

ACOPI realiza esta publicación virtual de manera mensual, la cual reúne la normatividad, conceptos y jurisprudencia, con el objetivo de mantener actualizados a nuestros afiliados sobre los cambios normativos y regulatorios de incidencia en la gestión empresarial.

Vicepresidencia de Asuntos Jurídicos Acopi.

Nota 1

Corte constitucional, sentencia de unificación 075 de julio 24 de 2018. - para que opere el fuero de maternidad el empleador debe conocer estado de embarazo de la trabajadora.

Con fecha julio 24 de 2018, en Sala Plena la Corte Constitucional, emitió sentencia de unificación basada en la revisión de tres fallos de tutela sobre la procedencia de la estabilidad laboral reforzada en la mujer gestante y lactante.

La estabilidad laboral reforzada es una ficción legal, pues su fundamento no se encuentra contenido en ninguna norma, su fundamento es el Artículo 53 de la Constitución Nacional, así como el amplio desarrollo jurisprudencial conducente a proteger el derecho fundamental al trabajo de la mujer en estado de embarazo y lactancia, lo que lleva a que la trabajadora en estado de gestación no pueda ser despedida por causa de su estado. En caso de existir una justa causa para despedir el empleador debe contar con autorización del Ministerio de Trabajo.

En el fallo analizado la corte cumpliendo con la instancia de revisión somete a estudio tres actuaciones de tutela, distintas situaciones, con un común denominador garantizar la estabilidad laboral reforzada como mecanismo de protección del derecho al trabajo y no discriminación laboral.

Como resultado del análisis la Corte Constitucional resalta la importancia de este mecanismo de protección a la mujer en estado de gestión y lactancia tendiente a evitar la discriminación y garantizar el trabajo como derecho fundamental.

Señala la Sala Plena de la Corte en la Sentencia de Unificación que para que proceda la garantía de la estabilidad laboral reforzada, el empleador debe tener conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora.

Es decir, que si el empleador al momento del despido no tenía conocimiento que la trabajadora estaba en estado de embarazo, no puede alegarse por parte ésta la discriminación por el embarazo como causal de despido, para que proceda el despido de la mujer embarazada se requiere por tanto las siguientes condiciones:

1. Que el empleador tenga conocimiento del embarazo.
2. Que exista una causal objetiva conforme a lo consagrado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. Que medie autorización del Ministerio de Trabajo.

Por lo cual, en el evento que el empleador no tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora y el contrato laboral termina no se puede alegar la existencia de discriminación, por lo tanto, no es aplicable la estabilidad laboral reforzada por embarazo o fuero de maternidad.



Nota 2

Decreto 1333 de 2018: Reglas para pago de incapacidades por enfermedad general de origen comun de más de 540 días continuos.

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 2018, por el cual se reglamenta el derecho de los afiliados aportantes al régimen Contributivo del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) a percibir el pago de incapacidades por enfermedad general de origen común superiores a 540 días continuos.

La norma expedida, aplica a entidades Promotoras de Salud (EPS) y las demás entidades obligadas a compensar (EOC), a los aportantes, los cotizantes –incluidos los pensionados que realizan aportes adicionales a su mesada pensional- y a la Administradora de los Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Señala la norma que las EPS están obligadas a efectuar revisiones periódicas sobre la evolución del paciente en curso de la incapacidad continua; a calificar en forma definitiva la pérdida de capacidad laboral; y a detectar las situaciones de abuso del derecho, que acarrearán la suspensión del pago de esas incapacidades.

Requisitos del concepto médico de rehabilitación.

En adelante los conceptos médicos de habilitación que deben expedir las EPS y demás EOC antes de cumplirse el día 120 de incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, deben contener entre otros, los siguientes aspectos relevantes:

- Información general del paciente.
- Diagnósticos finales y sus fechas.
- Descripción de las secuelas anatómicas y/o funcionales, con el respectivo resumen de la historia clínica.
- Terapéutica posible.
- Pronóstico del paciente a corto plazo (menor de un año) ya mediano plazo (mayor de un año).

- Tratamientos concluidos, estudios complementarios, procedimientos y rehabilitación realizada, indicando fechas de tratamiento y complicaciones presentadas. También obliga a estas y a otros actores del sistema a reportar información que permita controlar los recursos que el Estado paga por este concepto.

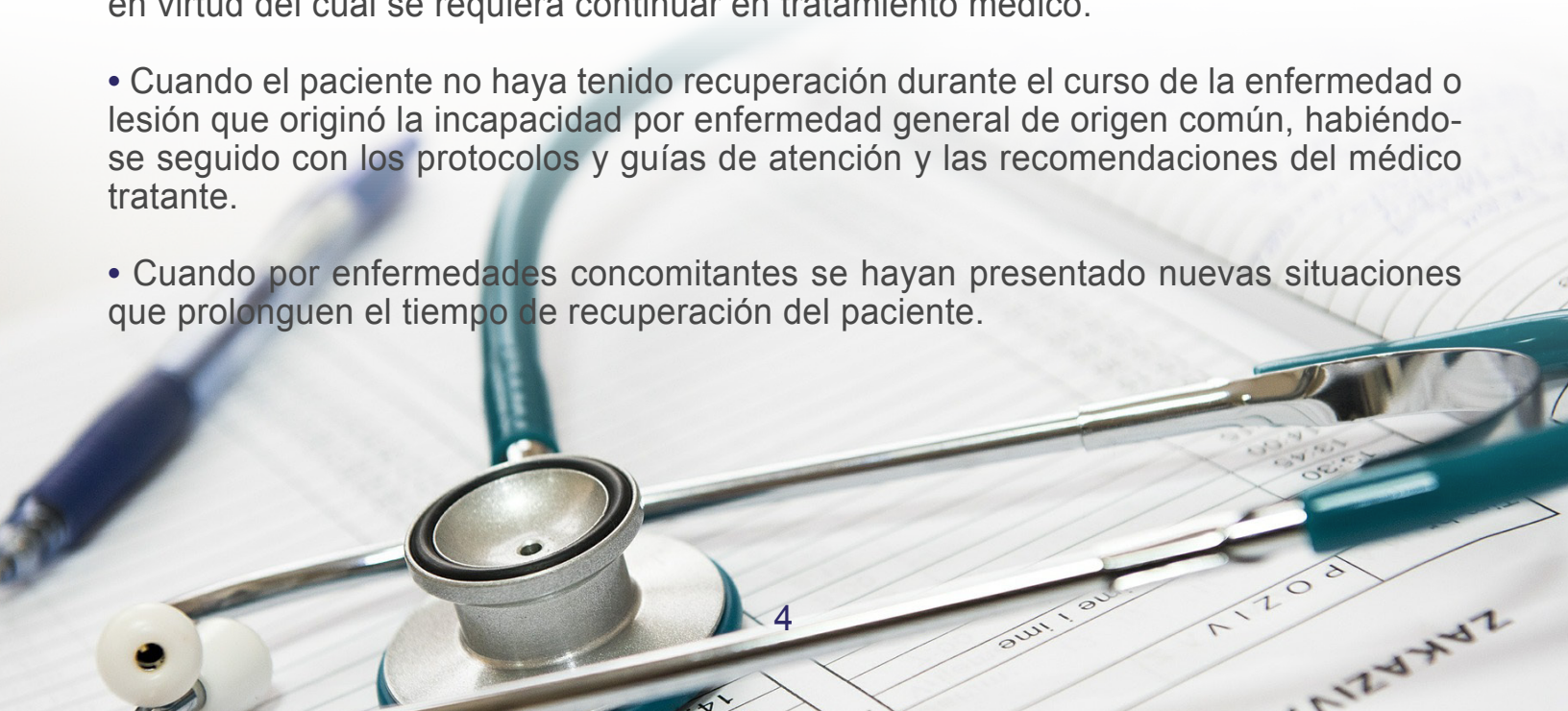
Obligaciones de las EPS

1. Revisión periódica de las incapacidades por enfermedad general de origen común:

- Detectar los casos en los que los tiempos de rehabilitación y recuperación del paciente se desvíen de los previstos para una condición de salud específica, identificando el grupo de pacientes que está en riesgo de presentar incapacidad prolongada.
- Realizar a los pacientes mencionados un plan integral de tratamiento, monitoreo y evaluación del proceso de rehabilitación, que permita valorar cada sesenta (60) días calendario el avance de la recuperación de su capacidad laboral.
- Consignar en la historia clínica por parte del médico u odontólogo tratante el resultado de las acciones de que tratan los numerales anteriores y comunicar al área de prestaciones económicas de la EPS o de la administradora de fondo de pensiones (AFP) que tenga a cargo el reconocimiento y pago de la incapacidad, según sea el caso.

2. Reconocimiento y Pago a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

- Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
- Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
- Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.



3. Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) en cualquier momento. Cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, se puede dar inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

4. Identificar las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

Conductas que se consideran abuso del derecho

- Cuando el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asiste a las valoraciones, exámenes y controles, no cumple con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación, o no asiste a las valoraciones para determinar la capacidad laboral.
- Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad.
- La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud.
- Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad.
- Cuando se detecte que el cotizante busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la EPS-EOC como en la administradora de riesgos laborales (ARL) por la misma causa, generando un doble cobro al sistema general de seguridad social en salud.
- Cuando se efectúen cobros al sistema general de seguridad social en salud con datos falsos.
- Cuando se detecte durante el tiempo de incapacidad que el cotizante se encuentra emprendiendo una actividad alterna que le impide su recuperación y de la cual deriva ingresos.

Nota 3

Retención y pago de seguridad social de contratistas

Señala el artículo 18 de la ley 1122 de 2007, que los contratistas independientes vinculados mediante contratos de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato, de igual forma la norma señala que el contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral, en relación con el pago de riesgos laborales

En relación con riesgos laborales, mediante el Decreto 723 de 2013, se establecieron reglas en esta materia para contratistas y contratantes, siendo las principales:

- El contratante está obligado a afiliar al contratista a la ARL que este escoja, de lo contrario, será responsable por el pago de las prestaciones económicas y asistenciales del sistema. Esta obligación no aplica para los sistemas de salud y pensiones.
- El obligado a pagar la cotización varía dependiendo del nivel de riesgo al que está sometido el trabajador independiente o contratista. Si la actividad desarrollada está clasificada en los riesgos I, II y III, es el contratista quien debe pagar el aporte a la ARL. Si, la actividad está dentro de los riesgos IV y V, debe hacerlo el contratante.
- El contratante está obligado a afiliar al contratista al menos un día antes de comenzar a prestar sus servicios.
- Si el trabajador independiente tiene varios contratos con diferentes empresas, debe afiliarse a una sola ARL y el monto de la cotización estará determinado por el nivel de riesgo más alto entre los centros de trabajo donde preste sus servicios, y el propio de su actividad.
- Es obligación del contratante verificar el pago mensual de los aportes de sus contratistas.
- El contratante debe incluir a los trabajadores independientes en sus actividades de capacitación, prevención y control de riesgos laborales.
- El trabajador independiente deberá practicarse exámenes médicos pre-ocupacionales y asumir su costo.
- El contratante deberá practicarle los exámenes ocupacionales periódicos al contratista y asumir su costo.

• Retención y pago de Aportes

El Decreto 1273 de julio 23 de 2018 expedido por el Ministerio de Salud, reglamenta el pago de la cotización de los contratistas públicos y privados, estableciendo que este se debe pagar mes vencido, de igual forma, señala que el contratante deberá efectuar la retención de los aportes de sus contratistas y realizar el pago.

Se mantiene el ingreso base de cotización para el contratista sobre el mínimo del 40% del valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total de IVA cuando se causare dicho impuesto, de igual forma se mantiene los mínimos y máximos, es decir que el ingreso no puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, ni superior a 25 veces el salario, igualmente cuando se dé la coexistencia de contratos la retención se realizara sobre el valor resultante en cada uno de los contratos.

Nota 4

SIC establece nuevos plazos para registrar bases de datos

Mediante Decreto 090 de 2018, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estableció modificaciones para los obligados a registrar las bases de datos personales, de igual forma o de igual manera, la Superintendencia de Industria y Comercio expide la Circular No. 3 del 1 de agosto de 2018, cuyo objeto es adoptar las modificaciones señaladas en el decreto en mención.

La Circular en comento hace las siguientes precisiones:

- Las personas jurídicas y naturales no obligadas a realizar el registro siguen obligadas al cumplimiento de las medidas contempladas en la Ley 1581 del 2012.
- Quienes no se encuentren obligados a registrar sus bases de datos en el RNBD y los encargados del tratamiento deberán hacer el reporte de los incidentes de seguridad que afecten la información contenida en estas, mediante el aplicativo dispuesto para tal fin en el sitio web de la Superintendencia o mediante cualquiera de los canales habilitados por la entidad para recibir comunicaciones dentro de los 15 días hábiles siguientes al momento en que se detecten y sean puestos en conocimiento de la persona o área encargada de atenderlos.
- La circular, aclara que la información relacionada con las medidas de seguridad, los reclamos presentados por los titulares y los incidentes de seguridad reportados en el registro no estará disponible para consulta pública.

Se definen las siguientes fechas para el registro:

- Sociedades y entidades sin ánimo de lucro con activos por más de 610.000 UVT, deben registrar hasta el 30 de septiembre del 2018.
- Sociedades y entidades sin ánimo de lucro con activos totales superiores a 100.000 y hasta 610.000 UVT, deben realizar el registro hasta el 30 de noviembre del 2018.
- Las entidades públicas, quienes tendrán plazo para registrar sus bases de datos hasta el 31 de enero del 2019.

La circular establece la obligación de actualizar la información registrada, en los siguientes periodos:

- Dentro de los primeros 10 días hábiles de cada mes a partir de la inscripción de la base de datos, cuando se realicen cambios sustanciales en la información registrada.
- Anualmente, entre el 2 de enero y el 31 de marzo, a partir del 2020.
- Adicionalmente, dentro de los 15 primeros días hábiles de los meses de febrero y agosto de cada año, a partir de su inscripción, deberán actualizar la información de los reclamos presentados por los titulares de la información.

Nota 5

Decreto 1334 de 2018, modifica regulación sobre cuota de aprendices sena

El Ministerio del Trabajo, expidió el Decreto 1334 de 2018, mediante el cual modifica el artículo 2.2.6.3.11. del Decreto 1072 de 2015, sobre regulación de la cuota de aprendices, el objetivo de la nueva regulación incentivar al sector empresarial en la entrega de información de sus trabajadores, a fin de fijar la cuota mínima de aprendices del SENA.

Señala la norma en cita que la cuota mínima de aprendices será determinada por la Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del domicilio principal de la empresa, sin perjuicio de la obligación que les asiste a los empleadores de vincularlos o realizar la monetización, debiendo informar a la Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, donde funcione el domicilio principal de la empresa, dentro del mes siguiente a la contratación o monetización de la cuota mínima obligatoria.

Igualmente, se establece que cuando el patrocinador tenga cobertura en dos o más ciudades o departamentos, la cuota de aprendices deberá ser distribuida, a criterio de aquel, según sus necesidades y haciendo énfasis en los fines sociales que encierra la Ley 789 de 2002. Esta distribución también deberá ser informada en las condiciones y plazos previstos en los incisos cuarto y quinto del presente artículo.

Con la expedición de la nueva regulación lo que se busca es que exista equilibrio en la cuota regulada en las empresas que posean alta estacionalidad en el nivel de producción y en el total de empleados que contratan, por lo cual el empleador podrá presentar ante el SENA la información de la variación del número de empleados en los periodos: julio y enero o marzo y septiembre y, aumentar voluntariamente el número de aprendices, siempre que cumplan con los requisitos de no reducción de empleados y solo en la siguiente proporción:

- Empresas entre 15 y 50 empleados, hasta el 40% del número total de empleados de la respectiva empresa.
- Empresas entre 51 y 200 empleados, hasta el 30% del número total de empleados de la respectiva empresa.
- Empresas con más de 200 empleados, hasta el 20% del número total de empleados de la respectiva empresa.
- La entrada en vigencia es a partir de diciembre de 2018.

