballero Bustamante. Magíster en Asesoramiento y Consultoría Jurídico Laboral en la Universidad Carlos III de Madrid<sup>(\*)</sup>*

*(\*) La autora agradece la colaboración brindada en la investigación para la realización del presente artículo al Dr. Juan Pablo Aramburú Carbajal y la señorita María Fernanda Canepa Oliva, miembros del Estudio Llona & Bustamante Abogados.*

**Voces:** Seguridad social – Prestación de salud – Prestaciones económicas - Subsidio – Seguro Social de salud – Empresa – Empleador – Tribunal Constitucional.

### 1. Introducción

La Seguridad Social es un derecho humano fundamental, reconocido y promovido por diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

En nuestro país este derecho tiene reconocimiento constitucional, así el artículo 10° de la Constitución Política de 1993 establece, “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”.

Como se puede apreciar este derecho genera en el Estado el deber primordial de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones por entidades públicas o privadas que quedan bajo supervisión y fiscalización estatal.

En atención a ello, la función de administrar el Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud - RCSS se encuentra a cargo del Seguro Social de Salud - EsSalud, organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno adscrito al sector trabajo, con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable, y por tanto es una de las instituciones encargadas de administrar la seguridad social en el país.

Esta entidad tiene como finalidad esencial brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, sociales y económicas. Estas últimas otorgadas a través de subsidios, los cuales constituyen el monto de dinero que se otorga a los asegurados como subvención económica ante una situación de incapacidad temporal, maternidad o nacimiento de un hijo (lactancia); y finalmente la prestación por sepelio.

Los empleadores son parte importante del sistema establecido para otorgar la cobertura de seguridad social a los trabajadores, y en virtud de ello tienen sus propios deberes y responsabilidades.

En relación con la seguridad social en salud, el empleador debe realizar un aporte equivalente al 9% de las remuneraciones de sus trabajadores para habilitar su cobertura de salud, así como pagar los primeros 20 días de descanso médico que se otorgue a los mismos cada año, como consecuencia de una incapacidad temporal.

Por su parte EsSalud, según lo establecido en la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, **tiene el deber** de otorgar a sus asegurados regulares el subsidio por incapacidad temporal generado a partir del día 21 del descanso médico, así como el monto correspondiente al subsidio por maternidad. En ambos casos el subsidio tiene como finalidad resarcir el lucro cesante como consecuencia de la incapacidad sufrida o el alumbramiento.

Sin embargo, mediante Acuerdo de Gerencia General N° 59-22-Es-Salud-99 de fecha 09.12.99 (derogado por el Acuerdo N° 58-14-ES-SALUD-2011, publicado el 28 de julio de 2011), emitido por EsSalud, esta institución ha transferido esta obligación, que se le atribuye por ley, y como tal constituye una competencia exclusiva e indelegable de ésta., a los empleadores. Desconociendo y contraviniendo lo dispuesto por la Ley N° 26790 y su Reglamento que determinan en forma clara que las prestaciones económicas por incapacidad temporal y maternidad son de cargo de EsSalud, obligación que no puede ser trasladada a los empleadores al amparo de un Acuerdo de Gerencia General, que lejos de complementar las normas dictadas –como le está permitido– ha realizado una modificación de su contenido.

Adicionalmente a ello, debemos precisar que EsSalud hace una distinción entre los empleadores privados y el Estado como empleador, pues a los trabajadores del Estado, en virtud del Decreto Supremo N° 163-2005-EF (30.11.2005) les paga directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad mediante un depósito en su cuenta de haberes. El tratamiento que EsSalud brinda a los subsidios de los trabajadores del Estado confirma que el pago de estos subsidios debe ser siempre asumido por esta institución, por lo que el Acuerdo que establece lo contrario es ilegal.

Precisamente sobre el alcance de su autonomía técnica y finalidad, han surgido una serie de dudas y denuncias ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual -INDECOPI, que versan sobre la supuesta imposición de barreras burocráticas ilegales que EsSalud impone a los empleadores, al establecer que son estos últimos quienes deberán hacerse cargo del pago de los subsidios por maternidad e incapacidad temporal, con cargo a ser reembolsados posteriormente por EsSalud.

Al respecto, Indecopi a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se ha pronunciado de forma disímil con relación a la presunta imposición de una barrera burocrática por EsSalud a los empleadores denunciantes.

En ese sentido, en la Resolución de INDECOPI N° 0773-2009/SCI-INDECOPI de fecha 24 de julio de 2009, declara la imposición del pago de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad a los empleadores como una barrera burocrática ilegal, y finalmente por Resolución N° 0019-2016-CEB-INDECOPI de fecha 15 de enero de 2016 esta institución concluyó que esta disposición constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Sin embargo, al momento de emisión de estas resoluciones los efectos de la mismas se aplicaban al caso concreto, vale decir, no tenía alcance general, lo cual no permitía resolver el problema que generó esta barrera burocrática a los administrados de forma general.

No obstante ello, al cierre de la presente edición (07 de diciembre de 2016) el Poder Ejecutivo anunció la aprobación de la **“Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas”**, la cual tiene como principal novedad la unificación de todas las normas dispersas en materia de barreras burocráticas. Asimismo, cuando esta norma entre en vigencia, las resoluciones que expidan los órganos competentes en materia de eliminación de barreras burocráticas de INDECOPI, tendrán efectos generales, pues la decisión proveída se aplicará tanto al caso concreto como a cualquier otro en donde se presente la misma barrera burocrática cuestionada.

## 2. Seguridad social en salud<sup>(1)</sup>

Como señalamos en los puntos anteriores, la Ley N° 26790 y la Ley N° 27056, establecen que las prestaciones de Seguridad Social en Salud, son asumidas por el Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud (RCSSS) a cargo del Seguro Social de Salud - ESSALUD, organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno adscrito al sector trabajo, con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable; la cual se constituye como una de las instituciones encargadas de administrar la seguridad social en el país, otorgando cobertura a sus asegurados, brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales.

## 3. Prestaciones de la seguridad social en salud

- De salud:
  - Preventivas
  - Promocionales
  - De recuperación
- De bienestar y promoción
  - Proyección
  - Ayuda social
  - Rehabilitación
- Económicas
  - Subsidios: incapacidad temporal, maternidad, lactancia
  - Prestaciones por sepelio

- Riesgos humanos
  - De libre contratación
  - A través de agentes: seguros potestativos, seguro complementario de trabajo de riesgo, coberturas nacionales.

La Ley N° 26790 regula las principales disposiciones referentes al Seguro Social de Salud, tales como las prestaciones, el derecho de cobertura, el pago de los aportes, el derecho a los subsidios, el derecho especial de cobertura de desempleo, entre otros. El Reglamento de la Ley N° 26790, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, por su parte, desarrolla cada una de las disposiciones contenidas en la Ley, tales como las prestaciones, los seguros potestativos, los planes de salud, entre otros.

Conforme dispone la Ley N° 26790, las prestaciones económicas que comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y los gastos por sepelio, se otorgan con el objetivo de permitir a los asegurados enfrentar de la mejor manera contingencias tales como la incapacidad temporal, la maternidad, el nacimiento de un hijo o el fallecimiento de un asegurado, siendo obligaciones a cargo exclusivamente de EsSalud.

Sin embargo, pese a que Ley N° 26790 regula expresamente la obligación de EsSalud de otorgar a sus afiliados las prestaciones económicas o subsidios, en el año 1999 esta institución promulgó el Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, Acuerdo N° 59-22-ESSALUD-99 (derogado por el Acuerdo N° 58-14-ESSALUD-2011), que establece en su artículo 11 (actualmente artículo 11 del Acuerdo N° 58-14-ESSALUD-2011) que las entidades empleadoras de asegurados regulares y asegurados agrarios, pagaran directamente a sus trabajadores o socio de cooperativas de trabajadores, los montos correspondientes a los subsidios por incapacidad temporal y maternidad, señalando además que EsSalud reembolsará lo efectivamente abonado, siempre y cuando no se exceda el monto que corresponda al subsidio y se cumplan con los requisitos establecidos en la propia norma.

Si bien el Acuerdo N° 59-22-ESSALUD-99 fue derogado por el Acuerdo N° 58-14-ESSALUD-2011, publicado el 28 de julio de 2011, el cual regula el nuevo Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas; la actual regulación conserva la disposición que traslada la obligación de pago (en un primer momento) de los subsidios de maternidad e incapacidad temporal de los afiliados regulares a EsSalud a los empleadores.

Así, tenemos que si bien la Ley 26790 señala como obligado al pago de las prestaciones económicas a EsSalud, actualmente dicha institución, en aplicación de lo establecido en el artículo 11 del Acuerdo N° 58-14-ESSALUD-2011, contempla lo siguiente:

### 3.1. Forma de pago de las prestaciones económicas

Las prestaciones económicas pueden ser pagadas por el empleador o por el ESSALUD.

#### a. Pago de prestaciones a través del empleador (sistema de reembolso)

El empleador está obligado al pago de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad en forma directa, los cuales deberán ser entregados en la misma forma y oportunidad en que el asegurado percibe sus remuneraciones.

También está obligado al pago de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad de los trabajadores portuarios que estuvieran prestando servicios cuando ocurran las situaciones que dan lugar al pago de los subsidios.

#### b. Pago de prestaciones a cargo de ESSALUD (pago directo)

Corresponderá a EsSalud el pago de los subsidios por lactancia y las prestaciones por sepelio para todos los asegurados, así como los subsidios por incapacidad temporal y maternidad para los trabajadores de construcción civil, trabajadoras del hogar y trabajadores pesqueros.

Asimismo, será el ESSALUD quien otorgará los subsidios por incapacidad y maternidad cuando el trabajador portuario no estuviese prestando servicios para ningún empleador.

Cuando el empleador no se encuentre al día en el pago de los aportes que permiten obtener el subsidio por lactancia y gastos de sepelio, el ESSALUD otorgará al asegurado o beneficiario, según corresponda, estas prestaciones y posteriormente exigirá lo pagado al empleador.

#### c. Pago de subsidios a trabajadores del sector público

Mediante el D.S. N° 163-2005-EF (02.12.2005) se ha establecido el procedimiento de pago directo de las prestaciones económicas al trabajador del sector público, precisándose que el pago de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia serán directamente abonados a la cuenta bancaria del trabajador en la cual se le deposita la remuneración.

#### c.2. Procedimiento para solicitar el pago del subsidio

Las unidades ejecutoras del presupuesto del sector público, bajo responsabilidad del director general de administración o quien haga sus veces, remitirán a ESSALUD, conjuntamente con la solicitud, la información y los documentos correspondientes, para el trámite de los referidos subsidios del personal de la entidad comprendido en dicho beneficio.

#### c.3. Prohibición

Esta norma establece la prohibición de que las Unidades Ejecutoras empleen el presupuesto institucional para el pago de los subsidios a cargo del ESSALUD.

### 4. Sistema de reembolso de las prestaciones otorgadas por el empleador

ESSALUD procederá a reembolsar al empleador el monto de lo pagado como subsidio, siempre que no exceda el monto que corresponda al mismo (conforme al cálculo establecido en las normas vigentes), y sólo a aquellos empleadores que hayan estado al día en el pago de las aportaciones requeridas para que el asegurado haya tenido derecho a percibir el subsidio.

Adicionalmente, deberá haber declarado y pagado o contar con un fraccionamiento vigente, las aportaciones de los 12 meses anteriores a los 6 meses previos al inicio de la contingencia, entendida como el mes en que ocurra el evento que origina el otorgamiento de la prestación, siempre que se cumpla con el Procedimiento establecido en Acuerdo N° 58-14-2011-ESSALUD (anteriormente regulado por el Acuerdo N° 59-22-ESSALUD-99)

#### 4.1. Reembolso a entidades empleadoras morosas

No procederá la entrega de las órdenes de pago, cheques o depósitos en cuenta bancaria por concepto de reembolso por subsidios, en caso el ejecutor coactivo haya dispuesto la aplicación de medidas cautelares sobre dicho crédito, sin perjuicio de lo cual, ESSALUD emitirá una comunicación con el detalle de los trabajadores subsidiados, monto individual y otra información pertinente, que será entregada a la entidad empleadora.

La aplicación de las medidas cautelares puede originarse en deudas provenientes de las contribuciones al RCSSS, de las obligaciones al SCTR y al Fondo de Derechos Sociales del Artista, así como de las constituidas por el costo de las prestaciones otorgadas a los trabajadores de entidades empleadoras morosas y multas.

#### 4.2. Cobro por parte de EsSalud a entidades empleadoras morosas<sup>(2)</sup>

En lo que concierne a las prestaciones del Seguro Social de Salud, se ha dispuesto que tendrán derecho a las mismas, los afiliados regulares y sus derechohabientes siempre que aquellos cuenten con 3 meses de aportación consecutivos o con 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia.

Subsidio	ENCARGADO DEL PAGO DEL SUBSIDIO		
	Entidad que paga el subsidio	Empleador (reembolso)	ESSALUD (pago directo)
Subsidio por incapacidad temporal		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asegurados regulares</li> <li>- Asegurados agrarios dependientes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Trabajadores del hogar</li> <li>- Trabajadores de construcción civil</li> <li>- Asegurados agrarios independientes</li> <li>- Pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes</li> <li>- Trabajadores del sector público</li> </ul>
Subsidio por maternidad		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asegurados regulares</li> <li>- Asegurados agrarios dependientes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Trabajadores del hogar</li> <li>- Trabajadores de construcción civil</li> <li>- Asegurados agrarios independientes</li> <li>- Pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes</li> <li>- Trabajadores del sector público</li> </ul>
Subsidio por lactancia			<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asegurados regulares</li> <li>- Asegurados agrarios dependientes e independientes</li> <li>- Trabajadores del hogar</li> <li>- Trabajadores de construcción civil</li> <li>- Pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes</li> <li>- Trabajadores del sector público</li> </ul>
Subsidio por gastos de sepelio			<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asegurados regulares</li> <li>- Asegurados agrarios dependientes e independientes</li> <li>- Trabajadores del hogar</li> <li>- Trabajadores de construcción civil</li> <li>- Pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes</li> </ul>

Cuadro publicado en:  
 COLOMA Cieza, Evelin; CASTILLO Guzmán, Jorge  
 Compendio de Derecho Laboral Peruano. Lima, Ediciones Caballero Bus-  
 tamante, 2011. Páginas 685.

#### c.1. Plazo para el abono

El abono de los subsidios se realizará dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud por parte de la correspondiente Unidad Ejecutora.

El pago de las aportaciones por parte del empleador a favor de los afiliados regulares es obligatorio, con lo cual el incumplimiento de dicha obligación da lugar a la aplicación de los intereses y sanciones correspondientes.

En tal sentido, la falta de pago oportuno por parte del empleador de las aportaciones a favor de los afiliados regulares no determina que éstos dejen de percibir las prestaciones que les correspondan; éstas serán otorgadas, no obstante ESSALUD, utilizando la vía coactiva, tendrá la facultad de repetir contra el empleador por las prestaciones brindadas.

Así, cuando el empleador no se encuentre al día en el pago de la aportación que da derecho a la cobertura o hubiera cumplido con ésta fuera del plazo establecido por la autoridad tributaria, ESSALUD las prestaciones económicas correspondientes, sin perjuicio del derecho de esta institución de exigir posteriormente al empleador el reembolso del monto de la prestación que otorgó.

De esta forma, EsSalud o la entidad prestadora de salud (EPS) que corresponda, tendrá derecho a exigir al empleador, el reembolso de las prestaciones brindadas a sus afiliados regulares y derechohabientes, cuando éste incumpla con:

- La obligación de declaración y pago del aporte total de los 3 meses consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses anteriores al mes en que se inició la contingencia; y/o
- La obligación de pago total de los aportes de los 12 meses anteriores a los 6 meses previos al mes en que se inició la contingencia. Para ello, no se considerará como incumplimiento, los casos en que los aportes antes referidos se encontraran acogidos a un fraccionamiento vigente.

Conforme con estas disposiciones, ESSALUD promulgó la Resolución de Gerencia Central de Finanzas N° 104-GCF-OGA-ESSALUD-2010, mediante la cual se dispuso la aprobación de la Directiva N° 004-GCF-OGAESSALUD-2010, la cual contiene los Procedimientos para la Determinación y Cobranza a Entidades Empleadoras Morosas.

## 5. Evolución de las posiciones del Indecopi sobre el tema

Como señalamos al inicio del presente artículo, Indecopi, a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se ha pronunciado de manera diversa y bajo distintas perspectivas y argumentos jurídicos sobre la condición de barrera burocrática ilegal o irrazonable de la imposición establecida por Essalud a los empleadores para que éstos paguen los subsidios de la seguridad social a sus trabajadores y que luego soliciten a EsSalud el reembolso de dichos pagos.

### 5.1. Barreras burocráticas.

Con relación a las barreras burocráticas ilegales o irracionales y la forma como estas afectan a los agentes del mercado debemos tener en cuenta lo siguiente:

#### a. Concepto.

Se entiende por barreras burocráticas a las condiciones y cobros que imponen las entidades de la Administración Pública a los agentes económicos para acceder o permanecer formalmente en el mercado, y que limitan la com-

petitividad empresarial perjudicando el acceso o la permanencia de los agentes en el mercado.

Las barreras burocráticas pueden ser exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros en el desarrollo de actividades económicas o en la tramitación de procedimientos administrativos.

#### b. Tipos.

Las barreras burocráticas pueden ser de acceso o de permanencia:

- Barreras burocráticas de acceso. Son aquellas que impone la Administración Pública a los agentes económicos para que puedan acceder al mercado formal, por ejemplo: obtener el RUC, tramitar una licencia de funcionamiento o registro sanitario, entre otros.
- Barreras burocráticas de permanencia. Se presentan cuando la Administración Pública impone nuevas condiciones a los agentes económicos que ya se encuentran en el mercado y que pueden afectar su permanencia en éste. Estas pueden ser, por ejemplo, la exigencia de renovar una licencia de funcionamiento, el pago de arbitrios municipales, entre otros.

Ante todo ello, cabe precisar que las barreras burocráticas no son negativas *per se*, pues en principio estas disposiciones buscan que el ejercicio de la libre iniciativa y la libertad de empresa se ejerciten en cumplimiento y observancia de los intereses de la colectividad, cuya tutela está a cargo de la Administración Pública.

Sin embargo, pueden presentarse supuestos en los cuales las barreras burocráticas serán ilegales o desproporcionadas, esto se da cuando se configuren supuestos de arbitrariedad o no sean razonables en función a lo que se quiere proteger con ellas y se generan sobrecostos innecesarios para el Estado, las empresas y los consumidores, siendo estos últimos los más afectados ya que se limitan la competencia y competitividad en el mercado<sup>(3)</sup>.

La determinación de disposiciones administrativas como barreras burocráticas ilegales tiene sustento en lo dispuesto por nuestra Constitución Política de 1993, que ha delimitado la actuación del Estado en una economía social de mercado, siendo en este sentido roles del Estado, los siguientes:

- La libre iniciativa privada.
- Estimular la creación de la riqueza: garantizar la libertad en el trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.
- El Estado reconoce el pluralismo económico, donde el Estado únicamente autorizado por Ley podrá ejercer subsidiariamente actividad estatal.
- El Estado defiende el interés de los consumidores y vela por la seguridad y salud de la población.

Sobre el particular, debemos tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional que concluye luego de una interpretación sistémica de la Constitución vigente que el Estado peruano se sustenta en principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular separación de las funciones supremas de poder y recono-

cimiento de los derechos fundamentales. Principios de los cuales se deriva el reconocimiento de una economía social de mercado. Asimismo, el Tribunal Constitucional determina los supuestos que caracterizan al Estado Social y Democrático de Derecho, conforme lo siguiente:

- Supuestos económicos: bienestar social, mercado libre, rol subsidiario del Estado.
- Supuestos sociales: Estado de integración social que busque conciliar los intereses de la sociedad.
- Supuestos políticos: Democratización e integración del Estado.

Conforme dispone la Constitución económica, el propósito es garantizar los derechos sociales mediante su reconocimiento legislativo, a través de políticas activas de protección social, en base a la convicción de que en el mercado, se combinan la propiedad privada de los medios de producción, y ésta constituya la modalidad más eficiente de coordinación económica y una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política.

Como podemos apreciar, la Constitución reconoce la libertad del funcionamiento del mercado con límites razonables de intervención estatal en caso se establezcan normas que pongan en peligro los propósitos sociales, buscando proteger al individuo de los riesgos económicos, promueve la competencia, organiza los mercados, entre otros<sup>(4)</sup>.

## 5.2. Distintas posiciones de Indecopi.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi ha tomado distintas posiciones ante el cuestionamiento de la ilegalidad o irrazonabilidad del pago de los subsidios a través de los empleadores, en cuanto barrera burocrática. A continuación, reseñamos las resoluciones sobre el tema:

### **Resolución N° 0066-2008/CAM-INDECOPI (17.08.2008)**

Indecopi concluye que EsSalud no se encuentra facultado para establecer mediante acuerdo de gerencia que los empleadores deban pagar directamente los subsidios correspondientes a incapacidad temporal y maternidad. De ahí que, esta imposición constituye una barrera burocrática ilegal, resolviendo declarar fundada la denuncia del empleador denunciante.

### **Resolución N° 0023-2008/SC1-INDECOPI (15.10.2008)**

A diferencia del caso anterior, en este expediente el Indecopi afirma que al imponer el pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad, EsSalud hace ejercicio de su facultad legal de reglamentación, pues estas competencias le fueron otorgadas por las leyes y reglamentos que rigen sus actividades, concluyendo que la imposición a los empleadores del pago directo de los subsidios de sus trabajadores asegurados no constituye una barrera burocrática ilegal.

### **Resolución N° 0024-2008/SC1-INDECOPI(15.08.2008)**

Coincidiendo con la resolución anterior, el Indecopi señala que si bien es cierto, es importante brindar al empresariado las facilidades necesarias para que ejerzan su actividad eco-

nómica, ésta no puede estar por encima del derecho de los trabajadores, de gozar de manera oportuna y eficaz de sus subsidios y declara que no constituye una barrera burocrática ilegal la obligación de los empleadores de pagar directamente las prestaciones económicas por incapacidad temporal o maternidad a sus trabajadores.

### **Resolución N° 0773-2009/SC1-INDECOPI(24.07.2009)**

Sobre la base de argumentar que la facultad de reglamentación no debe ser entendida como la capacidad de involucrar a terceros ajenos a la obligación que por mandato legal corresponde a EsSalud, el Indecopi señala que el EsSalud al imponer a los empleadores la obligación de pagar directamente los subsidios, con cargo a ser reembolsados, no estaría reglamentando sino efectuando un traslado temporal de obligaciones que en ninguna ley le ha sido permitido, excediendo claramente sus competencias. Así, la Sala resuelve que la imposición a los empleadores de pagar directamente a sus trabajadores los subsidios de incapacidad temporal y maternidad constituyen la imposición de una barrera burocrática ilegal por parte de EsSalud.

#### **5.2.1 Posición actual del Indecopi**

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, sin dejar de reconocer que ha tenido posiciones cambiantes sobre este tema, ha emitido la resolución N° 0019-2016-CEB-INDECOPI, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala Civil Perante de la Corte Suprema de Justicia en el proceso contencioso administrativo (seguido por EsSalud solicitando la declaración de nulidad de las Resoluciones N° 001-2009/CEB-Indecopi y N° 0773-2009/SC1-INDECOPI, donde asume una nueva posición, y determina que la obligación contenida en el Acuerdo 59-22-ESSALUD-99 constituye una barrera burocrática irrazonable.

A continuación, resumimos el contenido de la resolución N° 0019-2016-CEB-INDECOPI, y la N° 0773-2009/SC1-INDECOPI.

### **Resumen de la resolución N° 0019-2016/CEB-Indecopi (15.01.2016)**

#### **Datos generales**

Denunciante: Transber SAC.

Denunciada: Essalud.

Expediente: N° 000072-2008/CAM.

#### **La Denuncia**

Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2008, Transber SAC interpuso denuncia contra el Seguro Social de Salud por la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad originada en la exigencia por parte de Essalud de obligar a la denunciante a pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad a favor de sus trabajadores, establecida en el artículo 8° del Acuerdo N° 59-22-ESSALUD, Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas.

Fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos:



- (i) No se ha identificado la disposición que contemple como obligación de los empleadores el pago directo de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad a favor de sus trabajadores, con cargo a ser reembolsados.
- (ii) La obligación de los empleadores para el caso de incapacidad temporal se circunscribe al pago de remuneraciones hasta el vigésimo día de incapacidad.
- (iii) El artículo 1° de la Ley de Creación de Essalud establece que dicha entidad tiene la obligación de dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes.
- (iv) Essalud no puede imponer obligaciones a los empleadores pues ellos no están considerados como parte de la relación jurídica.
- (v) Las facultades reglamentarias de Essalud respecto del pago de subsidios por incapacidad temporal y maternidad no le permiten establecer obligaciones a los empleadores.  
Mediante resolución N° 0130-2008/STCAM-INDECOPI del 8 de agosto de 2008 se admitió a trámite la denuncia. Essalud contestó lo siguiente:
  - (i) La denegatoria de reembolso contra la denunciante no fue una barrera burocrática pues se trató del cómputo de un plazo de prescripción que figuraba en la ley, el cual venció.
  - (ii) La denunciante no ha acreditado que Essalud le haya impuesto alguna exigencia que limite su competitividad en el mercado, de manera que sea una barrera burocrática.
  - (iii) No es la función de Indecopi evaluar la legalidad o ilegalidad de las normas.
  - (iv) Essalud tiene facultadas para trasladar a los empleadores la obligación de pagar los subsidios por incapacidad temporal y maternidad con cargo a reembolso.
  - (v) El artículo 9° de la Ley 26790 y los artículos 14°, 15° y 16° de su reglamento establecen las competencias que tiene Essalud para emitir normativa complementaria.
  - (vi) El reglamento de Pago de Prestaciones Económicas regula el pago por parte de los empleadores de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad.

## Análisis

### A. Competencia de la Comisión y metodología de análisis del caso

Toda exigencia, cobro, limitación o impedimento que son impuestos por las entidades administrativas del Estado que impacte en el desarrollo de actividades económicas a cargo de los agentes económicos constituye una barrera burocrática en mérito a que son costos que estos deben asumir, por lo que cualquier persona que se considere afectada por dichas barreras burocráticas tiene el derecho a denunciarlas ante la Comisión. No hay ningún agravio a Essalud pues la Comisión es competente para conocer las denuncias sobre barreras burocráticas.

### B. Cuestiones previas

#### Del procedimiento de reembolso solicitado por la denunciante a Essalud:

En el procedimiento se pretende cuestionar únicamente la obligación de pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad.

### Del mandato de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia:

La Sala Civil considera que Essalud se encuentra facultado para reglamentar las prestaciones en dinero a favor de los trabajadores, por lo que la entidad denunciada si cuenta con las competencias para imponer la exigencia objeto de la denuncia, por lo que ello no constituye una barrera burocrática ilegal.

No corresponde efectuar el análisis de legalidad de dicha exigencia, pues existe un pronunciamiento judicial vinculado a la legalidad de la exigencia en análisis, el cual ya es cosa juzgada.

### C. Evaluación de razonabilidad

Se debe evaluar si la exigencia objeto de denuncia es una barrera burocrática carente de razonabilidad.

En Perú, conforme al artículo 26BIS° Del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033, se ha asignado a la Comisión el encargo de verificar la razonabilidad de las barreras burocráticas que sean impuestos a los agentes económicos por parte de las entidades de la Administración Pública; y de disponer su inaplicación al caso concreto.

Para justificar la razonabilidad de la exigencia impuesta, corresponde a Essalud acreditar el cumplimiento de los siguientes aspectos:

- i. Que la exigencia cuestionada se encuentra justificada por un interés público y que es idónea para solucionar el problema que lo afecta.
- ii. Que la exigencia cuestionada es proporcional a los fines que se quiere alcanzar.
- iii. Que la exigencia cuestionada es la menos gravosa para el administrado con relación a otras opciones existentes.

#### C.1. Interés público

Es necesario acreditar la existencia de una problemática concreta y desarrollar la manera de cómo es capaz de solucionar dicho problema. Por ello, la entidad se encuentra obligada a sustentar:

- Si efectivamente existe una problemática que afecte un interés público a su cargo
- Si lo que se pretende obtener con la barrera burocrática cuestionada se vincula al mencionado interés
- Si la barrera burocrática cuestionada es una medida capaz de solucionar la problemática específica.

A pesar de ello, Essalud no presentó argumentos ni documentación que justifica la imposición de la exigencia denunciada y como a través de la misma contribuiría con la finalidad de resguardar el interés público que pretendía tutelar.

La barrera burocrática objetada no supera la primera etapa del análisis de razonabilidad.

#### C.2. Proporcionalidad

Para determinar la proporcionalidad de una medida, la autoridad debe haber evaluado la magnitud de los costos que los agentes económicos afectado deberán soportar a consecuencia de su imposición, en comparación con los beneficios que genera para la sociedad.

Essalud tiene la carga de acreditar que ha evaluado:

- Los costos que irroga para el administrado, la implementación y el cumplimiento de la medida cuestionada.
  - Los costos que irroga para la propia entidad, la implementación y fiscalización del cumplimiento de la medida.
  - Los beneficios que genera esta medida para la sociedad.
  - Que estos beneficios son mayores a los costos antes indicados.
- La acreditación puede efectuarse a través de la presentación de estudios, informes u otro medio probatorio similar, que permita verificar que el procedimiento de adopción de la decisión pública no ha sido arbitrario.

A pesar de eso, Essalud no incorporó documentación alguna que justifique que, cuando impuso la exigencia denunciada, evaluó la magnitud o la proporcionalidad de la medida en los términos antes expuestos. Por ello, la exigencia denunciada no supera el segundo punto del análisis de razonabilidad.

### C.3. Medida menos gravosa

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10) del artículo 55° de la Ley N° 27444, es derecho de los administrados que las actuaciones de las entidades administrativas sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

Por ello, la entidad denunciada debe prestar información y/o documentación que acredite:

- La valoración de otras alternativas igualmente satisfactorias para conseguir la finalidad pública que se persigue.
- La elección de la opción menos gravosa para el administrado entre las opciones determinadas.

Sin embargo, Essalud no adjuntó documentación alguna que acredite que cuando impuso dicha obligación tuvo en consideración otras medidas y que la ahora cuestionada era una de las menos gravosas.

Por tal razón, la exigencia por parte de Essalud de obligar a la denunciante a pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad a favor de sus trabajadores, establecida en el artículo 8° del Acuerdo N° 59-22-ESSALUD, constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

### D. Del cumplimiento de otros mandatos derivados de la sentencia del Poder Judicial

La Sala Civil dispuso que la Comisión emita un pronunciamiento respecto de lo siguiente:

- i. La relación de la barrera burocrática denunciada con el principio de solidaridad
- ii. El hecho que la facilitación al empresario no puede generar desprotección al trabajador que le impida de manera sencilla y rápida obtener las prestaciones de seguridad social necesarias para su cautela.

Con relación al punto i) debe señalarse que el principio de solidaridad se entiende como el conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesita con el aporte de los contribuyentes y del Estado. Dicho concepto encuentra su base normativa en lo establecido en el numeral 2) del artículo 4° de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.

Teniendo en cuenta que la barrera burocrática materia de evalua-

ción no incide en el financiamiento del sistema de salud sino se encuentra vinculado a los montos en dinero que se otorgan a los asegurados como una subvención económica ante una situación de incapacidad temporal o maternidad, el principio de solidaridad no se encuentra relacionado al objeto de análisis en el presente caso. Por ello, en la medida que el principio de solidaridad en materia de seguridad social es una directriz que tiene vinculación con las contribuciones con las cuales se financia el sistema de salud (aspecto tributario) y no con el procedimiento a través del cual se transfiere la obligación de pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad (aspecto operativo), se debe establecer que el citado principio no puede ser aplicado para el análisis del presente caso.

Respecto al punto ii), se debe indicar que el pronunciamiento emitido por la Comisión en el presente caso no genera desprotección al trabajador con relación a su derecho a beneficiarse con un subsidio en los casos de incapacidad temporal o maternidad, el cual se encuentra plenamente vigente y no ha sido materia de controversia y análisis en el presente caso.

### E. Precisión final

La Comisión únicamente ha efectuado la evaluación de la exigencia por parte de Essalud de obligar a la denunciante a pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal a favor de sus trabajadores, contenida en el artículo 8° del Acuerdo N° 59-22-ESSALUD publicado el 9 de diciembre de 2009.

En ese sentido, la evaluación efectuada en el presente caso no importa un análisis de la legalidad y/o razonabilidad de las disposiciones contenidas en el Acuerdo N° 58-14-ESSALUD-2011 publicado el 28 de julio de 2011, el cual derogó el Acuerdo N° 59-22-ESSALUD.

### Decisión

**Primero:** declarar que constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad la exigencia por parte del Seguro Social de Salud de obligar a la denunciante a pagar directamente los subsidios por incapacidad temporal y maternidad a favor de sus trabajadores, establecida en el artículo 8° del Acuerdo N° 59-22-ESSALUD, Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas; y en consecuencia, fundada la denuncia presentada por Transber S.A.C.

**Segundo:** disponer la inaplicación al caso concreto de Transber S.A.C. de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el acápite primero, y de todos los actos administrativos que la materialicen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868.

### Resumen de la Resolución N 0773-2009-EC1-Indecopi (24.07.2009)

#### a. Argumentos de la denunciante

- Las normas de la seguridad social no imponen a los empleadores la obligación de pagar los subsidios por incapacidad.
- Dicha obligación ha sido impuesta por la normativa dictada por el propio Essalud.

- Las facultades reglamentarias que la ley le confiere al Essalud no le permiten imponer a los empleadores obligaciones que no están establecidas en la Ley o su reglamento.
- En el caso de los trabajadores del sector público, la obligación no recae en el empleador sino en el mismo Essalud.

#### b. Argumentos de Essalud

- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no es competente por que la exigencia del Essalud de que los empleadores paguen los subsidios no constituye una barrera burocrática
- La normativa de la seguridad social (Ley N° 26790 y DS N° 009-97-SA) establece que el Essalud debe dictar la normativa complementaria para las diferentes circunstancias en el otorgamiento de los subsidios.
- Essalud tiene la suficiente autonomía otorgada por su Ley Orgánica, para el traslado a los empleadores del pago de los subsidios, con cargo a un posterior reembolso

#### c. Puntos controvertidos

- Si la Comisión es competente para pronunciarse sobre el caso planteado.
- Si constituye una barrera burocrática ilegal o irrazonable la obligación de los empleadores de pagar a sus trabajadores los subsidios por incapacidad, de acuerdo con las normas emitidas por el propio Essalud.

#### d. Análisis de la Sala los puntos controvertidos

La Sala hace un análisis de cada uno de los puntos controvertidos, los cuales reseñamos a continuación:

##### Primer punto controvertido

- La Ley de organización y funciones del Indecopi señala que la Comisión es la encargada de conocer de los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, que generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.
- La Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada indica que son "barreras burocráticas aquellos actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública mediante las cuales se establecen exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa y que limitan la competitividad empresarial en el mercado".
- El artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece la facultad de la Comisión de inaplicar en algún caso concreto las barreras democráticas aun cuando estas provengan o se fundamente en actos normativos.
- El mecanismo que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto para el cuestionamiento de las barreras administrativas en sede administrativa es a través de la Comisión.
- Se establecen importantes conceptos:

- "(...) todo acto o disposición de la Administración Pública que imponga la tramitación de procedimientos, establezca requisitos, pagos y demás condiciones en el desarrollo de actividades económicas, son barreras burocráticas".
- Las barreras burocráticas tienen "como función conciliar los intereses privados con los intereses públicos por lo que no son malas per se, sino únicamente cuando resulten ilegales o irrazonables".

##### Segundo punto controvertido

- Essalud señala que la regulación del pago de los subsidios ha sido efectuada sobre la base de la autonomía técnica y reglamentaria que le otorga su ley orgánica. Además, indica que el procedimiento cuestionado vela por el derecho de los trabajadores, en la medida que "(...) persigue garantizar la oportunidad, eficiencia e inmediatez del pago a través del ente más cercano al trabajador."
- La Sala al analizar la normativa que otorga la facultad a Essalud para emitir la normativa complementaria para regular las circunstancias del otorgamiento del subsidio, así como los requisitos, condiciones y procedimientos, y confrontarla con el argumento de la autonomía técnica, y reglamentaria suficiente para determinar el pago de los subsidios a través de los empleadores, **constituye "un traslado temporal de obligaciones propias de Essalud a los empleadores"**.
- Ciertamente, la ley ha conferido autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable. Autonomía entendida como la capacidad de crear su propio ordenamiento jurídico en los órdenes citados y como la capacidad de establecer y ejecutar "procedimientos y sistemas vinculados al ejercicio de sus competencias, al amparo de la cual, dicta normas referidas al cumplimiento de su finalidad, esto es, el otorgamiento de las prestaciones (...) señaladas en la Ley". Pero dicha capacidad de reglamentación debe entenderse como la capacidad de "involucrar a terceros" ajenos a la obligación que el Essalud tiene con los trabajadores beneficiarios.
- De ahí que se concluye que el Essalud al disponer que los empleadores paguen el subsidio, no ha efectuado un acto de reglamentación, sino que ha efectuado un traslado temporal de sus propias obligaciones a los empleadores en "claro exceso de sus competencias".

Si bien la Comisión y La Sala de INDECOPI (creadas con el objetivo de controlar la legalidad de los actos y disposiciones de las entidades administrativas del Estado<sup>(5)</sup>) cuenta con autonomía técnica y funcional, y tiene encomendada evitar que las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito nacional, regional o municipal, mediante sus actos o disposiciones impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, y en el presente caso determinaron que la disposición establecido por el Acuerdo de Gerencia General N° 59-99-ESSALUD constituye una barrera burocrática ilegal, al momento de emitir estas resoluciones los efectos de las mismas se aplicaban al caso concreto, vale decir, no tenía alcance general, lo cual impedía resolver el problema generado por esta barrera burocrática a los administrados en general.



No obstante ello, conforme señalamos en la introducción del presente artículo, al cierre de la presente edición (07 de diciembre de 2016) el Poder Ejecutivo anunció la aprobación de la **"Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas"**, por la cual las resoluciones que expidan los órganos competentes en materia de eliminación de barreras burocráticas de INDECOPI, tendrán efectos generales.

## 6. Cuestionamiento de la legalidad del sistema de pago de las prestaciones económicas

Luego del análisis exhaustivo efectuado por La Comisión y La Sala se entiende que la disposición establecida por el EsSalud es ilegal, pues desnaturalizando la autonomía que la ley otorga al EsSalud, este organismo y, de ese modo pretende modificar y/o trasladar la obligación legalmente establecida a su cargo a los empleadores, lo resuelto por el Indecopi resulta insuficiente, por lo que encontramos que en el presente caso corresponde actuar los mecanismos previstos por nuestra legislación para garantizar la jerarquía normativa conforme lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien La Comisión y La Sala del Indecopi en diversos casos se pronunciaron estableciendo que la disposición de EsSalud de trasladar su obligación de pago del subsidio a los empleadores privados, para que éstos luego de seguir un engoroso procedimiento soliciten el reembolso de los mismos, constituye una barrera burocrática ilegal o irrazonable, al momento de la emisión de estas resoluciones las mismas solo tenían alcance para los casos en concreto, con lo cual la determinación de dicha barrera burocrática carecía de alcance general.

Sin embargo, conforme precisamos previamente al momento del cierre de la presente edición el Poder Ejecutivo anunció la aprobación de la Ley **"Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas"**, la cual trae como principal novedad que los efectos de las resoluciones que expidan los órganos competentes en materia de eliminación de barreras burocráticas de INDECOPI, tendrán efectos generales.

Adicionalmente, a ello se debe tener presente que el artículo 200° de la Constitución Política de 1993, que regula las Garantías o Procesos Constitucionales, prevé un mecanismo de control de la jerarquía normativa, a través del proceso de Acción Popular, como la garantía "que procede por infracción de la Constitución y la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen."

Este ejercicio de control infralegal debe ser ejercido exclusivamente por el Poder Judicial, es un proceso de control abstracto que deberá pronunciarse acerca de la legitimidad de la norma cuestionada y garantizar la coherencia jurídica.

### a. Proceso de Acción Popular

La acción popular procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, tal cual lo dispone el numeral 5 del artículo 200° de nuestra Constitución vigente. En dicho sentido, las normas citadas no pueden establecer efectos contrarios a los dispuestos por el ordenamiento legal constitucional y las normas con rango de ley.<sup>(6)</sup>

Por ello, en caso existieren contradicciones entre una norma legal y una norma reglamentaria o general, podría iniciarse un proceso de Acción Popular, el cual tendría como materia controvertida dilucidar si efectivamente existe alguna oposición entre dichos dispositivos normativos. Así pues, la finalidad del presente proceso constitucional es evitar una infracción a la jerarquía normativa regulada en el artículo 51° de la Constitución de 1993.

### Sujetos

#### a. Sujeto activo.

Conforme establece el artículo 84° del Código Procesal Constitucional, "La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona".

Ahora, si bien esta garantía puede ser ejercida por un solo ciudadano (sujeto activo), tal como señala ORTOCHO VILLENNA<sup>(7)</sup>, el accionante no es quien tiene interés personal y directo en ésta. Idealmente equivale a que el demandante lo hace en función del interés colectivo.

#### b. Sujeto pasivo

De otro lado, pese a que no se encuentra expresamente establecido, el sujeto pasivo de dicha acción será el órgano que emitió la norma.

### Competencia

Conforme lo establecido en el artículo 85 del CPC La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

- La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
- La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

### Efectos de la sentencia

Conforme lo establecido en el Artículo 81° del CPC, las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

## 7. Conclusiones

- Desconociendo lo dispuesto por la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, las normas que regulan el pago de los subsidios otorgados por la Seguridad Social en Salud establecen una diferencia entre los empleadores privados y el Estado como empleador. Sobre el particular, consideramos que tal diferencia vulnera el derecho a la igualdad y a no recibir un trato diferenciado.
- ESSALUD basándose en la autonomía que le otorga la ley, y en la necesidad de un sistema que permita agilizar el pago de las

prestaciones económicas en forma inmediata, sin congestión, ni pérdida de tiempo al asegurado, traslada su obligación del pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad a los empleadores privados.

¿Es este argumento válido?

En atención a lo expuesto en el presente artículo, consideramos que no lo es. Por el contrario, EsSalud como organismo encargado de la Seguridad Social en Salud está obligado a administrar de manera adecuada y eficiente los procedimientos y obligaciones a su cargo.

- Conforme establece la Ley N° 26790, el titular de la obligación de pago de las Prestaciones económicas es ESSALUD, y del otro lado de la relación obligacional, como acreedor de dicho beneficio se encuentran los afiliados. Como podemos apreciar, en dicha relación obligacional la ley no ha establecido la participación de los empleadores.

Entonces, nos preguntamos nuevamente, ¿puede EsSalud imponer o trasladar una obligación a los empleadores que no ha sido establecida por ley?

De acuerdo con lo precisado en el presente artículo, la ley establece que el empleador solo se encuentra obligado al pago de los primeros 20 días de incapacidad del trabajador.

En tal sentido, considerando que la autonomía otorgada a ESASALUD no faculta a este organismo a trasladar obligaciones a un sujeto que no ha sido señalado como titular de dicha obligación, por ley; se puede concluir que dicha disposición es ilegal.

- Una norma infralegal no puede modificar, ni desnaturalizar lo establecido por una ley. En tal sentido, en el presente caso se presentan las condiciones y se cumplen con los requisitos para iniciar un Proceso de Acción Popular.
- La tarea de EsSalud, a efectos de agilizar el otorgamiento de las prestaciones a su cargo, será efectivizar sus procedimientos, tanto de recaudación, como de fiscalización, con la finalidad de advertir a infractores, aplicar las sanciones correspondientes mediante procedimientos de fiscalización adecuados y frecuentes, que logren la reducción del porcentaje de morosidad e informalidad en materia de Seguridad Social en Salud.

## Bibliografía

- ANACLETO Guerrero, Víctor. Manual de la Seguridad Social. Lima, Jurista Editores, 2010. 1278 p.
- COLOMA Cieza, Evelin; CASTILLO Guzmán, Jorge. Compendio de Derecho Laboral Peruano. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011. 650 p.
- GÓMEZ Valdez, Francisco. Derecho Previsional y de la seguridad social – análisis doctrinario, jurisprudencial y comparado. Lima, Editorial San Marcos, 2012. 838 p.
- INDECOPI. Estudio de Medición del Impacto de las Barreras Burocráticas en el Mercado

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. 2011. 256 p.

- OCHOA Cardich, César. Jurisprudencia constitucional económica. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011. 298 p.
- ORDOÑEZ Rodríguez, Gabriel. Barreras Burocráticas Ilegales e Irracionales que Transgreden Normas y Principios de Simplificación Administrativa. En, [www.facder.unitru.edu.pe/.../116-barreras-burocraticas-ilegales](http://www.facder.unitru.edu.pe/.../116-barreras-burocraticas-ilegales)
- PATRONI Vizquerra, Úrsula. Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del estado. En, [www.derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com) – ISSN: 2224-4131 – Depósito legal: 2005-5822
- RENDÓN Vázquez, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. Lima, Grijley, 2008. 518 p.
- Procedimiento para que Essalud pague directamente a la cuenta de remuneraciones del trabajador del sector público los subsidios de incapacidad y maternidad. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, diciembre de 2005.
- Procedimientos para la determinación y cobranza a entidades empleadoras morosas. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, mayo de 2009.
- La obligación de los empleadores de pagar los subsidios, constituye una barrera burocrática ilegal - Jurisprudencia. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, noviembre de 2009.
- Responsabilidad de pagar los subsidios de EsSalud. A propósito de la resolución del Indecopi – Análisis jurisprudencial. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, noviembre de 2009.
- Nuevo Reglamento de pago de subsidios del Essalud. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, octubre de 2011.

## NOTAS

- (1) COLOMA Cieza, Evelin; CASTILLO Guzmán, Jorge. Compendio de Derecho Laboral Peruano. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011. Páginas 675 a 687.
- (2) Procedimientos para la determinación y cobranza a entidades empleadoras morosas. En, Asesoría Laboral. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, mayo de 2009.
- (3) PATRONI Vizquerra, Úrsula. Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del estado
- (4) ORDOÑEZ Rodríguez, Gabriel. Barreras Burocráticas Ilegales e Irracionales que Transgreden Normas y Principios de Simplificación Administrativa. En, [www.facder.unitru.edu.pe/.../116-barreras-burocraticas-ilegales](http://www.facder.unitru.edu.pe/.../116-barreras-burocraticas-ilegales)
- (5) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. P 273.
- (6) Ver fundamento 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 01677-2008-PA/TC.
- (7) ORTECHO VILLENA, Víctor. Control de normas y el Código Procesal Constitucional. El Derechos Procesal Constitucional Peruano. Tomo II. p. 928