COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/270/23

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/270/23
Expediente	D-14.868
Fecha	2023-07-19
Sala	Sala empleará
Magistrado ponente	Antonio José Lizarazo Ocampo
Partes	José Guillermo Espinosa Hios Magistrado Sustanciador : Antonio José Lizarazo Ocampo Bogotá

Temas que titula la Corte Constitucional

- Incapacidad Laboral Superior A 180 Dias
- Calificación De Pérdida De Capacidad Laboral
- Demanda De Inconstitucionalidad Por Vulneracion Del Principio De Igualdad
- Reconocimiento Y Pago De Incapacidades Laborales
- Pago De Incapacidad Laboral
- Pago De Incapacidad Laboral Superior A 180 Dias

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Declarar EXEQUIBLE la expresión “para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud […] la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, contenida en el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que respecto de los trabajadores con…

Texto completo

C-270-23 TEMAS-SUBTEMAS Sentencia C-270/23 INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS -Reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad temporal a favor de trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL -Deber de la Administradora de fondo de pensiones (AFP) de iniciar proceso de calificación a trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable (...) la Corte declara la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, en el entendido de que, respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable la AFP deberá iniciar de inmediato, tan pronto reciba el concepto, el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral. En este caso, la AFP deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad que se llegue a causar desde el día 181 hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral del trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable, sin que exceda del día 540 de incapacidad.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD -Requisitos en la carga argumentativa RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES -Reglas jurisprudenciales PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL -Sustituye al salario como fuente de ingreso de trabajador (...)

el pago del auxilio o subsidio económico por incapacidad constituye una prestación que reemplaza el salario durante el periodo en que la persona no puede prestar sus servicios, y obedece a la necesidad [de] garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso.

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS -Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador (...) la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que el pago del subsidio por incapacidad temporal que se cause entre el día 181 y antes del día 540 “corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”. Lo anterior, salvo que “la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150”, evento en el cual “le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención”.

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS -Marco normativo y jurisprudencial PAGO DE INCAPACIDADES MEDICAS -Régimen normativo y jurisprudencial de las entidades responsables de efectuar el pago DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA -Alcance JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD -Etapas PRINCIPIO DE IGUALDAD -Mandatos que comprende El principio de igualdad impone el deber de [promover] las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la aplicación de alguno de los siguientes 4 mandatos:

(i) trato igual a sujetos en circunstancias idénticas; (ii) trato paritario a sujetos que no están en circunstancias idénticas, pero cuyas similitudes son más relevantes que sus diferencias; (iii) trato diferenciado a sujetos que no están en circunstancias idénticas, pero cuyas diferencias son más relevantes, y (iv) trato desigual a sujetos en circunstancias desiguales y disímiles.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD -Alcance JUICIO DE IGUALDAD -Metodología de análisis /JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD -Etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según el grado de intensidad TEST INTERMEDIO DE IGUALDAD -Aplicación La Sala empleará el escrutinio intermedio para analizar la constitucionalidad de la disposición acusada ya que si bien el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración respecto del servicio público a la seguridad social, la disposición que se acusa supone una tensión relevante con la garantía a la igualdad y los tres principios que se adscriben a la seguridad social como derecho: universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad, lo que justifica un estándar de control más cualificado.

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA -Procedencia REPÚBLICA DE COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sala Plena SENTENCIA C-270 de 2023 Referencia : Expediente D-14.868 Asunto :

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 142 (parcial) del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

Demandante : José Guillermo Espinosa Hios Magistrado Sustanciador : Antonio José Lizarazo Ocampo Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023) La Sala Plena de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 241.5 de la Constitución y cumplido el procedimiento [1] previsto en el Decreto Ley 2067 de 1991, decide sobre la demanda presentada con fundamento en el artículo 40.6 de la Constitución, por el ciudadano José Guillermo Espinosa Hios en contra del artículo 142 (parcial) del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es del siguiente tenor (se resaltan los apartados que se acusan de sus incisos quinto y sexto):

I. DISPOSICIÓN DEMANDADA “DECRETO [LEY] 19 DE 2012 [2] Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública EL

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el párrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011 DECRETA:

[…] ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

‘Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, a las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP–, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

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

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

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

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda.

Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto .

Parágrafo 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

Parágrafo 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado' [[3]].

Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

II. LA DEMANDA 1. Según el demandante, los apartes de la disposición que se resaltan son incompatibles con los artículos 13 y 48 de la Constitución [4] .

En primer lugar, según indica, la disposición acusada vulnera el artículo 13 de la Constitución, dado que, de un lado, la distinción que realiza el apartado del inciso quinto es injustificada al prever el pago del subsidio de incapacidad a cargo de las administradoras de fondos de pensiones –en adelante, AFP– para los trabajadores incapacitados por más de 180 días que cuentan con concepto favorable de rehabilitación, pero no para aquellos que tienen un concepto desfavorable, a quienes "se le[s] niega el reconocimiento y pago del subsidio económico entre los días 180 al día 540 de incapacidades ininterrumpidas" [5] .

Lo anterior, pese a que "se le[s] siguen expidiendo incapacidades médicas a su favor por no recuperar su fuerza de trabajo" [6] . Para el demandante, d icha diferencia de trato "está generando que en plano fáctico se esté dispensando por parte de [la] AFP un trato que viola el inciso segundo del artículo 13 constitucional, pues el Estado a través de sus organismos no está garantizando las condiciones, en este caso normativas, para que la igualdad sea real y efectiva" [7] .

2. De otro lado, señala que la distinción que realiza el apartado del inciso sexto es injustificada. Este dispone: "cuando la Entidad Promotora de Salud [en adelante EPS] no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar,

deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal"; según precisa, esta garantía únicamente ampara la situación de los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable, pero no la de aquellos con un concepto desfavorable de rehabilitación. Esta diferencia de trato sería injustificada, por cuanto "el sentido (favorable o desfavorable) del concepto médico no debe ser un criterio determinante para excluir el pago (a modo de sanción) del subsidio económico por incapacidad" [8] , por tratarse de "casos en donde la EPS, pese a demorarse en la expedición del concepto de rehabilitación, lo emite en un sentido desfavorable para el trabajador" [9] .

3. En segundo lugar, señala que las divergencias interpretativas que surgen del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, "han dado lugar a un trato discriminatorio" [10] y contrario a los principios de universalidad, irrenunciabilidad y solidaridad que integran el derecho a la seguridad social, que garantiza el artículo 48 de la Constitución. En su concepto, el aparte del inciso quinto cuestionado desconoce: (i) la irrenunciabilidad respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, "ante la existencia de una hipótesis interpretativa (norma) que restringe el ámbito normativo de una disposición legal que garantiza la seguridad [social] como servicio público" [11] ; (ii) la universalidad, ya que "existiría un grupo de trabajadores que quedan excluidos de la posibilidad del goce de un derecho laboral" [12] , estos son, aquellos que superan una situación de incapacidad superior a 180 días y cuentan con concepto de rehabilitación desfavorable, y (iii) la solidaridad, la cual "solo se estaría alcanzando parcialmente" frente a aquellos trabajadores a los cuales, estando incapacitados, se les expide un concepto favorable de rehabilitación" [13] .

4. En relación con el apartado del inciso sexto que se demanda, afirma que cuando el concepto de rehabilitación es desfavorable "no habría lugar a reclamar el pago de subsidio a la EPS por la no expedición del concepto de recuperación" [14] , lo que desconocería los tres principios previamente citados, que integran el derecho a la seguridad social, que garantiza el artículo 48 de la Constitución, por lo siguiente: (i) desconoce la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, "en la medida de [sic] que la sanción, por no expedición y/o no notificación del concepto de rehabilitación dentro del plazo legal, solo es predicable cuando tal concepto de recuperación sea o deba ser favorable" [15] ; (ii) "no habría solidaridad, pues la EPS solo respondería ante su retardo, en los casos de que el concepto médico sea favorable" [16] , y (iii) "tampoco sería posible predicar universalidad pues la prestación económica que consagra la norma, en cuanto los requisitos para su acceso, lo condiciona a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación" [17] .

III. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y CONCEPTOS 5. Dentro del proceso se recibieron las intervenciones y conceptos, que se sintetizan en el siguiente cuadro:

Tipo de participación Exequibilidad Exequibilidad condicionada Inexequibilidad Intervenciones ciudadanas [18] Juan Diego Buitrago Galindo Conceptos de entidades públicas, organizaciones privadas, expertos invitados y ciudadanos [19] Asofondos Universidad Externado de Colombia Universidad Libre Superintendencia Nacional de Salud Superintendencia Financiera Universidad Pontificia Bolivariana Ministerio de Hacienda Ministerio del Trabajo Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander 1.

Argumentos de quienes solicitan la declaratoria de exequibilidad simple de los apartados normativos que se demandan 6. El Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Salud, Asofondos, Colpensiones, la ARL Seguros Bolívar y el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo solicitaron la exequibilidad de la disposición acusada.

7. En relación con el apartado del inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, señalan que no desconoce el principio de igualdad, por cuanto "estamos en presencia de dos sujetos que, si bien padecen una condición especial que afecta su salud, no son equiparables" [20] .

Esto es así, pues si bien el concepto de rehabilitación es favorable, la AFP tiene la posibilidad de postergar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral hasta tanto se determine la reincorporación al empleo o se dictamine la pérdida de capacidad laboral, mientras que si el concepto es desfavorable "no hay ningún trámite de calificación que postergar", sino que la AFP debe calificar la pérdida de la capacidad laboral y determinar si el trabajador es acreedor de la pensión de invalidez [21] .

Por lo anterior, precisan que la norma tiene un fin constitucionalmente legítimo que justifica el tratamiento diferenciado, consistente en que "se defina lo más pronto posible la situación de aquellas personas que, [sic] tienen incapacidades prolongadas sin posibilidades de rehabilitación para que puedan ser calificadas y de esta manera puedan acceder a una prestación pensional" [22] .

8. Además, indican que la norma que se demanda no desconoce el derecho a la seguridad social, pues para el trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable "lo procedente es adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y no prorrogarlo, pues ello si [sic] constituiría una barrera para acceder a la pensión de invalidez" [23] .

9. De otro lado, frente al apartado del inciso sexto, indican que la sanción consistente en atribuirle a la EPS el pago del subsidio por incapacidad cuando no se hubiese expedido el concepto favorable de rehabilitación, "se trata de una medida que tiene como finalidad el logro del pago de las incapacidades a cargo de la AFP, […] pues cuando el concepto es «no favorable», lo que procede es el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral que determina el pago de la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, que puede ser anterior a la calificación" [24] .

2. Argumentos de quienes solicitan la declaratoria de inexequibilidad de los apartados normativos que se demandan 10. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, la Clínica Jurídica de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y la Universidad Libre solicitan se declare la inexequibilidad de la disposición que se demanda, por considerar que "no puede limitarse el subsidio económico únicamente cuando la EPS emite concepto favorable de rehabilitación" [25] .

11. En relación con el apartado del inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sostienen que vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto "en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales, pues se condiciona el pago del subsidio económico a cargo de las AFP y de las EPS a que el concepto de rehabilitación sea o pueda ser favorable" [26] , pese a que "es razonable que se pague el subsidio económico de incapacidad al paciente, independientemente de que el pronóstico de su recuperación sea favorable o desfavorable, ya que están en una misma situación médica como lo es el estado de incapacidad temporal" [27] . En ese sentido, aducen que, "a la luz de un nivel de escrutinio estricto", la disposición no es idónea, necesaria ni proporcional.

12. En primer lugar, precisan que la finalidad de la norma, consistente en que el trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable sea calificado inmediatamente, de modo que pueda acceder "no a un subsidio por incapacidad, sino a una pensión de invalidez" [28] , no es constitucionalmente legítima, por cuanto (i) "no existe evidencia empírica o normativa (ratio legis) que permita sugerir que esa es la finalidad exclusiva de la norma acusada"; (ii) "si esa fuera la finalidad, la norma acusada comportaría una omisión discriminatoria que no valora el problema real de aquellos trabajadores con incapacidades prolongadas y que no podrán acceder a la pensión de invalidez porque su PCL [pérdida de capacidad laboral] es calificada por debajo del 50% […]"; (iii) "si la PCL se produjera «inmediatamente» y esta fuese superior al 50%, este no es el único requisito para acceder a la pensión de invalidez", y; (iv) "incluso si la PCL se pr[o]dujera inmediatamente, habría una ventana de tiempo, así sea mínima, en la que el trabajador incapacitado estaría desprotegido desde el punto de vista de su mínimo vital prestacional" [29] . En segundo

lugar, afirman: “hacer depender el subsidio económico de un concepto de rehabilitación real o potencialmente favorable es una medida normativa completamente innecesaria” [30] . En tercer lugar, precisan que la medida no es proporcional en sentido estricto porque “no se denota ningún beneficio cierto, grave y de alta importancia para el ordenamiento jurídico constitucional, de suerte tal que la protección de un grupo de trabajadores no debería suponer la desprotección de otros” [31] .

13. Además, aducen que la disposición vulnera los principios de universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad que caracterizan el derecho a la seguridad social (artículo 48 constitucional), por cuanto impone a los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación desfavorable una barrera que no están en capacidad de soportar para acceder a una prestación de la seguridad social. Desconocería el principio de universalidad al no otorgar idénticas prestaciones a personas que se encuentran en el mismo supuesto de incapacidad superior a 180 días y vulneraría la solidaridad y la irrenunciabilidad pues, si bien el sistema de seguridad social recibe una cotización por parte del afiliado con concepto desfavorable, “no le brinda la misma prestación económica al incapacitado temporal cuando […] está a la espera de ser calificado en su porcentaje de pérdida de capacidad laboral definitiva” [32] .

14. En cuanto al apartado del inciso sexto de la disposición que se demanda, estiman que es inconstitucional, “ya que solamente dispone que la EPS asuma el pago de los subsidios de incapacidad de sus propios recursos, cuando se tarde en emitir el concepto de rehabilitación y éste sea favorable, de manera que deja en la peor de las situaciones al paciente que no recibe el pago de las incapacidades por la demora injustificada de la EPS y ésta al final conceptúa de manera desfavorable sobre el pronóstico médico de rehabilitación” [33] .

3. Argumentos de exequibilidad condicionada de la disposición acusada 15. La Universidad Externado de Colombia solicita la exequibilidad condicionada de la disposición acusada en el entendido de que, pese a existir concepto desfavorable de rehabilitación, debe continuarse con el pago de la incapacidad hasta tanto se defina si la persona debe ser reincorporada a su puesto de trabajo, o hasta que se realice el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, orientado a determinar si el trabajador tiene derecho a una pensión de invalidez. Fundamenta su solicitud en “la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han sido enfáticas en señalar que el fondo de pensiones debe cancelar el valor de la incapacidad al cotizante sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable” [34] . Para tal efecto, refiere las sentencias T-041 de 2017 y T-020 de 2018, por medio de las cuales esta corporación precisó que “a partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde por regla general a las AFP, «sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable” [35] .

4. Conceptos 16. Las Entidades Promotoras de Salud Suramericana S.A., Sanitas S.A., Famisanar S.A.S., Nueva EPS S.A., Salud Total EPS S.A., Savia Salud EPS, Capital Salud EPS-S S.A.S., Dusakawi EPSI, Anas Wayuu EPSI, Comfenalco Valle, Capresoca EPS, Compensar EPS, Aliansalud EPS, Pijaos Salud EPS, las Administradoras de Fondos de Pensiones Colpensiones, Colfondos, Skandia, Protección S.A., Porvenir S.A. y Asofondos y la Asociación Indígena del Cauca, remitieron concepto acerca de (i) las estadísticas correspondientes a las incapacidades superiores a 180 días canceladas con concepto favorable y desfavorable de rehabilitación, desde la entrada en vigencia del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012; (ii) la naturaleza, características y alcance del pago que percibe un trabajador en situación de incapacidad, (iii) la reglamentación del reconocimiento y pago de las incapacidades médicas; (iv) las prestaciones previstas en favor de los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto favorable y desfavorable de rehabilitación, y (v) las obligaciones que se generan para el empleador, las EPS y AFP, respecto de los trabajadores con concepto favorable y desfavorable de rehabilitación. Al contenido de estos conceptos técnicos hará referencia la Sala en el estudio de fondo del caso.

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN 17. La Procuradora General de la Nación, solicita la exequibilidad condicionada de los apartados normativos acusados de los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia constitucional y mientras el legislador regule la materia, las EPS deben asumir el pago del subsidio en favor de los trabajadores con concepto desfavorable, en el evento en que no expidan el concepto de rehabilitación entre el día 120 y 150 de incapacidad y lo remitan ante la correspondiente AFP, y estas últimas deberán sufragar el subsidio a partir del día 180 hasta que se califique la pérdida de capacidad laboral o se reintegre al trabajador al empleo. Esto, con fundamento en las siguientes razones:

18. La ausencia de regulación respecto del pago de incapacidades superiores a 180 días para personas con concepto de rehabilitación desfavorable vulnera el principio de igualdad [36] , por cuanto: “ (a) la normativa desconoce la integralidad que debe caracterizar las prestaciones reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social (SGSS), ya que deja sin protección económica alguna a los trabajadores en situación de enfermedad que, a pesar de contar con un concepto de rehabilitación desfavorable, no han accedido a una pensión de invalidez, ni se encuentran en condiciones de reintegrarse a su trabajo; y (b) la ordenación establece un trato diferencial injustificado entre sujetos que se encuentra[n] en la misma situación de vulnerabilidad, ignorando el mandato de igualdad” [37] .

Además, desconoce el derecho a la seguridad social, dado que “no ofrece una protección integral e igualitaria a la contingencia de enfermedad ante incapacidades entre los días 181 y 540” [38] .

19. En esos términos, con el fin de proteger los derechos a la igualdad y a la seguridad social, sin desconocer la libertad de configuración del legislador para regular la materia, el pago del subsidio por incapacidad temporal por enfermedades o accidentes de origen común para trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable “se realizará conforme al precedente constitucional vigente” [39] , según el cual, les corresponde a las AFP asumir el pago de las incapacidades entre los días 181 y 540, salvo que la EPS no hubiese emitido el dictamen antes del día 120 y remitido a la AFP previo al día 150 de incapacidad.

V. CONSIDERACIONES 1. Competencia 20. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241.5 de la Constitución, pues se dirige contra una disposición que hace parte de un decreto con fuerza de ley –el Decreto Ley 19 de 2012 “[p]or el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”–, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el Congreso de la República mediante la Ley 1474 de 2011.

2. Cuestión previa 21. Aptitud de la demanda. Pese a que ninguno de los intervinientes solicitó un pronunciamiento inhibitorio, el Ministerio del Trabajo manifestó que no debe accederse a la declaratoria de exequibilidad condicionada de los incisos demandados, por cuanto “el demandante al realizar una interpretación del sentido de tales disposiciones con base en pronunciamientos judiciales que indica como un precedente hermenéutico, conjetura que el supuesto de la norma en el que se establece que para efectos del reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad es indispensable el concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS, vulnera los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, por los cargos de transgresión al derecho a la igualdad y a la seguridad social” [40] .

En virtud de lo anterior, la Sala examinará, como cuestión previa, si la demanda carece de aptitud sustantiva. 22. En el auto que admite una demanda de inconstitucionalidad, el magistrado sustanciador valora si esta cumple con los requisitos mínimos de aptitud sustantiva. Ese estudio corresponde a una revisión sumaria, que no compromete ni define la competencia de la Sala Plena, en la que reside la función constitucional de decidir las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos (artículo 241 de la Constitución) [41] .

23. Como se advirtió en el auto admisorio, la demanda expone razones suficientes para generar al menos una duda mínima o inicial sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, dado que satisface los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Esto es así, como se pasa a explicar:

24. Primero, la demanda es apta en relación con la presunta vulneración del artículo 13 superior, por cuanto la acusación (i) es clara , ya que de la exposición realizada por el demandante es posible evidenciar el grupo de sujetos o supuestos entre los cuales los apartados de los incisos quinto y sexto del artículo 142 demandado realiza la distinción que, en concepto del actor, es injustificada: trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable respecto de quienes no se estipula expresamente el pago del subsidio por incapacidad temporal, frente a los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable para quienes sí se prevé el pago de la prestación;

(ii) es cierta , ya que, en efecto, la disposición demandada prevé el pago de subsidio de incapacidad por parte de las AFP respecto de los trabajadores incapacitados por más de 180 días y que cuentan con concepto favorable de rehabilitación, pero no para aquellos que tienen un concepto médico desfavorable;

(iii) es específica , en la medida en que el demandante precisa las razones por las cuales los sujetos comparables –trabajadores incapacitados por más de 180 días con concepto de rehabilitación favorable y desfavorable– deberían ser tratados de la misma forma, al ser sujetos de especial protección constitucional en razón de su condición de salud;

(iv) es pertinente , ya que de la lectura objetiva de los incisos acusados se deriva la consecuencia que el actor le atribuye, esto es, que el legislador no previó expresamente el pago del subsidio por incapacidad temporal a favor de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, entre los días 181 a 540, en los eventos en los que las AFP postergan el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral o las EPS no expiden el concepto de rehabilitación antes del día 120 y no lo envían a las AFP previo al día 150 y, por tanto;

(v) es suficiente para despertar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma. 25. La demanda también satisface la carga argumentativa mínima para formular un cargo de inconstitucionalidad por desconocimiento del principio de igualdad.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que los cargos por vulneración al principio de igualdad tienen exigencias argumentativas específicas, por lo que no basta con que el demandante afirme que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado o son discriminatorias, tales cargas no son desproporcionadas. Esta se satisface siempre que se identifique , con claridad, los sujetos, grupos o situaciones comparables, frente a los cuales la medida acusada introduce un trato discriminatorio y la razón por la cual se considera que el mismo no se justifica [42] .

En términos específicos, el demandante debe: (i) identificar los sujetos comparables y determinar el criterio de comparación; (ii) definir si, desde las perspectivas fáctica y jurídica, existe un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles, y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado [43] .

26. En el presente asunto, el demandante (i) de una parte, identifica los sujetos comparables de la siguiente forma: “por un lado, trabajadores que, estando incapacitados, se emite a su favor un concepto de recuperación favorable. Y, por el otro lado, trabajadores que estando en la misma condición, les fue emitido un concepto de recuperación desfavorable, y que vendrían siendo las personas a quienes el Estado no estaría protegiendo en debida forma” [44] , y, de otra parte, determina el criterio de comparación (tertium comparationis) así:

“[e]l criterio que permite compararlos es el tratamiento que deben recibir los trabajadores cuando superan una situación de incapacidad de 180 días, en cuanto al reconocimiento del ‘subsidio por incapacidad médica de origen común” [45] .

(ii) Explica que en el plano fáctico y jurídico existe un tratamiento desigual entre iguales, pues los trabajadores que cuentan con un concepto de rehabilitación desfavorable, en la práctica, no tienen la posibilidad de acceder al subsidio por

incapacidad temporal entre los días 181 a 540 a cargo de las AFP que postergan el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, o de las EPS que no expiden el concepto de rehabilitación antes del día 120 y no lo remiten a las AFP previo al día 150, dado que la norma acusada no prevé taxativamente el reconocimiento de la prestación económica a su favor, como sí lo hace frente aquellos con un concepto de rehabilitación favorable. Por último, (iii) aduce que la diferencia de trato no está constitucionalmente justificada, en tanto "la misma no encuentra respaldo en ningún fin constitucional que se pueda calificar como legítimo" [46] ; al contrario, la interpretación que objetivamente es atribuible a la disposición permite inferir que el Estado no está cumpliendo con su deber de especial protección a favor de las personas que, por su condición física o mental, merecen un trato diferenciado por parte de los autoridades, lo que da lugar al desconocimiento del artículo 13 superior.

27. Segundo, la demanda es apta en relación con la presunta vulneración de los principios de universalidad, irrenunciabilidad y solidaridad de la seguridad social, contenidos en el artículo 48 superior, por cuanto el cuestionamiento de constitucionalidad:

(i) es claro , al ser inteligible que, para el actor, excluir a los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable de la posibilidad de acceder al subsidio por incapacidad temporal entre los días 181 a 540 a cargo de las AFP que postergan el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral o de las EPS que no expiden el concepto de rehabilitación antes del día 120 y no lo remiten a las AFP previo al día 150, desconoce (a) el principio de universalidad, al limitar el campo de acción de una norma que busca garantizar el mínimo vital de los trabajadores, ya que "existiría un grupo de trabajadores que quedan excluidos de la posibilidad del goce de un derecho laboral", estos es, aquellos que superan una situación de incapacidad superior a 180 días y cuentan con concepto de rehabilitación desfavorable, (b) el principio de irrenunciabilidad, respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, "ante la existencia de una hipótesis interpretativa (norma) que restringe el ámbito normativo de una disposición legal que garantiza la seguridad [social] como servicio público" [47] y (c) el principio de solidaridad, el cual "solo se estaría alcanzando parcialmente" respecto de aquellos trabajadores que, estando incapacitados, se les expide un concepto favorable de rehabilitación. El cuestionamiento de constitucionalidad (ii) es cierto , ya que, de los apartados demandados se derivan diferencias interpretativas que permiten considerar que el subsidio por incapacidad temporal está a cargo de las AFP que postergan el trámite de calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral entre el día 181 a 540 y de las EPS que no expiden el concepto de rehabilitación antes del día 120 y no lo envían a las AFP previo al día 150, en presencia de trabajadores con concepto de rehabilitación favorable, pero no para aquellos trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable;

(iii) es específico , ya que el demandante expone las razones concretas por las cuales considera que los apartados acusados desconocen la garantía a la seguridad social como derecho fundamental y servicio público;

(iv) es pertinente , dado que formula argumentos de naturaleza constitucional que permiten verificar si los apartados normativos demandados se oponen al artículo 48 de la Constitución, y, por tanto;

(v) es suficiente. 28. Cabe anotar que si bien el actor afirma que las AFP efectúan una interpretación restringida, que desconoce el precedente constitucional sobre el pago del subsidio por incapacidad temporal previsto en la norma acusada, esto lo hace con el fin de demostrar que esta Corte ha tenido que intervenir, en sede de control concreto, para remediar la situación que se presenta en relación con la aplicación de la disposición acusada. En todo caso, la demanda no se plantea buscando que por medio de un fallo de constitucionalidad se imponga la interpretación que la Corte ha realizado en sede de tutela sobre los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

29. Por último, se precisa que el estándar de cumplimiento de cada una de las cargas argumentativas exigidas para formular un cargo de inconstitucionalidad por desconocimiento del principio de igualdad es de justificación o

explicación, mas no de corrección o acierto. Esto último solo puede determinarse al llevar a cabo el examen de fondo de la demanda, pues del acierto o no de las razones expuestas en ella depende la prosperidad del cargo formulado. Así, en la medida en que la demanda bajo examen logra superar dicho estándar de justificación o explicación, es apta para que esta Corte emita un pronunciamiento de fondo.

3. Planteamiento del caso 30. Le corresponde a la Sala decidir si los apartados que se acusan de los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, desconocen el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y el derecho a la seguridad social (artículo 48 de la Constitución) al no otorgar las prestaciones económicas que garantizan a favor de los trabajadores que cuentan con un concepto desfavorable de rehabilitación.

Los apartados normativos que se demandan prevén únicamente el pago de un subsidio temporal por incapacidad por accidente o enfermedad de origen común a favor de los trabajadores con concepto favorable de rehabilitación en los siguientes dos supuestos: (i) a cargo de la AFP luego de los primeros 180 días de incapacidad, cuando se prorrogue la calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral (inciso quinto), y (ii) a cargo de la EPS después del día 180 de incapacidad y hasta cuando se emita el concepto favorable de rehabilitación, si esta no lo expide antes del día 120 y no lo envía a la correspondiente AFP previo al día 150 de incapacidad (inciso sexto).

31. Para efectos metodológicos, dado que la pretendida inconstitucionalidad de los apartados de los incisos quinto y sexto se deriva de la presunta exclusión injustificada de un grupo de sujetos –trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable– del reconocimiento y pago de una prestación económica del Sistema de Seguridad Social, el presunto desconocimiento del artículo 13 constitucional se analizará en relación con los principios constitucionales que informan el derecho a la seguridad social, que garantiza el artículo 48 de la Carta y que fueron alegados en la demanda:

universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad. En lo pertinente, el artículo en cita dispone: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad , en los términos que establezca la Ley. || Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social” (resalta la Sala). Esta orientación metodológica obedece al carácter relacional del principio de igualdad, según el cual, como lo ha puesto de presente de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, [el principio de igualdad] no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado” [48] .

4. Solución del problema jurídico 32. El Sistema General de Seguridad Social tiene por objeto la cobertura integral de múltiples contingencias, en especial de aquellas que menoscaban la salud y la capacidad económica, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad [49] .

Para cumplir tal propósito, “el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico” [50] .

33. Entre las prestaciones económicas dispuestas para cubrir el riesgo de salud e incapacidad económica se encuentra el pago del auxilio o subsidio económico por incapacidad [51] .

Constituye una prestación que reemplaza el salario durante el periodo en que la persona no puede prestar sus servicios [52] , y “obedece a la necesidad [de] garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso” [53] .

4.1. El régimen de reconocimiento y pago de las incapacidades temporales de origen común 34. El reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común [54] , esto es, aquellas originadas en “el estado de inhabilidad física o mental

que le impide a una persona desarrollar su capacidad laboral por un tiempo determinado, originado por una enfermedad o accidente común y que no ha sido calificada como enfermedad de origen laboral o accidente de trabajo" [55] , varía en atención a la duración de la situación médica [56] , de acuerdo con el certificado de incapacidad [57] que expide el médico tratante [58] , como se evidencia en el siguiente cuadro, que relaciona (i) el tiempo de la incapacidad, (ii) el porcentaje del salario al que corresponde el subsidio y (iii) la entidad del sistema responsable de su garantía:

Tiempo de incapacidad Subsidio (% del salario) Garante Fundamento jurídico 1 y 2 días 66.6% [59] Empleador - Artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo [60] .

- Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 [61] . - Parágrafo primero del artículo 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016 [62] . 3 a 90 días 66.6% EPS - Artículo 206 de la Ley 100 de 1993 [63] .

- Parágrafo primero del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 [64] . - Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo primero del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 [65] .

- Artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1427 de 2022 [66] . 91 a 180 días 50% EPS - Parágrafo primero del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 (ya citado).

181 a 540 días 50% AFP, por regla general - Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (incisos quinto y sexto, objeto de análisis de constitucionalidad).

EPS, de manera excepcional Más de 540 días 50% EPS - Artículo 2.2.3.3.1 Decreto 1333 de 2018 [67] . - Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 [68] .

- Artículos 2.2.3.5.1 [69] y 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022 [70] 4.2. La jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común para trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable después del día 180 y hasta antes del día 540 35.

Como lo puso de presente la Procuradora General de la Nación, "reiteradamente, la Corte Constitucional ha indicado que, a fin de superar las afectaciones al derecho a la seguridad social causadas por los vacíos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se debe entender que le corresponde a las AFP asumir el pago de las incapacidades entre los días 181 a 540 cuando el concepto de rehabilitación es desfavorable. Lo anterior, salvo que las EPS no hayan emitido dicho dictamen dado que, en esos casos, mantienen la obligación de cancelarlas hasta que cumplan con el deber de expedir el mismo" [71] .

36. En efecto, a partir de la Sentencia T-333 de 2013 esta corporación ha advertido que " el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación".

37. Desde la referida providencia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que el pago del subsidio por incapacidad temporal que se cause entre el día 181 y antes del día 540 " corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación" [72] .

Esto es así, por cuanto: “[U]na vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral «hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS». Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Contrario sensu , si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable . En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado” [73] .

38. Así las cosas, “ las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%” [74] , pues “el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas” [75] .

39. Lo anterior, salvo que “ la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150” [76] , evento en el cual “le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención” [77] .

40. En consecuencia, para las Salas de Revisión de la Corte Constitucional “ es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia” [78] .

41. En todo caso, “se ha aclarado que las reglas jurisprudenciales transcritas «de ningún modo restringen las facultades del legislador» para ordenar la materia, en tanto se trata de parámetros provisionales que buscan «privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente desprovistos de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones»” [79] . En consecuencia, se ha advertido que “el Congreso de la República, en ejercicio de su libertad de configuración normativa en asuntos de seguridad social, «puede regular de manera distinta el pago de las incapacidades originadas entre el día 181 y el día 540 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación, siempre y cuando se garantice la protección de las personas vulnerables»” [80] .

4.3. Las obligaciones del empleador frente a los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días 42. Durante el periodo de inhabilidad física o mental para desempeñar la profesión u oficio, el trabajador no recibe salario, sino un auxilio económico por incapacidad. En todo caso, el empleador tiene el deber de reconocerle al trabajador el pago del auxilio por incapacidad a cargo de la EPS [81] , sin perjuicio del derecho al recobro que puede exigir de aquella [82] . Esto es así, pues el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 dispone que “el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general […], deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento” [83] .

43. Dicha obligación subsiste hasta el momento en que la EPS asume el pago del auxilio de incapacidad, esto es, hasta el día 180 [84] o después del día 180 y hasta aquel en que emita el correspondiente concepto de rehabilitación [85] .

Posteriormente, “la responsabilidad del reconocimiento de los [subsidios] originados en incapacidades posteriores, tanto al día 180 como al 540, persiste en cabeza de la administradora de fondos de pensiones” [86] .

44. Además, dado que el contrato de trabajo continúa vigente, el empleador conserva las obligaciones de efectuar el pago de los aportes a los subsistemas de salud y pensiones del Sistema de Seguridad Social. Únicamente se encuentra exento de aportar al subsistema de riesgos laborales, dada la ausencia de exposición a los riesgos del trabajo, derivada de la inhabilidad del trabajador para desempeñar su labor [87] .

45. Si el trabajador recupera su capacidad de trabajo al terminar el periodo de incapacidad temporal [88] , el empleador tiene el deber de “ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría” [89] o, “ en el caso que el trabajador continúe incapacitado parcialmente, de otorgarle un empleo compatible con su condición física, para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que considere pertinentes” [90] . Es decir, “si la enfermedad tiene curación, la persona tiene derecho a la reinstalación en el empleo” [91] .

En todo caso, “el empleador puede eximirse de la obligación de reubicación si demuestra que existe un principio de razón suficiente de índole constitucional que lo exonera de cumplirla” [92] .

46. En el evento en que el trabajador no recupere su capacidad de trabajo, por haberle sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y exceda del periodo de incapacidades continuas superiores a 180 días [93] , el empleador puede solicitar al Ministerio de Trabajo autorización para terminar el contrato con justa causa [94] .

47. Si el empleador decide terminar el vínculo laboral sin agotar sus obligaciones de manera adecuada, se derivan las siguientes consecuencias: (i) la ineficacia del despido; (ii) el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el periodo de la desvinculación; (iii) el reintegro a un cargo similar o con mejores condiciones al que desempeñaba, acorde con sus condiciones de salud; (iv) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas del nuevo cargo, y (v) el pago de la indemnización de 180 días de salario prevista por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, si a ello hubiere lugar [95] .

4.4. Análisis de constitucionalidad de la disposición acusada [96] 48. Para establecer si el trato acusado desconoce el referido mandato, la Corte seguirá el siguiente orden. Inicialmente (i) se referirá a la disposición demandada, a fin de precisar el reconocimiento y pago de la prestación económica que allí se prevé. Luego, (ii) precisará los grupos objeto de comparación para establecer si la medida afecta el mandato de trato igual. Solo en el caso de existir tal afectación analizará si ella puede justificarse o no.

4.4.1. El reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad temporal por enfermedad o accidente de origen común previsto en los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 49.

El artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, estableció el pago del subsidio por incapacidad temporal (i) a expensas de las AFP, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia [97] o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, a partir del día 181 de incapacidad, cuando se prorrogue la calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral entre el día 180 a 540 de incapacidad, y (ii) en cabeza de las EPS, con cargo a sus propios recursos, desde el día 181 de incapacidad y hasta que emitan el concepto de rehabilitación correspondiente, cuando no lo expidan antes de cumplirse el día 120 y no lo envíen antes del día 150 de incapacidad a la respectiva AFP. En ambos casos, para los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable. La disposición, sin embargo, no señaló si en estos eventos las AFP y las EPS deben reconocer el subsidio por incapacidad temporal a favor de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable.

4.4.2. La disposición acusada establece un trato diferente entre personas que, por la condición de salud en que se encuentran, son sujetos comparables 50.

La disposición que se demanda no prevé el pago del subsidio por incapacidad temporal por accidente o enfermedad de origen común para los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación desfavorable. Esta diferencia de trato, respecto de la situación de los trabajadores con concepto favorable de rehabilitación, en los términos previamente indicados, exige que la Sala valore si el precepto cuestionado desconoce o no el acceso a una prestación del Sistema de Seguridad Social en igualdad de condiciones para las personas en situación de incapacidad superior a 180 días, dado el mandato de cobertura universal, solidaria e integral de las contingencias que menoscaban la salud y capacidad económica de la población que garantiza este sistema.

51. El principio de igualdad impone el deber de "[promover] las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" [98] , mediante la aplicación de alguno de los siguientes 4 mandatos: (i) trato igual a sujetos en circunstancias idénticas; (ii) trato paritario a sujetos que no están en circunstancias idénticas, pero cuyas similitudes son más relevantes que sus diferencias; (iii) trato diferenciado a sujetos que no están en circunstancias idénticas, pero cuyas diferencias son más relevantes, y (iv) trato desigual a sujetos en circunstancias desiguales y disímiles [99] .

52. Para dos de los intervinientes "se trata de dos grupos poblacionales que no son comparables para efectos del juicio de igualdad" [100] . Según indicó el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, "en el caso en estudio existe una diferencia entre los dos grupos, que justifica el tratamiento diferencial" [101] : mientras que el concepto favorable "justifica postergar la calificación de pérdida de capacidad laboral" [102] , el concepto desfavorable supone "realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral para determinar el estado de invalidez y el consecuente reconocimiento de la pensión de invalidez" [103] . Y, para Asofondos, "de la norma se desprenden dos grupos de trabajadores, que si bien en apariencia, tienen una situación en común, que es el acaecimiento de una situación que le generó incapacidad, jurídicamente las consecuencias de sus situaciones de hecho son disímiles y, por ende, acarrean un trato distinto[:] el primer grupo de trabajadores, al tener concepto favorable, se encuentran en la capacidad de rehabilitarse y por ende reintegrar[se] a sus labores para seguir cotizando al sistema" [104] , mientras que quienes tienen un concepto desfavorable no pueden "seguir desempeñando las labores que ahora ocupa [y, por tanto], no puede ser beneficiario de un subsidio económico que es de carácter temporal" [105] .

53. A diferencia de estos, según lo precisaron el demandante, el Ministerio Público y tres de los intervinientes, los apartes cuestionados vulneran el derecho a la igualdad, al desconocer el mandato de tratamiento paritario que se debe otorgar a los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto favorable y desfavorable, quienes se encuentran en similares circunstancias para ser acreedores del subsidio.

54. Para el demandante, " la interpretación (norma) que alberga el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, está generando que [en] el plano fáctico se esté dando un trato discriminatorio frente a aquellos trabajadores a los cuales, por existir un concepto médico desfavorable de rehabilitación, se le[s] niega el reconocimiento y pago del subsidio económico entre los días 180 al día 540 de incapacidades ininterrumpidas" [106] , pese a que deberían ser tratados de la misma forma que aquellos que cuentan con un concepto favorable de rehabilitación, al ser sujetos de especial protección constitucional que, "por su condición física o mental, merecen un trato diferente por parte de las autoridades públicas" [107] .

55. En sentido semejante, para e l Ministerio Público " la ordenación establece un trato diferencial injustificado entre sujetos que se encuentra[n] en la misma situación de vulnerabilidad" [108] , porque "independientemente si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable, lo cierto es que las personas con ambos dictámenes están incapacitadas para laboral producto de su estado de salud y, por consiguiente[,] requieren de apoyos económicos para suplir sus

necesidades” [109] . De allí que, para la Universidad Pontificia Bolivariana, “ en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales, pues se condiciona el pago del subsidio económico a cargo de las AFP y de las EPS a que el concepto de rehabilitación sea o pueda ser favorable” [110] . A juicio de la Universidad Libre, “todo paciente a quien se le reconozca una incapacidad médica temporal debe […] tener el mismo derecho al pago del subsidio económico, ya que se encuentran en la misma situación, esto es en estado de incapacidad” [111] . Finalmente, s egún la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander “los trabajadores (paciente[s]) cuando se les expide concepto desfavorable quedan en una situación de disminución al encontrar que aquel que tiene un concepto favorable recibe un reconocimiento económico y el que está en situación de salud similar pero recibe por la EPS concepto desfavorable queda desprotegido sin justificación alguna observándose trato diferente ante una misma condición” [112] .

56. Para la Sala, en el presente asunto el principio de igualdad exige otorgar un tratamiento paritario a supuestos de hecho equivalentes, habida cuenta de la existencia de un grupo de sujetos que se encuentran en una misma situación: trabajadores con incapacidad temporal superior a 180 días por enfermedad o accidente de origen común, a quienes se les expide un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

57. En efecto, el grupo de sujetos destinatarios de la disposición que parcialmente se demanda se caracteriza por lo siguiente: son (i) “trabajadores”, esto es, personas naturales que desempeñan una actividad laboral dependiente o independiente con el fin de obtener una remuneración por el servicio prestado [113] , (ii) afiliados obligatorios o voluntarios al Sistema de Seguridad Social [114] , y, por consiguiente, (iii) obligados a efectuar los aportes a los subsistemas de salud y pensiones [115] , en el porcentaje de cotización que les corresponda [116] . En virtud de la afiliación y pago de la cotización, son (iv) actores del sistema, a quienes se les reconoce la intervención “a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto” [117] , y (v) beneficiarios del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas previstas por el Sistema de Seguridad Social [118] , en particular, del subsidio por incapacidad, el cual “s ustituye el salario [u honorarios] del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores” [119] y, por tanto, es “presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar” [120] .

58. A demás, son trabajadores (vi) con una condición de salud de origen común o general, susceptible de revisión periódica [121] , (vii) que ha derivado en la expedición de incapacidades por un periodo superior a 180 días, (viii) a quienes las EPS emiten un concepto de recuperación [122] , esto es, “ una determinación médica de las condiciones de salud” [123] , que “constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral” [124] , el cual puede ser favorable o desfavorable, según la “descripción de las secuelas anatómicas y/o funcionales, con el respectivo pronóstico (bueno, regular o malo)” y “la posibilidad de recuperación” [125] .

59. La obtención de un concepto de rehabilitación favorable no asegura el reintegro al puesto de trabajo [126] , así como tampoco un concepto de rehabilitación desfavorable implica el acceso a la pensión de invalidez. S egún la evolución médica, las circunstancias particulares del proceso de rehabilitación y el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, el trabajador con concepto de rehabilitación favorable o desfavorable puede enfrentarse, en similar sentido, a los siguientes escenarios: (i) la prórroga de la incapacidad, (ii) el reintegro o (iii) la obtención de la pensión de invalidez.

60. Si bien el trabajador con concepto de rehabilitación favorable puede postergar el trámite de pérdida de capacidad laboral y, luego, reintegrarse al empleo desempeñado de manera previa a la incapacidad, “d espués de haber ejercido una labor que les permitió integrarse al mercado laboral, su situación de salud puede desmejorar al punto de que ya no pueden trabajar” [127] , y, por tanto, puede obtener (i) la prórroga de la incapacidad médica; (ii) una nueva valoración sobre su condición de salud, que concluya con un concepto desfavorable, (iii) que amerite iniciar el trámite de

calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En similar sentido, el trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable que inicia el trámite de calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral se enfrenta a los siguientes escenarios: (i) si es calificado con el 50% o más de pérdida de capacidad laboral, puede acceder a la pensión de invalidez; (ii) si obtiene una calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, puede continuar incapacitado, si el médico tratante así lo considera, o (iii) puede ser reintegrado al puesto de trabajo, dada la ausencia de incapacidades médicas y de un porcentaje que le permita acceder a la pensión de invalidez.

61. Así las cosas, dado que son más relevantes las similitudes – trabajadores en condición de incapacidad médica superior a 180 días– que las diferencias entre los sujetos objeto de comparación –concepto de rehabilitación favorable o desfavorable– estos merecen, en principio, un trato paritario, que prima facie es desconocido [128] . Esta constatación, en todo caso, no torna en inexequibles per se los apartados normativos demandados. De allí que sea necesario determinar si esta diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada, para lo cual la Sala aplicará un juicio integrado de igualdad.

4.5. La solución del caso exige la aplicación de un juicio integrado de igualdad [129] 62. A partir de la Sentencia C-093 de 2001, para valorar presuntos tratamientos legislativos incompatibles con el principio de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha aplicado un juicio integrado.

Por su integralidad, versatilidad y suficiencia argumentativa, con las precisiones que exige cada caso, también se ha utilizado para resolver demandas en las que se alegan contradicciones normativas con otros principios, reglas o disposiciones constitucionales [130] .

63. En aquellos casos, como el presente, en los que se valora una presunta contradicción con el principio de igualdad, el examen exige delimitar el asunto en términos de un caso de esta naturaleza, lo que significa que se debe (i) precisar los sujetos objeto de comparación; (ii) determinar el criterio de comparación entre estos y (ii) definir “si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles” [131] .

La identificación del criterio de comparación “es el paso inicial para examinar si la clasificación objeto de cuestionamiento fue racionalmente configurada por el legislador” [132] ;

además, “para determinar si dos grupos o categorías son comparables es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma” [133] .

De esta forma, es posible establecer si, a partir de dicho criterio de comparación, “deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones similares, desde un punto de vista que sea relevante y de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma analizada” [134] .

Solo luego, será posible establecer “si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado” [135] , mediante la aplicación de los dos pasos que conforman el juicio integrado, y a que se hace referencia más adelante.

En aquellos otros supuestos en los que no se valora una presunta contradicción con el principio de igualdad no es necesario plantear el caso en los términos anteriores, sino que únicamente se aplican los dos pasos que componen el juicio integrado.

Así las cosas, salvo el punto de partida inicial en los casos de igualdad, el juicio de proporcionalidad, que hace parte del juicio integrado, sirve como el marco de razonamiento para determinar la compatibilidad de las medidas legislativas con la Constitución.

64. El juicio consta de dos pasos: 65. En el primero se define la intensidad del juicio (débil, intermedio o estricto) , a partir de la mayor o menor libertad de configuración que reconoce el or denamiento constitucional al legislador en la materia específica de que se trate o del tipo de trato en que la medida que se demanda consista .

66. En el segundo, según las exigencias de cada nivel de intensidad, se valora: (i) la relevancia constitucional (u objetivo legítimo) de la finalidad de la medida legislativa presuntamente limitativa de garantías constitucionales; (ii) su idoneidad , es decir, si entre la medida que contiene la disposición o norma que se demanda –la medida legislativa– y su finalidad es posible establecer una relación de medio a fin (se trata, por tanto, de un juicio que pretende determinar si entre la medida legislativa y el cumplimiento del objetivo que persigue es posible establecer un vínculo racional); (iii) su necesidad , esto es, si la medida legislativa restringe los derechos o intereses constitucionales con que entra en tensión únicamente en la medida indispensable para lograr la finalidad que persigue y si existen otras medidas para lograr la misma finalidad de una manera menos restrictiva para los citados derechos o intereses (se trata, por tanto, de un juicio que pretende valorar la existencia de medios menos restrictivos e igualmente idóneos para alcanzar el objetivo legítimo que persigue la norma o disposición que se demanda), y (iv) su proporcionalidad en sentido estricto , es decir, si los beneficios de lograr el objetivo legítimo que persigue la medida legislativa superan los daños o posibles afectaciones que se siguen para los derechos o intereses constitucionales que limita (se trata, por tanto, de un juicio de ponderación entre los costos y beneficios de la medida legislativa, en relación con los intereses jurídicos con que entra en tensión).

67. En relación con los tres niveles de intensidad que puede revestir el juicio integrado, en la Sentencia C-345 de 2019 la Corte Constitucional unificó los criterios, la metodología y parámetros de la siguiente manera [136] :

68. Por regla general, el estándar de control es el juicio de intensidad débil [137] , aplicable a aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, y, por tanto, el principio democrático se debe realizar en la mayor medida posible. De tal forma, “ está dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosa” [138] .

La medida legislativa es compatible con la Carta si : (i) persigue una finalidad que no está prohibida por la Constitución y (ii) es idónea en algún grado –esto es, potencialmente adecuada, en términos de eficacia, eficiencia, temporalidad o probabilidad –, para contribuir a alcanzar la finalidad que persigue [139] .

69. El juicio de intensidad intermedia ha sido aplicado por la Corte a aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas pueden entrar en tensión con otros bienes constitucionalmente relevantes. Este estándar también se emplea (i) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, (ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, y (iii) “frente a normas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas” [140] . En esos términos, “[e]l escrutinio de igualdad intermedio autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante. Eso significa, un objetivo deseable respecto del cual hay buenas razones para perseguir y que, por lo tanto, se debería buscar.

Análogamente, la medida que impone una diferencia no puede ser evidentemente desproporcionada” [141] . Así, l a medida legislativa es compatible con la Constitución si : (i) persigue una finalidad constitucional importante, es decir, “ un fin deseable, que hay buenas razones para perseguirlo y que, por tanto, debería buscarse ” [142] , (ii) es idónea –efectivamente conducente–, esto es, adecuada para contribuir a alcanzar la finalidad que persigue, y (iii) no es evid entemente desproporcionada, esto es, si “la norma demandada genera mayores ventajas frente a los eventuales perjuicios” [143] que representa para los intereses jurídicos con los que entra en tensión .

70. Por excepción, el estándar de control constitucional es el juicio de intensidad estricta , que tiene por objeto “ hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad” [144] , “ cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la

Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio" [145] .

La medida legislativa es compatible con la Constitución si : (i) persigue una finalidad constitucional imperiosa [146] ; (ii) es idónea –efectivamente conducente–, esto es, adecuada para contribuir a alcanzar la finalidad que persigue; (iii) es necesaria, " esto es, si no puede ser reemplazad[a] por otr[a]s menos lesiv[a]s para los derechos de los sujetos pasivos de la norma " [147] ;

por tanto, debe ser la más benigna con los derechos intervenidos entre todas aquellas otras medidas que revistan igual idoneidad [148] , y (iv) es ponderada o proporcional en sentido estricto, "si los beneficios de adoptar la medida exceden […] las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales" [149] .

71. En el presente asunto, el planteamiento del caso como uno de igualdad se realizó de manera amplia en el título 2 supra , al definir los sujetos objeto de comparación y determinar el tertium comparationis , con fundamento en lo cual, posteriormente, se determinó el problema jurídico que debe resolver la Corte (título 3 supra).

4.6. Para determinar si la diferencia de trato descrita en el problema jurídico está constitucionalmente justificada o no, la Sala aplicará un juicio integrado de intensidad inter media 72.

Esta Corte ha señalado que "existen grados o intensidades diferentes del análisis de la razonabilidad de un trato diferente" [150] , que se determina "según la materia a la cual se apliquen" [151] o "la naturaleza de la medida enjuiciada" [152] .

Es por esto que " la premisa que subyace [a] este análisis consiste en que la intensidad del juicio es inversamente proporcional a la libertad de configuración del Legislador" [153] , por lo que, "entre mayor libertad tenga el Legislador respecto del alcance de la norma, menos intenso y severo debe ser su examen de constitucionalidad" [154] .

73. En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de aplicar (i) el escrutinio débil, "dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas", en asuntos relacionados con materias económicas y tributarias, política internacional, cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos, y cuando no se aprecia, prima facie , una amenaza para el derecho en cuestión [155] ;

(ii) el escrutinio intermedio, "cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental" [156] , "cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia" [157] , en los eventos en que existen normas fundadas en criterios sospechosos –con el fin de favorecer a grupos históricamente marginados [158] –, e, incluso, "ha considerado que el grado de intensidad aplicable a una norma referente a servicios públicos puede llegar a ser intermedio" [159] , y, finalmente; (iii) el escrutinio estricto, que "se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador" [160] , como aquellos eventos en los que la medida contiene una clasificación sospechosa [161] , afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados, impacta gravemente un derecho fundamental o crea un privilegio [162] .

74. La Sala empleará el escrutinio intermedio para analizar la constitucionalidad de la disposición acusada ya que si bien el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración respecto del servicio público a la seguridad social, la disposición que se acusa supone una tensión relevante con la garantía a la igualdad y los tres principios que se adscriben a la seguridad social como derecho: universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad, lo que justifica un estándar de control más cualificado. En efecto, primero, el legislador cuenta con amplia libertad de configuración normativa para

“concret[ar] los mecanismos institucionales y los procedimientos para [la] realización efectiva” [163] de la seguridad social, por ser un servicio público que se debe prestar “en los términos que establezca la Ley” [164] .

Segundo, el subsidio por incapacidad es un beneficio económico que tiene sustento en el deber del Estado de proporcionar la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y capacidad económica de la población.

Tercero, la discrecionalidad del legislador para determinar el pago de las prestaciones económicas de la seguridad social no es absoluta, por cuanto, de un lado, “ la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social” [165] y, de otro lado, “dentro de las f ronteras normativas que el legislador debe respetar se encuentra el principio de igualdad material” [166] , que “no permite la adopción de un tratamiento discriminatorio para alguna persona o grupo de ellas” [167] .

75. En relación con la intensidad del test cabe precisar que en el caso objeto de estudio la presencia de un sujeto de especial protección no exige la aplicación del test de igualdad estricto. Si bien las personas en situación de incapacidad médica superior a 180 días se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud, en el contexto de la norma estudiada tal condición no implica un “criterio sospechoso”, esto es, una categoría prohibida de discriminación [168] , pues el grupo de destinatarios de la norma está conformado, precisamente, por sujetos de especial protección dentro de una misma categoría: condición de incapacidad temporal de origen común.

76. A partir de la estructura analítica de este estándar del juicio integrado de igualdad, la Sala estudiará si el trato diferente que otorgan los apartados demandados de los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentra constitucionalmente justificado o no.

4.6.1. Finalidad de la medida legislativa objeto de escrutinio 77. La finalidad de la medida legislativa que persigue la disposición parcialmente acusada es constitucionalmente importante, pues el pago del subsidio por incapacidad temporal en cabeza de las AFP -y con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido- durante el periodo en que estas postergan la calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral [169] , constituye un mecanismo transitorio para que los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable, esto es, con capacidad de recuperarse, cuenten con un ingreso que les permita subsistir, en reemplazo del salario, mientras se reincorporan a la actividad laboral. Además, “la distinción prevista por la medida analizada se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante” [170] , pues, como lo ha afirmado esta Corte en ejercicio de su competencia de control concreto de constitucionalidad, “la forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, [sic] hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema” [171] .

78. E l subsidio por incapacidad –en tanto auxilio de carácter temporal– “busca la recuperación del trabajador para que sea reintegrado a su vida laboral, y a su vez continúe con sus cotizaciones habituales, y con esto contribuye a la estabilidad financiera del sistema” [172] .

En ese contexto, el concepto de que trata la disposición acusada “otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad” [173] ; es decir, “ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico” [174] .

79. En ese sentido, (i) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que “el propósito del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 es garantizar al trabajador un cubrimiento de las incapacidades mayores a 180 días mientras se produce su recuperación o haya lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez” [175] ;

(ii) la Superintendencia de Salud indicó que la disposición acusada “le permite al sistema iniciar un trámite de calificación para evitar que se tenga a la persona en una búsqueda de la rehabilitación de sus capacidades de manera indefinida, y además, le permite tener la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez que de obtenerse sería reconocida desde la fecha de estructuración” [176] , y (iii) Asofondos sostuvo que “si bien la norma, prevé que [a] aquellos trabajadores con concepto favorable de rehabilitación se les pague un subsidio económico de carácter temporal, ello tiene su razón de ser en que el trabajador se encuentr[a] en condiciones de recuperarse y por ende, ser reintegrado al trabajo para continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social” [177] , por lo que “el fin último de la norma es que el trabajador reingrese a su puesto para seguir cotizando al sistema” [178] .

80. Además, dado que el propósito que buscó el legislador con la expedición del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2020 fue “ reducir los costos de transacción en los trámites de calificación de la capacidad laboral y ocupacional” [179] , esto es, “buscar procedimientos más céleres que aseguren el respeto y la protección al goce efectivo del derecho a la seguridad social de las personas trabajadoras” [180] , es constitucionalmente relevante atribuirle el pago del subsidio por incapacidad a las EPS -con cargo a sus propios recursos-, después del día 180 de incapacidad, en el evento en que no emitan el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 y lo remitan previo al día 150 a las AFP, con el fin de evitar la demora en la emisión del concepto, exigencia necesaria para continuar con el trámite de reincorporación o tratamiento médico del trabajador.

4.6.2. Idoneidad de la medida que se estudia para lograr la finalidad que persigue la disposición 81. La medida es idónea o conducente, es decir, constituye un medio efectivamente adecuado para lograr el fin constitucionalmente importante que se propone, dado que los incisos demandados son claros en establecer, de un lado, que las AFP deben sufragar –con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido– el subsidio por incapacidad para el trabajador con concepto favorable que tenga posibilidades de recuperación, de manera que aquel no quede desprovisto de un ingreso que le permita subsistir mientras se encuentre en tratamiento médico o se reincorpore a su puesto de trabajo.

82. De dicha idoneidad dan cuenta las estadísticas remitidas por las EPS y AFP que rindieron sus conceptos técnicos, correspondientes al número de incapacidades superiores a 180 días canceladas a trabajadores con concepto favorable de rehabilitación, desde la entrada en vigor del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, como seguidamente se expone:

- Aliansalud EPS [181] : Año Incapacidades Días Valor 2014 1 2 $52.533 2015 8 171 $5.664.436 2016 10 212 $5.034.258 2017 44 794 $38.718.225 2018 17 414 $12.346.943 2019 26 633 $20.753.900 2020 12 233 $6.528.302 2021 12 202 $6.117.408 2022 4 78 $3.813.213 Total 134 2.729 $99.029.218 - EPS de la Gente [182] :

Usuarios Incapacidades Días pagados Valor pagado 254 1.005 20.855 $593.408.007 - Anas Wayuu E.P.S.I. [183] : No. de casos Promedio de días reconocidos Valores Porcentaje 4 264,25 $31.631.920 65,87% - Protección S.A.

[184] : No. de casos Promedio del monto Promedio de días 2016 3.069 $6.078.228 232 2017 2.425 $6.328.321 236 2018 2.762 $6.546.136 226 2019 2.317 $5.953.410 196 2020 1.786 $6.280.237 197 2021 1.853 $6.319.829 185 2022 922 $3.521.316 98 - Colfondos S.A.

[185] : Año No. de casos 2015 1.782 2016 4.156 2017 7.866 2018 8.858 2019 10.239 2020 6.896 2021 6.573 2022 4.306 Total 50.676 Promedio 6.335 83.

De otro lado, la medida es adecuada para conminar a las EPS a cumplir con su deber de emitir el concepto de manera oportuna, pues no se advierte un mecanismo con mayor aptitud que uno de contenido económico para imprimir celeridad y evitar la mora en el trámite de expedición del concepto de rehabilitación. En efecto, atribuir el pago del subsidio por incapacidad después del día 180 a las EPS que incurran en mora en la emisión del concepto de rehabilitación, con cargo

a sus propios recursos, contribuye a (i) la expedición del dictamen antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión a las AFP antes del día 150, y (ii) reduce la tardanza en la expedición del concepto.

(iii) También asegura que ante la mora en la realización del dictamen el afiliado no quede desprovisto de un ingreso para su subsistencia, pues será acreedor del subsidio por incapacidad a cargo de las EPS [186] .

Esto es así, con base en las siguientes estadísticas relacionadas con los casos en que, desde la entrada en vigor del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, las EPS han asumido el pago del subsidio equivalente a la incapacidad temporal percibida por el trabajador después de los 180 días iniciales, por no haber emitido el concepto de rehabilitación de manera oportuna a las AFP:

- Compensar EPS [187] : Año No. incapacidades No. días reconocidos Valor reconocido 2012 46 962 $26.108.380 2013 119 2.813 $59.709.329 2014 312 6.793 $164.935.760 2015 324 6.005 $146.201.220 2016 360 7.306 $191.475.946 2017 405 8.943 $260.211.105 2018 609 11.733 $255.653.813 2019 522 9.696 $280.830.665 2020 481 9.307 $313.704.934 2021 361 7.364 $245.425.181 2022 211 4.130 $179.658.613 Total 3.750 75.052 $2.123.914.946 - Aliansalud EPS [188] :

Año No. incapacidades No. días reconocidos Valor reconocido 2014 0 0 0 2015 0 0 0 2016 0 0 0 2017 7 114 $4.195.429 2018 9 185 $4.748.868 2019 0 0 0 2020 2 60 $1.755.606 2021 0 0 0 2022 0 0 0 Total 18 359 $10.699.903 - Famisanar EPS [189] :

Año No. cotizantes No. incapacidades Valor reconocido 2018 20 23 $45.469.073 2019 11 84 $58.973.694 2020 23 119 $70.243.262 2021 59 316 $165.671.327 2022 33 151 $64.602.924 Total 146 693 $404.960.280 - EPS de la Gente [190] :

Cantidad de casos (usuarios) con incapacidad temporal superior a 180 días, asumida por la EPS 315 Conceptos de rehabilitación emitidos con posterioridad al día 120 219 - Saviasalud EPS [191] :

Casos Incapacidades 95 192 - Nueva EPS [192] : Cantidad de afiliados Cantidad de casos Valor reconocido 1.127 2.302 $1.200.588.058 - EPS Sanitas [193] :

Promedio de casos asumidos Cantidad de casos Valor reconocido 5,51 2.728 $1.697.699.555 4.6.3. Proporcionalidad en sentido estricto de la medida objeto de escrutinio 84.

Si bien, solo algunas de las personas que participaron en el proceso de constitucionalidad acudieron a la metodología del juicio integrado de igualdad para presentar sus intervenciones y conceptos, la Sala encuentra que varios de los argumentos propuestos pueden reconducirse a la valoración de la exigencia que ahora se estudia. A partir de estos, es posible inferir que para algunos no se trata de una medida desproporcionada, mientras que para otros sí lo es.

85. Para la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Hacienda, Asofondos y el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, la medida contenida en la disposición cuestionada no desconoce los principios de la seguridad social, por cuanto “no deja al individuo desprotegido frente a su enfermedad […] sino por el contrario le permite al sistema iniciar un trámite de calificación para evitar que se tenga a la persona en una búsqueda de la rehabilitación de sus capacidades de manera indefinida, y además, le permite tener la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez que de obtenerse sería reconocida desde la fecha de estructuración” [194] .

86. De allí que sostengan que (i) “no es posible aludir a un desconocimiento del principio de universalidad para el grupo de trabajadores que no obtuvo un concepto favorable, por cuanto, es el mismo sistema el que regula las consecuencias jurídicas de su situación de incapacidad de carácter permanente, en algunos casos es la reubicación o la pensión de invalidez, como mecanismo de protección al trabajador que se encuentra en incapacidad de seguir laborando” [195] ; (ii) “no [se] desconoc[e] el principio de solidaridad, por cuanto […] el subsidio económico que regula el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 a favor de los trabajadores con concepto favorable de rehabilitación, tiene por objeto, que estos reingresen a sus labores para seguir contribuyendo económicamente al sistema” [196] , y; (iii) “en cuanto al

desconocimiento del principio de irrenunciabilidad, […] los trabajadores con concepto desfavorable de rehabilitación no son por disposición legal acreedores del subsidio económico que regula los apartes acusados, al encontrarse en una situación fáctica y jurídica distinta frente a los trabajadores con concepto favorable de rehabilitación, sin que ello implique que se renuncia a algún tipo de derecho mínimo laboral" [197] .

87. A diferencia de esta postura, para el demandante, la Universidad Libre, la Universidad Pontifica Bolivariana y el Ministerio Público, al igual que para la Sala, "la norma demandada resulta desproporcionada", pues "no se denota ningún beneficio cierto, grave y de alta importancia para el ordenamiento jurídico constitucional, de suerte tal que la protección de un grupo de trabajadores no debería suponer la desprotección de otros" [198] .

88. La medida es evidentemente desproporcionada, dado que no permite la materialización de la igualdad en el reconocimiento de las prestaciones económicas previstas por el Sistema de Seguridad Social para todos los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días, como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común. Por el contrario, priva al trabajador en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación desfavorable del pago del subsidio, en los eventos en que, pese a que la calificación debe adelantarse de manera inmediata y sin dilaciones, la AFP extienda el proceso de determinación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral entre el día 181 al día 540 de incapacidad, y las EPS incurran en mora en la expedición del concepto de rehabilitación. Esta circunstancia se presenta sin que el beneficio que actualmente se otorga únicamente a favor de los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación favorable compense los costos, en términos de la falta de protección de los principios de universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad que caracterizan al derecho a la seguridad social, en los términos del artículo 48 Superior, que deben asumir los trabajadores en idéntica condición, pero con un concepto desfavorable de rehabilitación, como seguidamente se explica:

89. En primer lugar, la diferencia de trato es desproporcionada ya que desconoce el principio de universalidad, en su dimensión subjetiva , que exige "la protección de todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida" [199] , y en su dimensión objetiva , que supone la garantía del reconocimiento de todas las prestaciones de la seguridad social, pues excluye a los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable de acceder a la cobertura de la contingencia de salud e incapacidad económica derivada de un accidente o enfermedad de origen común a la que sí tienen acceso los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable.

90. En efecto, como precisó el demandante, se desconoce la universalidad de la seguridad social dado que "existiría un grupo de trabajadores que quedan excluidos de la posibilidad del goce de un derecho laboral" [200] : aquellos que superen una situación de incapacidad de 180 días y la correspondiente EPS ha emitido un concepto de rehabilitación desfavorable, pese a que, como bien lo precisó la Universidad Pontificia Bolivariana, las prestaciones económicas que pagan las EPS y las ARL a los trabajadores incapacitados aseguran la materialización de la seguridad social [201] , de allí que "las prestaciones económicas derivadas de incapacidades […] deben estar supeditadas a la concreción de dicho principio, debiéndose prestar indiscriminadamente a todos los trabajadores" [202] , "sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida" [203] , según se acrediten los requisitos dispuestos en la ley para acceder a su cobertura.

Esto, sobre todo si se tiene en cuenta que, como lo puso de presente la Universidad Libre, "no obstante el paciente tiene cobertura por el sistema de salud y pensiones, las prestaciones económicas no son las mismas ante la misma situación" [204] .

91. En consecuencia, si la Constitución impone al Estado el deber de proteger especialmente a "aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" [205] y, en ese contexto, "si el ordenamiento jurídico le reconoce al trabajador incapacitado la condición de sujeto de especial protección constitucional", no se advierte justificación alguna

para que se impida la materialización del derecho a la seguridad social de una persona en situación de incapacidad, mediante el pago de una prestación económica que tiene por objeto reemplazar al salario, con base en la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable.

92. En segundo lugar, la diferencia de trato es desproporcionada ya que desconoce el principio de solidaridad, que implica " la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil" [206] .

Dado que "la seguridad social es esencialmente solidaridad social" [207] , "aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo" [208] . De allí que "se ha instituido dentro del régimen del Sistema de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sea por enfermedad común, o por enfermedad profesional […] con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada , en virtud del principio de solidaridad" [209] .

93. En esos términos, pese a que el principio de solidaridad "permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario , a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes" [210] y los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación desfavorable contribuyen, en su condición de afiliados, a la financiación de los beneficios que reconoce el sistema, como lo afirmó el demandante, la solidaridad "solo se estaría alcanzando parcialmente" frente a aquellos trabajadores a los cuales, "estando incapacitados, se les expide un concepto favorable de rehabilitación [y] no aconteciendo lo mismo frente a aquellos trabajadores con unas incapacidades que superan los 180 días continuos, pero a los cuales su EPS les ha emitido un concepto de recuperación desfavorable" [211] .

94. En tercer lugar, la diferencia de trato es desproporcionada ya que desconoce el principio de irrenunciabilidad, según el cual el Estado debe garantizar a todos sus habitantes "el derecho irrenunciable a la seguridad social" [212] , además de que el Sistema de Seguridad Social Integral "tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten" [213] .

95. L os trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable son afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral que contribuyen, "según su capacidad" [214] , a la financiación de las prestaciones y, con fundamento en su aporte, aspiran a " la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de la población" [215] . Sin embargo, pese a que el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de estos trabajadores debe realizarse de inmediato y sin dilaciones desde el momento en que la EPS emite el pronóstico desfavorable, la disposición acusada no les reconoce expresamente el subsidio por incapacidad temporal, después del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, durante el periodo en que se tramita la calificación de la pérdida de capacidad laboral, sin tener en cuenta, de un lado, el derecho a "recib[ir] lo necesario para atender sus contingencias" [216] , y, de otro lado, que el hecho de contar con un concepto de rehabilitación desfavorable no garantiza, prima facie , el reconocimiento de la pensión de invalidez [217] o el reintegro al empleo [218] .

Además, " solamente dispone que la EPS asuma el pago de los subsidios de incapacidad de sus propios recursos, cuando se tarde en emitir el concepto de rehabilitación y éste sea favorable, de manera que deja en la peor de las situaciones al paciente que no recibe el pago de las incapacidades por la demora injustificada de la EPS" [219] y, que, por tanto, no

tiene la posibilidad de iniciar el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral necesario para determinar el eventual acceso a la pensión de invalidez.

96. Con fundamento en lo expuesto, la demanda está llamada a prosperar, pues resulta desproporcionado dar un tratamiento distinto a individuos en idénticas condiciones – situación de incapacidad temporal superior a 180 días derivada de accidente o enfermedad de origen común– , con base en un criterio de distinción que carece de una justificación razonable: contar con un concepto de rehabilitación favorable, y, a partir de ello, no reconocer expresamente a los sujetos con un concepto de rehabilitación desfavorable el pago de una prestación del Sistema de Seguridad Social [220] .

5. Remedio constitucional 97. La Corte declarará la exequibilidad condicionada de los apartados normativos acusados y precisará la forma en que los citados condicionamientos se integran al sistema normativo en que se inserta la disposición de la cual hacen parte, y que, como se precisó en los títulos 3.1 y 3.2 supra , tiene relación tanto con el régimen jurídico de la seguridad social como con el laboral individual.

98. Como lo ha precisado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, el desconocimiento de una norma constitucional por parte de una disposición de carácter legal no implica per se su declaratoria de inconstitucionalidad, pues mediante la exequibilidad condicionada se deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete conforme a la Constitución [221] .

Así pues, dado que “la inexequibilidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución” [222] , expulsar los apartados normativos acusados del ordenamiento jurídico, e, incluso, optar por excluir la expresión “favorable” [223] de los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, produciría efectos más gravosos que los que se pretende remediar, por cuanto se privaría del pago del subsidio por incapacidad temporal superior a 180 días a los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable. En consecuencia, como se justifica seguidamente, lo ordenado en el presente asunto es declarar la exequibilidad condicionada de los apartados normativos cuestionados, de tal forma que se mantenga la finalidad constitucional que persiguen y no se siga presentando la afectación al principio de igualdad que se evidenció en el título anterior.

5.1. Exequibilidad condicionada de los apartados normativos demandados del inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 99.

De los incisos quinto y sexto demandados del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, es dable concluir que su finalidad es que las AFP sean las entidades que, en principio, aseguren los riesgos asociados a las afectaciones prolongadas de salud –por cuenta de la relación existente con la contingencia de la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%–, y sancionar la negligencia de las EPS en la emisión del concepto de rehabilitación.

100. A partir de esta finalidad, la Sala considera razonable y proporcionado declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud […] la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, contenida en el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que, respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable la AFP deberá iniciar de inmediato, tan pronto reciba el concepto, el proceso de calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En este caso, la AFP deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad que se llegue a causar desde el día 181 y hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral del trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable, sin que exceda del día 540 de incapacidad.

101. La exequibilidad condicionada se justifica en la necesidad de garantizar la protección de los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable y desfavorable, y articular los deberes que deben asumir las EPS, las AFP y los empleadores, frente al proceso de recuperación o calificación de la pérdida de capacidad laboral de los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación favorable o desfavorable, según corresponda. Además, se encuentra acorde con la reiterada jurisprudencia constitucional según la cual " el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación" [224] .

Por esta razón, a continuación, se precisa la forma en que este condicionamiento se integra al sistema normativo en que se inserta la disposición de la cual hace parte, según que se trate de incapacidades temporales entre los días 181 a 540, o incapacidades temporales posteriores a este último periodo, y que tiene relación tanto con el régimen jurídico de la seguridad social como con el laboral individual.

- Del día 181 al día 540 de incapacidad temporal 102. Tal como se deriva de la primera parte del inciso quinto objeto de estudio, las EPS deben examinar al afiliado y emitir, antes del día 120 de incapacidad temporal, el concepto de rehabilitación respectivo y enviarlo a la AFP correspondiente antes del día 150 de incapacidad. De acuerdo con la segunda parte de este inciso, en los términos en que se condiciona, si la EPS cumple con este deber, a partir del momento en que remita el concepto médico a la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajador, esta última será la responsable de asumir el pago del subsidio por incapacidad, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, sea que el concepto hubiese sido favorable o desfavorable respecto de la rehabilitación del trabajador.

103. Si el concepto de rehabilitación es favorable , la AFP deberá pagar, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, el subsidio por incapacidad desde el momento en que la EPS emita el concepto –antes del día 120 de incapacidad temporal– y lo remita a la AFP –previo al día 150 de incapacidad temporal– hasta que se produzca la reincorporación al empleo, lo cual debe ocurrir, en principio, a más tardar el día 180 de incapacidad temporal [225] , salvo que la EPS incurra en mora en la expedición del concepto, caso en el cual será la responsable de asumir el pago del subsidio desde el día 181 de incapacidad hasta tanto emita la valoración médica y la remita a la AFP correspondiente.

104. Dado el pronóstico favorable, luego de culminado el periodo de incapacidad, una vez se alivie de su dolencia y recupere su capacidad laboral [226] , el trabajador tiene derecho a conservar su empleo y, en consecuencia, a continuar recibiendo un pago periódico, en forma de salario, al mantenerse la relación laboral. Por tanto, c on el propósito de asegurar el bienestar y la estabilidad del trabajador, "el empleador está en la obligación de reubicarlo en el cargo que desempeñaba o en cualquier otro para el cual esté capacitado, asegurando en este último evento la conservación de la categoría inicial que tenía el trabajador" [227] . Este deber "tiene un claro propósito de brindar un cierto mínimo de justicia retributiva a las relaciones laborales" [228] .

105. De no ser posible la reincorporación o reubicación inmediata del trabajador, la AFP puede postergar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgo y pagó la EPS –para un total de 540 días–. En caso de que la AFP empleé dicha prerrogativa, deberá asumir, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, el pago de un subsidio equivalente al auxilio de incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador hasta el momento en que se efectúe la reincorporación o reubicación que, se reitera, se encuentra previsto previo al cumplimiento del día 540 de incapacidad temporal. Es decir, no puede existir solución de continuidad entre el pago del subsidio por incapacidad temporal y el salario.

106. Por el contrario, si el concepto de rehabilitación es desfavorable , la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador debe proceder, de inmediato [229] , a calificar la pérdida de capacidad laboral del afiliado [230] , “toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable” [231] .

A diferencia de la facultad con que cuenta la AFP respecto a los trabajadores con concepto favorable, en ningún caso puede prorrogarse, dilatarse o demorarse la calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral de los trabajadores que hubiesen obtenido concepto desfavorable de rehabilitación, ya que la situación de incapacidad es temporal, pero no puede extenderse de manera indefinida.

107. En este caso, dado que “el pago de las incapacidades guarda una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna durante los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario” [232] , el afiliado con concepto de rehabilitación desfavorable tiene derecho al subsidio por incapacidad temporal, cuya cobertura opera desde el momento en que se expide el concepto hasta aquel en que se dictamine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y (i) sea calificado con un porcentaje igual o superior al 50% y sea beneficiario de la pensión de invalidez, o (ii) sea calificado con un porcentaje igual o superior al 50%, pero no sea acreedor de la pensión de invalidez, o (iii) sea dictaminado con un grado de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y sea reubicado en el empleo, o (iv) sea dictaminado con un grado de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, pero no pueda ser reubicado en el empleo, o (v) se presente su muerte [233] . Esto, según se pasa a explicar:

108. En primer lugar, si el trabajador alcanza una pérdida de capacidad laboral severa de origen común, igual o superior al 50% y cumple con la densidad de semanas de cotización previstas en la ley [234] , puede optar por el reconocimiento y pago de la prestación a cargo de la AFP a la cual se encuentra afiliado. Esto, a diferencia de la pensión de invalidez prevista en el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, que otorga la ARL a los trabajadores que sufren un accidente o enfermedad laboral [235] , sin que sea necesario acreditar cotizaciones mínimas para su causación [236] .

109. En este supuesto, la AFP debe pagar, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, el subsidio por incapacidad temporal desde el momento en que se emita el concepto médico de rehabilitación desfavorable, durante el periodo en que se efectúe la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y hasta aquel en que se le reconozca y pague la pensión de invalidez –en caso de cumplir con los requisitos legales dispuestos para acceder a ella– o le sea otorgada la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos –en caso de no cumplir con los requisitos legales para acceder a la prestación– [237] . Además, dado que en la AFP concurren las calidades de pagadora del subsidio por incapacidad temporal y de las mesadas pensionales por pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50 %, la entidad cuenta con la posibilidad de compensar los valores asumidos por concepto del subsidio por incapacidad de las sumas reconocidas por concepto de retroactivo pensional.

110. Finalmente, el reconocimiento de la pensión de invalidez habilita al empleador a terminar unilateralmente el contrato de trabajo con fundamento en la justa causa prevista por el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, consistente en el “ reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa” , “ siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión […] se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente” [238] .

111. En segundo lugar, si el trabajador alcanza una pérdida de capacidad laboral severa de origen común, igual o superior al 50%, pero no cumple con la densidad de semanas de cotización previstas en la ley [239] , no puede ser beneficiario de la prestación pensional. Tampoco tiene derecho de acceder a otros beneficios económicos, por cuanto el Sistema de Seguridad Social Integral no prevé reconocimientos distintos al auxilio o subsidio por incapacidad para trabajadores inhabilitados para trabajar, que obtengan un grado de merma de capacidad laboral inferior al 50%. Esto, a diferencia del

Sistema de Riesgos Laborales [240] en el que el trabajador incapacitado permanente parcial [241] tiene derecho a recibir por parte de la ARL [242] “una indemnización proporcional al daño sufrido” [243] , no menor a dos (2) ni superior a veinticuatro (24) salarios base de cotización, que varía según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que oscila entre el 5% y el 49.99% [244] .

112. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema prevé la cobertura del riesgo de enfermedad mediante el otorgamiento de prestaciones médicas y asistenciales, orientadas al tratamiento, curación y rehabilitación del trabajador [245] . Además, excepcionalmente prevé el pago de incapacidades médicas, de ser necesario, y según el criterio del médico tratante, a cargo de la AFP entre el día 181 a 540 –con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido–, y de la EPS a partir del día 541.

113. Si el trabajador no está conforme con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fue asignado en primera oportunidad [246] , debe manifestar su inconformidad frente al dictamen, el cual será remitido para valoración, en primera instancia, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez [247] .

Dicho dictamen, a su vez, es apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que decidirá, en segunda instancia, sobre los motivos de inconformidad del calificado. Adicionalmente, el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es susceptible de ser controvertido en sede judicial, por medio del proceso ordinario laboral [248] .

114. En todo caso, el trabajador que obtuvo un porcentaje de calificación de la pérdida de capacidad laboral inferior al 50% tiene la posibilidad de ser nuevamente calificado, pues, “[e]n aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral” [249] .

115. En tercer lugar, si el trabajador alcanza una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% tiene derecho a ser reincorporado en el puesto de trabajo, siempre que su condición de salud así se lo permita.

Dado que el trabajo es un factor básico de la organización social, que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado [250] , por lo que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” [251] , “el Estado y los empleadores deben crear estrategias que incorporen a estos trabajadores en la sociedad y les posibiliten el desarrollo de sus opciones y estilos de vida” [252] .

116. En este contexto, el empleador es partícipe del proceso de recuperación del trabajador en situación de incapacidad y, por tanto, en su condición de actor del sistema debe concurrir a la articulación de las políticas, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social [253] . Además, al ser el sujeto dominante de la relación laboral [254] debe mantener el vínculo contractual, por lo que el trabajador tiene, en principio, derecho a la reubicación en un puesto de trabajo que esté en condiciones de desempeñar.

117. En consecuencia, si el trabajador incapacitado parcialmente obtiene un porcentaje de merma de capacidad laboral inferior al 50% y, por tanto, no es beneficiario de la pensión de invalidez, tiene derecho a ser reubicado en un puesto de trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes de acuerdo con su estado de salud [255] , “asegurando […] la conservación de la categoría inicial que tenía el trabajador” [256] .

Esto, por cuanto, “[l]os empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios” [257] .

118. En este caso, la AFP –con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido– debe sufragar el subsidio desde el momento en que se expide el

concepto de rehabilitación desfavorable, durante el periodo en que se lleve a cabo la calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral y hasta que se efectúe la reincorporación o reubicación del trabajador.

119. En cuarto lugar, si el trabajador alcanza una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, pero no es apto para reincorporarse al empleo porque su condición de salud es incompatible con las labores a desarrollar en la organización, el empleador puede terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El empleador está facultado para terminar unilateralmente el contrato de trabajo del trabajador en situación de incapacidad médica superior a 180 días, originada en una enfermedad o accidente de origen común, con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, que no tiene la posibilidad de desempeñar una actividad laboral que sea compatible con su condición de salud, con fundamento en la justa causa prevista por el numeral 15 del literal a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo consistente en "[l]a enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad".

120. En este evento, d ado que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, por tanto, gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada previsto en el artículo 53 superior, el despido del trabajador o la terminación del contrato por razón de la condición de salud –situación de incapacidad de origen común superior a 180 días– debe contar con la autorización del inspector del trabajo; sin esta, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, el despido no produce efectos jurídicos, pues "sólo será eficaz si se obtiene la respectiva autorización" [258] .

Si el empleador contraviene este mandato, "deberá asumir, además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren" [259] .

121. En relación con el supuesto en que el trabajador con concepto desfavorable no tiene derecho a ser reincorporado en el puesto de trabajo, pues su condición de salud no se lo permite, ASOFONDOS indicó que "la situación descrita […] se presta para fraude del sistema de seguridad social en salud y obtener un beneficio económico con abuso del derecho, pues se recuerda que el fin último de la norma es que el trabajador reingrese a su puesto para seguir cotizando al sistema, sin embargo, al no existir recuperación no es posible el reintegro, y en algunos casos ni siquiera es posible la reubicación, de lo que se colige que todo el tiempo el trabajador estuvo recibiendo un beneficio que por disposición legal no le asistía" [260] .

De allí que, en criterio del interviniente, "ese beneficio se presta para que muchos trabajadores con pérdidas de capacidad laboral menores, finjan secuelas para que se les otorgue una pensión de invalidez o para que permanezcan indefinidamente bajo una «incapacidad médica», cuando lo que la norma lo que creó fue un beneficio de carácter económico aludiendo a la transitoriedad de la incapacidad" [261] .

122. Sobre este aspecto, la Sala reitera que, por regla general, la situación de incapacidad médica no puede mantenerse de manera indefinida en el tiempo. E l trabajador con concepto desfavorable sin posibilidad de reincorporación al empleo tiene el deber de ponerse a disposición del sistema para que se realicen los trámites requeridos para la rehabilitación de su salud, de acuerdo con las finalidades y pretensiones de protección del sistema, y, por tanto, podrá ser beneficiario de incapacidades médicas sólo en el evento en que el médico tratante lo considere necesario, durante el periodo en que se tramite la obtención de autorización de despido con justa causa ante el inspector del trabajo y (i) hasta que se autorice la

terminación del contrato –siempre y cuando aquella se ordene– o, (ii) en caso de que no se autorice la finalización del vínculo, hasta que el trabajador continúe en situación de incapacidad temporal.

123. Además, dada la posibilidad excepcional de que las incapacidades médicas se prorroguen con posterioridad al día 540, "[a] partir del día 541 en adelante, por virtud de lo contemplado en el segundo literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 reglamentado por el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, la EPS a través del subsistema de salud son las encargadas del reconocimiento de la incapacidad" [262] , "sin perjuicio de la suspensión del pago por casos de abuso del derecho, en cuantía del 50% por lo previsto en los artículos 227 y 228 del Código Sustantivo del Trabajo" [263] .

En consecuencia, la EPS cuenta con la posibilidad de adelantar el proceso de revisión periódica de la incapacidad de origen común, con el fin de (i) detectar los casos en que los tiempos de rehabilitación y recuperación del paciente se desvíen de aquellos previstos para una condición específica de salud y (ii) realizar un plan integral de tratamiento, monitoreo y evaluación del proceso de recuperación de su capacidad laboral, constatando el curso normal de la evolución del tratamiento regular y efectivo del estado de salud, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2.2.3.5.1 del Decreto 1427 de 2022.

124. Por último, si el trabajador fallece , sus beneficiarios [264] tendrán derecho a recibir una pensión de sobrevivientes [265] en caso de acreditarse las condiciones para ello. Además, aquel que demuestre haber sufragado los gastos de entierro será acreedor del auxilio funerario [266] .

125. En el evento en que el empleador no cancele la cotización y pague el aporte que le corresponde a los subsistemas de salud y pensiones, será responsable de asumir todas las prestaciones a que el trabajador tenga derecho, a las cuales previamente se ha hecho referencia.

5.2. Exequibilidad condicionada de los apartados normativos demandados del inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 126.

Como se precisó supra , de los incisos quinto y sexto demandados del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, es dable concluir que su finalidad es que las AFP sean las entidades que, en principio, aseguren los riesgos asociados a las afectaciones prolongadas de salud –por cuenta de la relación existente con la contingencia de la pérdida de capacidad laboral superior al 50%–, y sancionar la negligencia de las EPS en la emisión del concepto de rehabilitación.

127. A partir de esta finalidad, y de las consideraciones expuestas con anterioridad, la Sala considera necesario declarar la exequibilidad condicionada de la expresión "[c]uando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto", contenida en el inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que la EPS deberá pagar el subsidio por incapacidad temporal desde el día 181, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emita el concepto que le corresponde, sea este uno de rehabilitación favorable o de rehabilitación desfavorable.

128. La consecuencia de asumir el pago del subsidio de incapacidad temporal en estos supuestos se justifica en que es exclusivamente del dominio de la EPS el deber de emitir el concepto de que trata la disposición, con independencia de que esta contenga un pronóstico favorable o desfavorable de recuperación, de manera que, como lo ha sostenido enfáticamente la jurisprudencia constitucional, " le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días" [267] .

Además, el incumplimiento de la EPS en su deber de expedir el concepto de rehabilitación, (i) cuando el pronóstico final es favorable, impide iniciar la ruta de reincorporación al empleo o determinar la prórroga del tratamiento previo al trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, y (ii) cuando el pronóstico final es desfavorable, impone al afiliado una barrera temporal injustificada para iniciar el proceso de calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral [268] .

129. Como se puso de presente en el título 3.5 supra , el apartado normativo acusado ha dado lugar a interpretaciones incompatibles con el principio de igualdad, ya que ha impedido que a los trabajadores a quienes las EPS emiten un concepto desfavorable de rehabilitación se les reconozcan y paguen las incapacidades temporales que sus médicos tratantes les continúan expidiendo.

Esta circunstancia inconstitucional se pretende superar con el condicionamiento propuesto, ya que precisa a cargo de qué entidad se deben reconocer este tipo de incapacidades, en función de sus competencias, del momento en que se emite el concepto y de su articulación con las demás entidades que interactúan en el sistema, lo cual es consecuente con el obrar de varias de las entidades que allegaron sus conceptos al trámite de constitucionalidad, y contrasta con el de otras tantas.

130. En este sentido, algunas entidades manifestaron que el pago del subsidio por incapacidad en el evento en que la EPS no emita el concepto antes de cumplirse el día 120 y lo remita a la AFP antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, “se hace así independientemente de si el concepto es favorable o desfavorable” [269] , es decir que “en caso de que exista remisión tardía o posterior a 180 días será responsabilidad de la EPS el pago de la incapacidad desde el día 181 hasta la fecha de notificación [a la] AFP independiente de la favorabilidad o no del concepto de rehabilitación” [270] .

131. Por ejemplo, Pijaos Salud EPS Indígena señaló que “se pagó un promedio de 24 días mensuales, en 43 incapacidades generadas a partir del día 181. Son usuarios que tuvieron dificultad para que su médico tratante expidiera el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable antes del día 120 y/o 150” [271] . Capresoca EPS indicó que “desde el 2013 hasta el año en vigencia, presenta veinte (20) casos de incapacidades superiores a 180 días cancelados a trabajadores con concepto favorable y desfavorable de rehabilitación, con un promedio de 25.65 días reconocidos, por un valor de […] ($11.302.371,00)” [272] . A su vez, la EPS de la Gente informó lo siguiente [273] :

Usuarios Incapacidades Días pagados Valor pagado Concepto favorable 254 1.005 20.855 $593.408.007 Concepto desfavorable 61 313 6.173 $166.465.580 TOTAL 315 1.318 27.028 $759.873.587 132.

Como lo señaló el Ministerio de Hacienda [274] , es plausible considerar que “independientemente de que el pronóstico de rehabilitación sea favorable, o no, a la Entidad Promotora de Salud corresponde informar oportunamente dicho concepto al fondo de pensiones, pues con ello se da impulso al trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o la postergación de ese procedimiento” [275] , por lo que de la norma es dable inferir que “las Entidades Promotoras de Salud deben emitir antes del día 120 de la incapacidad un concepto de rehabilitación, lo que implica, en consecuencia, que la sanción dispuesta en el inciso 6 del artículo 142 del Decreto 19 de 2012, de pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días hasta cuando se emita el correspondiente concepto, es aplicable por el simple hecho de omitir su expedición”.

133. En todo caso, frente a las estadísticas remitidas, algunas entidades no señalaron si estos pagos se dieron como consecuencia de la anterior interpretación o con fundamento en fallos de tutela, mientras que otras entidades como Famisanar EPS remitieron la relación de las incapacidades pagadas después de los 180 días, “en cumplimiento a fallos de tutela […] por no remitir oportunamente el concepto de rehabilitación al Fondo de pensiones” [276] :

Año Cotizantes No. incapacidades Valor total 2018 20 23 $45.469.073 2019 11 84 $58.973.694 2020 23 119 $70.243.262 2021 59 316 $165.671.327 2022 33 151 $64.602.924 TOTAL 146 693 $404.960.280 134.

Por el contrario, entidades como Aliansalud EPS [277] informaron que el pago del subsidio equivalente a la incapacidad temporal percibida por el trabajador después de los 180 días iniciales, en el evento en que la EPS incurra en mora en la emisión del concepto y en su remisión a la correspondiente AFP, solo aplica para trabajadores con concepto de rehabilitación favorable, como da cuenta la siguiente relación:

Pronóstico desfavorable Pronóstico favorable Año Incapacidades Días Valor Incapacidades Días Valor 2014 0 0 0 2015 0 0 0 2016 0 0 0 2017 0 0 0 7 114 $4.195.429 2018 0 0 0 9 185 $4.748.868 2019 0 0 0 2020 0 0 0 2 60 $1.755.606 2021 0 0 0 2022 0 0 0 TOTAL 0 0 0 18 359 $10.699.903 135.

En idéntico sentido, Sanitas S.A. manifestó que "[l]as EPS solamente asumen por excepción este tipo de reconocimiento en el evento contemplado en el Artículo 41 del Decreto Ley 019 de 2012 cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, hasta cuando se emita el correspondiente concepto" [278] .

En similar sentido, Colfondos informó que del siguiente "número de casos [en] que la EPS asumió el pago de la incapacidad superior a 180 días con concepto favorable y desfavorable", "el número de casos por concepto no favorable es por fallo de tutela" [279] :

Año Desfavorable Favorable TOTAL 2015 0 0 0 2016 0 1 1 2017 0 0 0 2018 0 47 47 2019 0 225 225 2020 1 184 185 2021 1 167 168 2022 1 103 104 TOTAL 3 727 730 5.3.

Balance del remedio constitucional 136. El siguiente cuadro explicita las competencias de las EPS y AFP frente al pago del subsidio por incapacidad previsto en favor de los trabajadores con concepto favorable y desfavorable, así como los deberes y obligaciones de las EPS, AFP y empleadores frente a los trabajadores en situación de incapacidad entre los días 181 hasta el día 540 con concepto de rehabilitación favorable y desfavorable, según los términos de la declaratoria de exequibilidad condicionada de los incisos quinto y sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, efectuada mediante esta providencia:

Incapacidad temporal superior a 180 días e inferior a 540 días Concepto FAVORABLE de rehabilitación Deberes frente al trabajador Competencia de la EPS Competencia de la AFP Competencia del empleador Valorar al trabajador, emitir el dictamen antes de cumplirse el día 120 y enviarlo a la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, lo cual debe ocurrir, en principio, a más tardar al día 180 de incapacidad.

Determinar la posibilidad de reincorporación del trabajador al empleo que desempeñaba antes de la situación de incapacidad. Excepcionalmente, puede postergar el trámite de calificación por 360 días adicionales a los primeros 180 -para un total de 540 días-.

Mantener el contrato de trabajo vigente y sufragar los aportes a los subsistemas de salud y pensiones, así como las prestaciones sociales correspondientes. Una vez el trabajador recupere su fuerza de trabajo, debe reincorporarlo o ubicarlo en un cargo de la misma categoría a aquel desempeñado de manera previa a la situación de incapacidad.

Obligación de pago del subsidio por incapacidad La EPS cancela el auxilio por incapacidad temporal hasta el momento en que remite el concepto médico ante la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador.

La AFP debe otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente, desde el día en que reciba el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, durante el tiempo que tarde la calificación de la pérdida de la capacidad laboral –de ser necesario– y hasta tanto se produzca la reincorporación o reubicación del trabajador.

No aplica, dado que el subsidio por incapacidad reemplaza el salario. A partir del momento en que se efectúa la reincorporación, se suspende el pago del subsidio y comienza el pago del salario.

Finalidad Pretende que la EPS valore al trabajador y, con fundamento en el pronóstico resultante, la AFP determine la ruta de rehabilitación a seguir con el trabajador.

Pretende que la persona se recupere de su afección a la salud, de tal forma que sea posible su reincorporación o reubicación al empleo y, de tal forma, que se recurra a la calificación de pérdida de capacidad laboral solo como última ratio , pues ella puede dar lugar a la pensión de invalidez (si es superior al 50%).

Pretende que el empleador mantenga el vínculo laboral vigente y respete el derecho al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, a la dignidad humana y al mínimo vital del trabajador.

Concepto DESFAVORABLE de rehabilitación Deberes frente al trabajador Competencia de la EPS Competencia de la AFP Competencia del empleador Valorar al trabajador, emitir el dictamen antes de cumplirse el día 120 y enviarlo a la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, lo cual debe ocurrir, en principio, a más tardar al día 180 de incapacidad.

Una vez cuente con el concepto con pronóstico desfavorable de rehabilitación, debe dar inicio, de manera inmediata e impostergable, al proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

En este evento, no se admite la prórroga del trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal, ya que es exigible, de manera inmediata el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Si el trabajador obtiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, en principio, tiene derecho a ser reubicado en un puesto de trabajo acorde con su condición de salud. Para tal efecto, el empleador debe capacitar e instruir al trabajador para ejercer las labores asignadas en el cargo.

Si el trabajador obtiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, pero su condición médica es incompatible con el desempeño de una actividad laboral, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siempre que cuente con autorización del inspector de trabajo.

El trabajador puede ser beneficiario de incapacidades médicas si el médico tratante lo considera necesario, durante el periodo en que se tramite la obtención de autorización de despido con justa causa ante el inspector del trabajo y (i) hasta que se autorice la terminación del contrato –siempre y cuando aquella se ordene– o, (ii) en caso de que no se autorice la finalización del vínculo, hasta que el trabajador continúe en situación de incapacidad temporal.

Si el trabajador alcanza un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% y obtiene la pensión de invalidez, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Obligación de pago del subsidio por incapacidad La EPS cancela el auxilio por incapacidad temporal hasta el momento en que remite el concepto médico ante la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador.

La AFP debe otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente, hasta el momento en que el trabajador: (i) sea calificado con un porcentaje igual o superior al 50% de pérdida de su capacidad laboral, y sea beneficiario de la pensión de invalidez; o (ii) sea dictaminado con un grado de pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 % y sea reubicado en el empleo, o (iii) se acredite la muerte.

En el evento en que el trabajador obtenga un porcentaje igual o superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero no sea acreedor a la pensión de invalidez, o sea dictaminado con un grado de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, pero no pueda ser reubicado en el empleo, tiene derecho al subsidio por incapacidad solo de considerarse estrictamente

necesario por el médico tratante. Además, el trabajador cuenta con la posibilidad de solicitar una nueva calificación del porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral.

Una vez efectuada la reubicación, cesa el pago del subsidio por incapacidad e inicia el pago del salario. De efectuarse el despido con justa causa y con autorización del inspector el trabajo, termina la relación laboral y, por tanto, la contraprestación del pago del salario.

Finalidad Pretende que se inicie, de manera inmediata e impostergable, el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral con el fin de definir la posibilidad del trabajador de acceder a la pensión de invalidez.

Pretende que el pago del subsidio por incapacidad no sea indefinido y se sufrague hasta el momento en que el trabajador tenga la posibilidad de obtener un ingreso derivado de la relación laboral o de acceder a la pensión de invalidez.

Pretende armonizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y los derechos del empleador. Además, busca lograr la justicia en las relaciones laborales, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibro social [280] .

NO EXISTE CONCEPTO de rehabilitación (ni favorable ni desfavorable) Deberes frente al trabajador Competencia de la EPS Competencia de la AFP Competencia del empleador La EPS incumple el deber de emitir el concepto de rehabilitación –con pronóstico favorable o desfavorable– antes del día 120 y remitirlo a la AFP antes del día 150 de incapacidad.

Dado el incumplimiento de la EPS en emitir y remitir el concepto oportunamente, la AFP no tiene la posibilidad de determinar la continuación del tratamiento o reincorporación del trabajador con concepto favorable, o de iniciar inmediatamente el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable.

En atención a la demora de la EPS en emitir el concepto de rehabilitación, no se tiene certeza sobre la mejoría del afiliado y, por tanto, el empleador no se encuentra en posibilidad de reincorporarlo o reubicarlo.

Obligación de pago del subsidio por incapacidad Tiene el deber de pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando emita el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Solo asume el pago del subsidio por incapacidad a favor del trabajador con concepto de rehabilitación favorable o desfavorable a partir del momento en que la EPS efectivamente le remite la valoración médica.

No tiene el deber de pagar salario, hasta tanto la EPS emita el concepto respectivo y se determine la reincorporación o reubicación del trabajador al empleo.

Finalidad Pretende que la EPS emita de manera pronta y sin dilaciones el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable o desfavorable, con el fin de que sea posible iniciar la ruta de reincorporación al empleo o determinar la prórroga del tratamiento previo al trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, para el trabajador con concepto favorable. A su vez, busca dar inicio de manera inmediata al proceso de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, para el trabajador con concepto desfavorable.

Pretende que la AFP esté al tanto del tratamiento y recuperación del trabajador, con el fin de que se determine la ruta a seguir según el pronóstico favorable o desfavorable de recuperación.

Pretende que el empleador esté al tanto del tratamiento y recuperación del trabajador, con el fin de que se determine su posibilidad de reincorporación o reubicación al cargo o de acceder a la pensión de invalidez.

137. Finalmente, la Sala precisa que no es posible acceder a la solicitud de exequibilidad condicionada planteada por Colpensiones [281] , “en el entendido que se deberán reconocer incapacidades a personas con concepto desfavorable de

rehabilitación a cargo del SGSS, por conducto de las EPS" [282] . El inciso quinto demandado determina que el pago del subsidio por incapacidad temporal que se cause entre los días 181 a 540 debe ser asumido por las AFP, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, precisamente, por haber empleado la facultad de postergar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado que, inicialmente, obtuvo un concepto favorable de rehabilitación.

138. Si bien existen eventos en los que las EPS deben asumir el pago del subsidio por incapacidad, ello solo ocurre cuando (i) la EPS incumple con su deber de emitir el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y lo envíe a la AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal o (ii) el trabajador supera los 540 días de incapacidad, como consecuencia de (a) un concepto favorable de rehabilitación, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico, (b) ausencia de recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad de origen común, o (c) enfermedades concomitantes que hayan dado lugar a nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente, caso en el cual " la entidad promotora de salud o entidad adaptada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)" [283] .

139. Por lo anterior, como lo ha sostenido esta Corte de manera enfática, "las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación" [284] , sin que sea dable imponer la obligación de sufragar el subsidio a la EPS que ha expedido y remitido oportunamente el concepto de rehabilitación correspondiente a la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajador.

140. Tampoco es dable declarar la constitucionalidad de la norma en el entendido de que "se habilite el recobro de las incapacidades a cargo de las AFP a la ADRES […] como quiera que el pago de las incapacidades no cuenta con mecanismos de financiación en el SGP" [285] , por cuanto el pago de esta prestación cuenta con una fuente expresa de financiación, en los términos dispuestos por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012: "[e] l seguro previsional de invalidez".

6. Síntesis 141. Le correspondió a la Sala decidir si algunos apartados de los incisos quinto y sexto del artículo 142 (parcial) del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, desconocen el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social al no otorgar las prestaciones económicas que garantizan a favor de los trabajadores que cuentan con un concepto desfavorable de rehabilitación.

A partir de la aplicación de un juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia, constató que si bien la medida contenida en los apartados cuestionados perseguía una finalidad constitucionalmente importante y era idónea para su consecución, era evidentemente desproporcionada respecto de los trabajadores que contaran con un concepto desfavorable de rehabilitación.

142. En primer lugar, precisó que los apartes demandados perseguían una finalidad constitucionalmente importante por cuanto, de un lado, que las AFP asumieran, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, el pago del subsidio por incapacidad para trabajadores con concepto de rehabilitación favorable mientras se encuentran en tratamiento médico o se reincorporan a sus puestos de trabajo, evita que se postergue la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. De otro lado, evita la demora de las EPS en la expedición del concepto de rehabilitación y en el inicio del trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

143. En segundo lugar, evidenció que se trataba de una medida idónea o conducente para lograr el fin constitucionalmente importante que perseguía, pues atribuir a las AFP el pago del subsidio después del día 180 de

incapacidad, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, permite que el trabajador con concepto favorable no quede desprovisto de un ingreso para subsistir, e impone a las EPS el deber de pagar, con cargo a sus propios recursos, el subsidio ante la emisión de un concepto tardío, lo cual incentiva la expedición del concepto de rehabilitación de manera oportuna, reduce la tardanza en la expedición del concepto y asegura que ante la mora en la realización del dictamen el afiliado no quede desprovisto de un ingreso para su subsistencia.

144. En tercer lugar, constató que la norma acusada era evidentemente desproporcionada porque no garantizaba la igualdad real en el reconocimiento de las prestaciones económicas previstas por el Sistema de Seguridad Social. Con ello, se desconoció, de un lado, el principio de universalidad, de conformidad con el cual se asegura a todas las personas el reconocimiento de las prestaciones, sin discriminación, en todas las etapas de la vida, de otro lado, el principio de solidaridad, según el cual mediante el esfuerzo individual y colectivo se garantiza el pago del subsidio por incapacidad, con la finalidad de proveer un auxilio económico al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada y, por último, el principio de irrenunciabilidad, conforme al cual el Estado debe garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social mediante la protección de las contingencias que afectan la salud y calidad de vida de la población.

145. En consecuencia, la Corte declara la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, en el entendido de que, respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable la AFP deberá iniciar de inmediato, tan pronto reciba el concepto, el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral. En este caso, la AFP deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad que se llegue a causar desde el día 181 hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral del trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable, sin que exceda del día 540 de incapacidad.

También declara la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, en el entendido de que la EPS deberá pagar el subsidio por incapacidad temporal desde el día 181, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emita el concepto que le corresponde, sea este uno de rehabilitación favorable o de rehabilitación desfavorable.

VI. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero . Declarar EXEQUIBLE la expresión “para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud […] la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, contenida en el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, la AFP deberá iniciar de inmediato el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y asumir el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión “[c]uando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”, contenida en el inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que la EPS deberá pagar el subsidio por incapacidad temporal desde el día 181, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emita el concepto que le corresponde, sea este uno de rehabilitación favorable o de rehabilitación desfavorable.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase, DIANA FAJARDO RIVERA Presidenta NATALIA ÁNGEL CABO Magistrada JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Magistrado JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado Con salvamento y aclaración de voto ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada Con impedimento aceptado JOSE FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ Secretaria General [1] Mediante los autos de agosto 19 y septiembre 12 de 2022, el magistrado sustanciador admitió la demanda en contra del artículo 142 (parcial) del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, por su presunta incompatibilidad con los artículos 13 y 48 de la Constitución. A su vez, ordenó comunicar el inicio del proceso al presidente de la República, al presidente del Congreso y al ministro de Justicia y del Derecho . Igualmente, solicitó informes a empresas promotoras del servicio de salud y administradoras de fondos de pensiones, al igual que invitó a participar a entidades estatales, juntas regionales de calificación, compañías de seguros, entidades privadas, asociaciones y universidades. Por último, ordenó fijar en lista el proceso, para que los ciudadanos intervinieran, y dio traslado a la Procuradora General de la Nación.

[2] Publicada en el Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012. [3] Los incisos siguientes se adicionaron al artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012, “por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”.

[4] Cfr., auto de agosto 19 de 2022. [5] Escrito de demanda, p. 21. [6] Escrito de demanda, p. 22. [7] Ibid. [8] Escrito de corrección de demanda, p.

10. [9] Escrito de corrección de demanda, p. 9. [10] Escrito de demanda, p. 25. [11] Ibid. [12] Ibid. [13] Ibid. [14] Escrito de corrección de demanda, pps. 10-11.

[15] Ibid. [16] Ibid. [17] Escrito de corrección de la demanda, pps. 12-13. [18] Cfr., los arts. 242.1 de la Constitución y 7 del Decreto 2067 de 1991. E n cuanto al carácter de las intervenciones ciudadanas, cfr., las sentencias C-194 de 2013 y C-1155 de 2005 y los autos A-243 de 2001 y A-251 de 2001.

[19] Cfr., el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991. [20] Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, págs. 9-10. [21] Mediante la Sentencia C-458 de 2015, la Corte Constitucional declaró exequibles los términos “inválido” e “invalidez”, contenidos en las leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, por ser “expresiones que hacen parte de cuerpos normativos que pretenden hacer definiciones para atribuir consecuencias relacionadas con la seguridad social”. En esa ocasión, la Corte indicó que, si bien el lenguaje puede tener implicaciones inconstitucionales por ser entendido y utilizado con fines discriminatorios y, por tanto, estos términos pueden ser peyorativos porque “ asocian la condición de discapacidad al menor valor de las personas” , su uso como parte del lenguaje técnico tiene una función denotativa o referencial que busca identificar a un grupo de sujetos a los que les son aplicables determinados efectos jurídicos y definir una situación legal, pero no pretende hacer una descalificación subjetiva. De esta forma, “l as palabras consideradas inconstitucionales por los demandantes pretenden describir situaciones fácticas que son consideradas relevantes en términos jurídicos y por eso el derecho les atribuye consecuencias específicas. Gracias a estas definiciones se pueden consolidar situaciones jurídicas que otorgan beneficios, que buscan protección de ciertos sujetos y que reconocen la necesidad de adoptar medidas especiales.

De tal suerte, este tipo de expresiones no tiene como fin agraviar a los sujetos descritos por la norma por medio del vocabulario utilizado, sólo desarrolla la parte descriptiva de una prescripción jurídica. La función de estas expresiones no es agraviar o restar dignidad a las personas en condición de discapacidad. Las palabras acusadas son elementos normativos de disposiciones que regulan sistemas complejos, que interactúan constantemente con otros, por ejemplo el

sistema de seguridad social en pensiones. Además, pretenden determinar los procedimientos y destinatarios de ciertas prestaciones sociales, que obviamente tienen como objetivo proteger a poblaciones consideradas vulnerables y que han perdido capacidad laboral. También regulan esquemas de educación y acceso a oportunidades laborales, por lo cual no tienen una finalidad inconstitucional, por el contrario persiguen objetivos constitucionalmente imperiosos. Aunque las expresiones consideradas de manera aislada puedan parecer discriminatorias –dada su carga emotiva- cuando se entienden como parte del entramado de un sistema jurídico esa visión cambia.

Tal transformación se presenta no sólo por el análisis normativo ya mencionado sino por las consecuencias de una declaratoria de inconstitucionalidad. En efecto, considerar que se trata de disposiciones inexequibles, anularía beneficios para las personas a las que aluden las normas, les quitaría medidas diseñadas en su favor, sin considerar su rol descriptivo dentro de proposiciones jurídicas complejas y que se trata de preceptos previos a varios tratados sobre la materia que han incorporado el llamado enfoque social".

Aunado a lo anterior, y a partir de los contenidos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el modelo social que dicho instrumento acogió, en otras decisiones, como la sentencia C-042 de 2017, esta Corte se ha pronunciado extensamente sobre el papel transformador del lenguaje jurídico y la necesidad de que este se ajuste a la dignidad humana, a los principios y a los valores constitucionales con la finalidad de superar estereotipos discriminatorios, por lo que recordó que existen vocablos que deben ser entendidos en el contexto de la protección de las personas en situación de discapacidad, con una función meramente referencial y desprovistos de un significado negativo o discriminatorio. De tal forma, "no es admisible la utilización de palabras que descalifiquen la diversidad funcional u orgánica de las personas" y "el legislador debe adoptar un enfoque sensible de la dignidad humana para evitar que las leyes contengan expresiones que puedan reforzar los estereotipos y paradigmas que fomentan la discriminación y el rechazo". En ese contexto, en la presente providencia se hará referencia a la "pensión de invalidez" en tanto expresión dispuesta por el legislador en la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, para referirse a la prestación económica que se otorga a las personas con una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50 %.

[22] Intervención de la Superintendencia de Salud, pág. 3. [23] Ibid. [24] Intervención del ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, pág. 6. [25] Intervención de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, pág. 4.

[26] Intervención de la Universidad Pontificia Bolivariana, pág. 3. [27] Intervención de la Universidad Libre, pág. 4. [28] Ibid. [29] Ibid. [30] Concepto de la Universidad Pontificia Bolivariana, pág. 4.

[31] Concepto de la Universidad Pontificia Bolivariana, pág. 5. [32] Concepto de la Universidad Libre, pág. 6. [33] Concepto de la Universidad Libre, pág. 7.

[34] Concepto de la Universidad Externado de Colombia, p. 10. [35] Ibid. [36] Tal ausencia de regulación se evidencia en la medida en que la disposición acusada " (i) no establece si las EPS deben pagar las incapacidades cuando omiten expedir el concepto desfavorable de rehabilitación en los plazos legales, a pesar de que con ello impiden que el interesado pueda seguir la ruta para acceder a la pensión de invalidez y con las mesadas correspondientes asegurar su sostenimiento y;

(ii) no determina la entidad que tiene a cargo las incapacidades posteriores al día 180 cuando existe concepto de rehabilitación desfavorable y la persona no tiene derecho a la pensión de invalidez". Concepto de la Procuradora General de la Nación, pág. 5.

[37] Concepto de la Procuradora General de la Nación, pág. 6. [38] Concepto de la Procuradora General de la Nación, pág. 4. [39] Dispuesto a partir de la Sentencia T-333 de 2013. Concepto de la Procuradora General de la Nación, pág. 9.

[40] Intervención del Ministerio del Trabajo, p. 13. [41] Al respecto, véanse, por ejemplo, las sentencias C-190 de 2022, C-165 de 2019 , C-281 de 2013 y C-894 de 2009, entre muchas otras .

[42] Sentencia C-260 de 2022. [43] Al respecto, por ejemplo, las sentencias C-433 de 2021, C-002 de 2018, C-240 de 2014, C-886 de 2010, C-826 de 2008 y C-1031 de 2002.

[44] Auto admisorio de la demanda, p. 9. [45] Ibid. [46] Escrito de demanda, p. 22. [47] Escrito de demanda, p. 25. [48] Sentencia C-624 de 2008. Esta idea, acerca del carácter relacional del principio de igualdad ha sido reiterada de manera uniforme en la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las sentencias C-089 de 2022, C-420 de 2020, C-210 de 2021, C-346 de 2019, C-069 de 2019, C-513 de 2019, C-135 de 2018, C-104 de 2016, C-499 de 2015, C-329 de 2015, C-015 de 2014, C-629 de 2011, C-818 de 2010 y C-1125 de 2008.

[49] Preámbulo de la Ley 100 de 1993. [50] Artículo 1º de la Ley 100 de 1993. [51] En relación con la distinción del concepto de auxilio y subsidio por incapacidad, en la Sentencia T-401 de 2017 esta Corte precisó que " el certificado de incapacidad temporal, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de «un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica» y, por tanto, en su emisión «el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada».

Éste genera durante los primeros 180 días un auxilio económico a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un subsidio de incapacidad equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador" (énfasis de la Sala).

[52] Sentencia T-140 de 2016. [53] Sentencia T-265 de 2022. [54] Conforme a lo estipulado por el artículo 2.2.3.1.4 del Decreto 1427 de 2022, "Los trámites de reconocimiento de las incapacidades de origen común son gratuitos y se realizarán directamente ante las entidades competentes, sin necesidad de tramitadores ni intermediarios.

Las entidades responsables del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común dispondrán de mecanismos que permitan a los usuarios el acceso y seguimiento en línea al estado de solicitudes".

[55] De acuerdo con la definición de incapacidad de origen común contenida en el numeral 6º del artículo 2.2.3.1.3. del Decreto 1427 de 2022.

[56] En atención a lo dispuesto e n la Ley 1751 de 2015, la autonomía médica es un principio que debe ser considerado frente a la responsabilidad del profesional de la salud en la expedición de incapacidades derivadas de enfermedades de origen común.

[57] Según el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1427 de 2022, "el médico u odontólogo tratante, según sea el caso, deberá expedir el documento en el que certifique la incapacidad del afiliado", el cual debe contener, entre otros aspectos: (i) el diagnóstico principal; (ii) el diagnóstico relacionado; (iii) el presunto origen de la incapacidad -común o laboral-; (iv) la causa que motiva la atención, que se registra de acuerdo con el presunto origen común o laboral; (v) la fecha de inicio y terminación de la incapacidad, y; (vi) si la incapacidad corresponde a una prórroga o a una incapacidad retroactiva por urgencias o internación del paciente". Además, "[e]l certificado de incapacidad de origen común deberá ser expedido desde el momento de ocurrencia del evento que origina la incapacidad, salvo los casos previstos en el numeral 15 del presente artículo. El médico u odontólogo tratante determinará el periodo de la incapacidad y expedirá el certificado hasta por un máximo de treinta (30) días, los cuales puede prorrogar según su criterio clínico, por periodos de hasta treinta (30) días cada uno. En cualquier momento a solicitud del afiliado y a juicio exclusivamente del médico u odontólogo, podrá levantarse la incapacidad inicialmente otorgada, siempre y cuando, el afiliado se haya recuperado de

la causa que la originó, en un tiempo inferior al previsto. En este caso, deberá ser expedida una constancia de levantamiento de la incapacidad con la justificación médica del levantamiento".

[58] De conformidad con el artículo 2.2.3.1.4 del Decreto 1427 de 2022, "[s]on competentes, para expedir el certificado de incapacidad o licencia de maternidad los médicos u odontólogos tratantes inscritos en el ReTHUS y los profesionales que estén prestando su servicio social obligatorio provisional. La incapacidad de origen común y la licencia de maternidad, en cuanto se derivan del acto médico u odontológico, según aplique, están sujetas a las normas de la ética médica u odontológica y a las responsabilidades que se originan en el deber de consignar los hechos reales en la historia clínica, en los términos de las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015".

[59] A excepción del evento en que el trabajador devengue un salario mínimo legal mensual vigente, en el cual, "[b]ajo una interpretación constitucional, protectora de la dignidad humana", derivada del artículo 53 constitucional, que establece el derecho a la remuneración mínima vital y móvil, "la Corte Constitucional ha sostenido que el auxilio económico en comento no puede ser inferior al salario mínimo, ya que, de no ser así, se estaría afectando el mínimo vital del trabajador y, por ende, el de su familia, así como poniendo en riesgo la probabilidad de recuperación satisfactoria de su salud ". Al respecto, ver la Sentencia T-291 de 2020.

[60] "Articulo 277. Derecho al auxilio por enfermedad no profesional. Todo trabajador que preste servicios a una empresa de capital de (800.000) o superior, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, además del auxilio monetario establecido en el artículo 227 , a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis (6) meses".

[61] "Artículo 1. Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: Parágrafo 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente".

[62] "Artículo 3.2.1.10 Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. […] Parágrafo 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general […]".

[63] " Artículo 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 , el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto".

[64] "Artículo 3.2.1.10 Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. […] Parágrafo 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud […] las prestaciones económicas [serán a cargo] de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente".

[65] "Parágrafo 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. Lo anterior tanto en el sector público como en el privado".

[66] “Artículo 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad: 1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales. 2.

Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad. 3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común cuando esta última se origine en la atención por servicios o tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según los criterios establecidos en la Ley 1751 de 2015, artículo 15, numerales a, b, c, d, e y f, y las normas que la modifiquen o regulen. Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas. Parágrafo. Para efecto de determinar el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común a favor del pensionado con ingresos adicionales a su mesada pensional, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor sobre el cual efectúa cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no sobre el valor de su mesada pensional ni la sumatoria de ambos ingresos”.

[67] “Artículo 2.2.3.6.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos: 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. 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. 3.

Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)”.

[68] “ Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud. La Entidad administrará los siguientes recursos: […] Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades […]”.

[69] “Artículo 2.2.3.5.1. Revisión periódica de la incapacidad. La revisión periódica de la incapacidad de origen común será adelantada por las entidades promotoras de salud o entidades adaptadas, quienes deberán realizar las siguientes acciones: 1.

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. 2. 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, constatando el curso normal de la evolución del tratamiento regular y efectivo y el estado de la recuperación. La valoración podrá realizarse antes del plazo señalado si así lo considera el médico u odontólogo tratante, de acuerdo con la evolución del estado del paciente. 3. 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 entidad promotora de salud o entidad adaptada o AFP que tenga a cargo el reconocimiento y pago de la incapacidad, según sea el caso".

[70] "Artículo 2.2.3.6.1 Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las entidades promotoras de salud o las entidades adaptadas reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades 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 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. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la entidad promotora de salud o entidad adaptada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)".

[71] Concepto de la Procuradora General de la Nación, p. 8. [72] Ver entre otras, las sentencias T-194 de 2021, T-401 de 2017, T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013 y T-485 de 2010.

[73] S entencia T-194 de 2021. [74] Sentencia T-920 de 2009. [75] Sentencia T-004 de 2014, reiterada en la Sentencia T-268 de 2020. [76] Sentencia T-194 de 2021.

[77] Ibid. [78] Ibid. [79] Concepto de la Procuradora General de la Nación, p. 9. [80] Auto 139 de 2018. Mediante la referida providencia, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de nulidad promovida en contra de la Sentencia T-401 de 2017, por medio de la cual determinó que "la AFP Protección debía responder por el pago de las incapacidades médicas de su competencia, prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540, con fundamento en la interpretación sistemática que ha hecho esta Corporación del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012" y que "la EPS Sanitas era responsable del pago de las incapacidades que excedieran los 540 días continuos, en virtud del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015".

[81] Respecto de los trabajadores dependientes, este pago debe efectuarse en las fechas previstas para el pago del salario, mientras que para los trabajadores independientes "el pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante". Artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 1333 de 2018.

[82] Justamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto 019 de 2012.

Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente " (énfasis de la Sala). Sentencia T-401 de 2017.

[83] Si bien “ el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral”, conforme al artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 es deber del empleador pagar directamente la incapacidad al trabajador y luego recobrar este valor a la EPS, con el fin de que el trabajador no pierda la continuidad en la recepción del ingreso que le permita garantizar su mínimo vital durante el periodo de incapacidad. En este sentido, la Sentencia T-401 de 2017.

[84] Según lo dispuesto por el inciso 5º del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012. [85] De acuerdo con lo previsto por el inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

[86] Sentencia T-401 de 2017. [87] En este evento, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, en relación con los trabajadores dependientes, “durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso. En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquellas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados”. A su vez, en relación con los trabajadores independientes, la referida disposición señala que “[s]erán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad.

En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS”.

[88] Conforme lo indicó la EPS Sura en el concepto remitido en el trámite de constitucionalidad el 28 de septiembre de 2022, “el concepto favorable de rehabilitación no altera ni modifica la relación laboral entre el trabajador y el empleador, pues en el mismo simplemente se indica que el afiliado aun no llega a una mejoría médica máxima y que aún se encuentra en proceso de tratamiento y rehabilitación, e inclusive que existe la posibilidad de que haya una mejora de su patología. Así mismo, en el concepto se realiza la prescripción de recomendaciones funcionales para la reincorporación laboral del trabajador, lo que deberá realizarse en el momento en que sea indicado por el médico tratante o porque exista una mejoría médica máxima no invalidante, lo cual no se relaciona de manera directa con la emisión o no del concepto de rehabilitación”. Fl. 10.

[89] Artículo 4º de la Ley 776 de 2002. [90] Artículo 16 del Decreto 2351 de 1965. [91] Sentencia C-200 de 2019. [92] Esto puede ocurrir, “[p] or ejemplo, si la reubicación desborda la capacidad de la empresa, o si le impide o dificulta de manera desproporcionada el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo. En estos casos el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador, que es a la vez el interés de la empresa y de los demás trabajadores. Con todo, el patrono tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del empleado para que exista la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación en un escenario dialógico en el que se entiende que se pretende la mejor solución para las partes”. Sentencia C-200 de 2019.

[93] Según el parágrafo 1º del artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1427 de 2022, “[s]e entiende por prórroga de la incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de código diferente de diagnóstico (CIE), y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario”. En esa línea, mediante concepto del 4 de octubre de 2022, la EPS Famisanar afirmó que “una incapacidad se considera continua cuando entre una y otra incapacidad no existe un periodo

mayor a 30 días de generación y los diagnósticos de las incapacidades no corresponden al mismo agrupador de diagnósticos y las incapacidades con prórroga son incapacidades que no existe un periodo mayor a 30 días de generación, pero con diagnósticos que sí son del mismo agrupador. […] la incapacidad discontinua es la que […] presenta una interrupción mayor a 30 días entre una y otra incapacidad". Fl. 8.

[94] Mediante la Sentencia C-200 de 2019, esta Corte precisó que " el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo será eficaz si se obtiene la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir, además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

[95] Sentencia C-200 de 2019. [96] El análisis de constitucionalidad de la disposición acusada se desarrolla de acuerdo con la metodología referida por la Corte Constitucional en las sentencias C-345 de 2019, C-109 de 2020 y C-154 de 2023.

[97] El seguro a que hace referencia el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 tiene por finalidad cubrir la contingencia de la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % o el fallecimiento del afiliado. Con todo, en el texto de la providencia se hará referencia al "seguro previsional de invalidez o sobrevivencia", al corresponder a la expresión literal prevista en la disposición.

[98] Sentencia C-050 de 2021. [99] Al respecto, entre muchas otras, las s entencias C-050 de 2021, C-605 de 2019, C-115 de 2017, C-191 de 2016, C-035 de 2016, C-329 de 2015, C-178 de 2014, C-015 de 2014, C-250 de 2012, C-624 de 2008 y C-414 de 1994.

[100] Escrito de intervención del ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, fl. 8. [101] Escrito de intervención del ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo, fl. 7.

[102] Ibid. [103] Ibid. [104] Escrito de intervención de Asofondos, fl. 19. [105] Escrito de intervención de Asofondos, fl. 12. [106] Escrito de demanda, fl. 20.

[107] Escrito de demanda, fl. 22. [108] Concepto del Ministerio Público, fl. 7. [109] Ibid. [110] Escrito de intervención de la Universidad Pontificia Bolivariana, fl. 4.

[111] Escrito de intervención de la Universidad Libre, fl. 4. [112] Escrito de intervención de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, fl. 5.

[113] Sentencia C-560 de 1996. [114] De acuerdo con el literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, "[l]a afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes". No obstante, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 prevé que son afiliados obligatorios "[t]odas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales" (numeral 1º) y afiliados voluntarios "todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley" (numeral 2º).

[115] Según el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “[l]a afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley”.

[116] “E l trabajador independiente tiene que sufragar el total de las cotizaciones, bien sean con destino a la pensión o para salud, el trabajador dependiente sólo tiene que contribuir a estos dos sistemas sufragando parte de la cotización ya que el resto será sufragada por el empleador”. Sentencia C-560 de 1996.

[117] Sentencia C-760 de 2004. [118] Según el literal c) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. [119] Sentencia T-684 de 2010. [120] Ibid. [121] Artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 1333 de 2018. “Revisión periódica de la incapacidad. La revisión periódica de la incapacidad por enfermedad general de origen común será adelantada por la EPS y demás EOC, quienes deberán adelantar las siguientes acciones: 1. 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. 2. 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, constatando el curso normal de la evolución del tratamiento regular y efectivo y el estado de la recuperación. La valoración podrá realizarse antes del plazo señalado si así lo considera el médico tratante de acuerdo con la evolución del estado del paciente. 3. 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 AFP que tenga a cargo el reconocimiento y pago de la incapacidad, según sea el caso”.

[122] Según el artículo 2.2.3.5.2. del Decreto 1427 de 2022, “[e]l concepto de rehabilitación que deben expedir las entidades promotoras de salud o las entidades adaptadas antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de la incapacidad de origen común, conforme a lo determinado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, deberá contener, como mínimo, la siguiente información: 1. Información general del paciente. 2. Diagnósticos finales y sus fechas. 3. Etiología demostrada o probables diagnósticos. 4. Descripción de las secuelas anatómicas y/o funcionales, con el respectivo pronóstico (bueno, regular o malo). 5. Resumen de la historia clínica. 6. Estado actual del paciente. 7.

Terapéutica posible. 8. Posibilidad de recuperación. 9. Pronóstico del paciente a corto plazo (menor de un año) y a mediano plazo (mayor de un año). 10.

Tratamientos concluidos, estudios complementarios, procedimientos y rehabilitación realizada, indicando fechas de tratamiento y complicaciones presentadas. 11. Nombre, tipo y número del documento de identidad y firma del médico u odontólogo que lo expide”.

[123] De conformidad con el inciso 1º del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. Al respecto, ver la Sentencia T-401 de 2017. [124] Literal d) del artículo 2.2.3.2.2 del Decreto 1333 de 2018.

[125] Esto, de acuerdo con el artículo 2.2.3.2.2 del Decreto 1333 de 2018, según el cual “el concepto de rehabilitación que deben expedir las EPS y demás EOC antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, conforme a lo determinado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, deberá contener, como mínimo, la siguiente información: a) Información general del paciente; b) Diagnósticos finales y sus fechas; c) Etiología demostrada o probables diagnósticos; d) Descripción de las secuelas anatómicas y/o funcionales, con el respectivo pronóstico (bueno, regular, malo); e) Resumen de la historia clínica; f) Estado actual del paciente; g) Terapéutica posible; h) Posibilidad de recuperación; i) Pronóstico del paciente a corto plazo (menor de un año) y a mediano plazo (mayor de un año); j) Tratamientos concluidos, estudios complementarios, procedimientos y rehabilitación realizada, indicando fechas de tratamiento y complicaciones

presentadas; k) Nombre, número del registro profesional, tipo y número del documento de identidad y firma del médico que lo expide".

[126] Se hace referencia al "reintegro" con el fin de dar cuenta del término general que prevé la hipótesis del retorno del trabajador al empleo, el cual agrupa la posibilidad de reubicación –en el cargo desempeñado o en otro similar– o reinstalación –en otro cargo acorde a las condiciones de salud del trabajador–.

[127] Sentencia T-220 de 2022. [128] En los términos planteados en la Sentencia C-741 de 2003, se está en presencia de un caso en el que "la racionalidad de la clasificación es discutible", por cuanto "la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado". Con todo, dado que "no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio", se reconoce que " el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio".

[129] En este primer apartado se sigue, en especial, la Sentencia C-308 de 2022 (M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo). Cfr., en relación con esta fundamentación general del principio, además, las sentencias C-119 de 2021, C-420 de 2020 y C-345 de 2019.

[130] Cfr., entre muchas otras, las sentencias C-253 de 2023, C-308 de 2022, C-119 de 2021, C-420 de 2020 y C-345 de 2019. [131] En idéntico sentido, las sentencias C-002 de 2018, C-240 de 2014, C-886 de 2010 y C-826 de 2008.

[132] Sentencia C-841 de 2003. [133] Sentencia C-841 de 2003. [134] Sentencia C-433 de 2021. [135] En idéntico sentido, las sentencias C-002 de 2018, C-240 de 2014, C-886 de 2010 y C-826 de 2008.

[136] Metodología reiterada en la Sentencia C-154 de 2023. [137] Como se precisa en la Sentencia C-345 de 2019, " Esta intensidad de escrutinio se usa como regla general, debido a que existe, en principio, una presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el Legislador".

[138] Sentencia C-154 de 2023. [139] De conformidad con las sentencias C-345 de 2019 y C-154 de 2023, " Esta intensidad de escrutinio se usa como regla general debido a que existe, en principio, una presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el legislador. Esta se aplica, entre otros, a los casos relacionados: i) con materias económicas y tributarias, ii) con política internacional, iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, iv) cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos y v) cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión".

[140] Sentencia C-673 de 2001, reiterada por la Sentencia C-154 de 2023. [141] Sentencia C-345 de 2019. [142] Ibid. [143] Ibid. Este es el alcance específico que a este concepto le atribuye la Sala Plena en la citada providencia –C-345 de 2019– al valorar esta exigencia en el caso concreto.

[144] Sentencia C-345 de 2019. [145] Sentencia C-345 de 2019. En un sentido análogo, la sentencia C-673 de 2001. [146] Sentencia C-345 de 2019.

[147] Sentencia C-345 de 2019. Cfr., igualmente, las sentencias C-093 de 2001 y C-129 de 2018. [148] Cfr., la Sentencia C-383 de 2013. [149] Sentencia C-345 de 2019. En igual sentido, la Sentencia C-065 de 2005. Cfr., igualmente, las sentencias C-838 de 2013 y C-161 de 2016 . En la Sentencia C-838 de 2013, la Corte señaló que el trato diferenciado carece de proporcionalidad en sentido estricto si "la afectación que produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr".

[150] Sentencia C-741 de 2003. [151] Sentencia C-445 de 1995. [152] Sentencia C-186 de 2022. [153] Ibid. [154] Ibid. [155] Sentencia C-673 de 2001, referida por la Sentencia C-345 de 2019.

[156] Ibid. [157] Ibid. [158] Sentencia C-345 de 2019. [159] Sentencia C-186 de 2022. [160] Sentencia C-345 de 2019. [161] Como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución.

[162] Sentencia C-673 de 2001. [163] Sentencia C-1489 de 2000. [164] Artículo 48 de la Constitución. [165] Sentencia C-1489 de 2000. [166] Sentencia C-247 de 2001.

[167] Ibid. [168] Sentencia C-296 de 2019. [169] "[E] l Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador". Sentencia T-401 de 2017.

[170] Sentencia C-571 de 2017. [171] Sentencia T-401 de 2017. [172] Ibid. [173] Sentencia T-401 de 2017. En ese mismo sentido se pronunció la ARL Seguros Bolívar mediante el concepto del 2 de diciembre de 2022 aportado al trámite de constitucionalidad. Fl. 3.

[174] Concepto de la ARL Seguros Bolívar del 2 de diciembre de 2022. Fl. 3. [175] Intervención del 2 de diciembre de 2022 presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Fl. 7.

[176] Mediante intervención del 1 de diciembre de 2022. Fl. 5. [177] Mediante intervención del 25 de noviembre de 2022. Fl. 16. [178] Ibid. [179] Sentencia C-120 de 2020.

[180] Ibid. [181] Mediante concepto del 27 de septiembre de 2022. [182] Mediante concepto del 28 de septiembre de 2022. [183] Mediante concepto del 28 de septiembre de 2022.

[184] Mediante concepto del 28 de septiembre de 2022. [185] Mediante concepto del 25 de noviembre de 2022. [186] A continuación, se relacionan los tiempos promedio de expedición del concepto de rehabilitación después de los 120 días prescritos por el inciso sexto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993:

EPS Promedio de emisión del concepto de rehabilitación después del día 120 COMPENSAR EPS 76 EPS DE LA GENTE 105 SAVIA SALUD EPS 135 NUEVA EPS 156 CAPRESOCA 74 [187] Mediante concepto del 28 de septiembre de 2022.

[188] Mediante concepto del 27 de septiembre de 2022. [189] Mediante concepto del 4 de octubre de 2022. [190] Mediante concepto del 28 de septiembre de 2022.

[191] Mediante concepto del 29 de septiembre de 2022. [192] Mediante concepto del 30 de septiembre de 2022. [193] Mediante concepto del 18 de octubre de 2022.

[194] Escrito de intervención de la Superintendencia Nacional de Salud, fl. 5. [195] Escrito de intervención de Asofondos, fl. 18. [196] Escrito de intervención de Asofondos, fl. 19.

[197] Ibid. [198] Escrito de intervención de la Universidad Pontificia Bolivariana, fl. 6. [199] Sentencia C-134 de 1993. [200] Escrito de demanda, fl. 25.

[201] Escrito de intervención de la Universidad Pontificia Bolivariana, fl. 6. [202] Ibid. [203] Ibid. [204] Escrito de intervención de la Universidad Libre, fl. 6.

[205] Inciso tercero del artículo 13 de la Constitución. [206] Literal c) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993. [207] Sentencia C-529 de 2010.

[208] Ibid. [209] Sentencia T-194 de 2021. [210] Ibid. [211] Escrito de demanda, p. 25. [212] Según el artículo 48 de la Constitución y el artículo 3º de la Ley 100 de 1993.

[213] Artículo 1º de la Ley 100 de 1993. [214] Sentencia C-760 de 2004. [215] Ibid. [216] Escrito de intervención de la Universidad Libre, fl. 6.

[217] De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado calificado con el 50% o más de la pérdida de su capacidad laboral y "que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración".

[218] Según indicó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, mediante la intervención remitida el 5 de diciembre de 2022, si el trabajador cuenta con concepto favorable "tiene una expectativa de mejoría", mientras que "el que tiene su concepto de rehabilitación desfavorable está a la espera de una definición de un derecho, el cual si se demora en el trámite se estaría atentando directamente contra la dignidad humana por cuanto el no recibir el subsidio económico además del padecimiento por las situaciones de salud que le aquejan se puede llevar a complicar la situación particular del trabajador (paciente) y el de su familia". Fl. 5.

[219] Escrito de intervención de la Universidad Libre, fl. 7. [220] La desproporción de la medida contenida por la disposición acusada es evidente si se tiene en cuenta que en el trámite de constitucionalidad las AFP informaron que solo reconocen el subsidio por incapacidad superior al día 180 y hasta el día 540 en presencia de concepto de rehabilitación favorable, pero no frente a concepto de rehabilitación desfavorable "porque el Decreto 019 de 2012 los excluye".

(Conforme al concepto allegado por Porvenir S.A. el 28 de septiembre de 2022. Fl. 7) [221] Sentencia T-389 de 2009. [222] Sentencia C-619 de 2003.

[223] L a Universidad Pontificia Bolivariana solicitó la inexequibilidad de la expresión "favorable" contenida en la disposición acusada, por considerar que " permitiría incluir, en los efectos jurídicos de la norma acusada (subsidio económico por incapacidad), a los trabajadores cuya incapacidad se prolonga por más de 180 y que cuentan con concepto de rehabilitación desfavorable o aún no disponen de concepto de rehabilitación" (Intervención del 2 de diciembre de 2022. Fl. 3) [224] Sentencia T-194 de 2021.

Ver entre otras, las sentencias T-401 de 2017, T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013 y T-485 de 2010. [225] Como lo señaló Porvenir en su concepto del 28 de septiembre de 2022, "[e]n la práctica, basta con que la EPS lo expida máximo al día 180 de incapacidad continua". Fl. 5.

[226] Sentencia C-1141 de 2008. [227] Ibid. [228] Sentencia C-1141 de 2008. Esto, en especial, en el caso de los trabajadores que han sufrido un accidente o enfermedad laboral, pues "es claro que la causa del padecimiento que afecta al trabajador está vinculada a la prestación del servicio, por lo que no sería aceptable que en estos eventos éste fuera dejado a su suerte sin que el empleador asumiera algún tipo de compromiso".

[229] Al regular el "momento de la calificación definitiva", el artículo 2.2.3.6.2 del Decreto 1427 de 2022 dispone lo siguiente: "cuando la entidad promotora de salud o entidad adaptada emita concepto desfavorable de rehabilitación, se dará inicio al trámite de calificación de [i]nvalidez […]", en los términos dispuestos por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012. En ese mismo sentido, en la Sentencia C-200 de 2019 esta corporación enfatizó en que la calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador con concepto de rehabilitación desfavorable debe efectuarse de manera inmediata.

[230] En los términos del inciso primero del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, "[e]l estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos

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

[231] Sentencia T-194 de 2021. En ese sentido, ver la Sentencia C-200 de 2019. [232] Según las consideraciones que sirvieron de fundamento para la expedición del Decreto 1427 de 2022, "[p] or el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[233] En relación con los eventos que pueden presentarse frente al afiliado al Sistema de Riesgos Laborales que sufre un accidente o enfermedad de origen laboral, en la Sentencia T-432 de 2022 esta Corte precisó que durante este periodo las ARL pueden continuar con el pago del subsidio por incapacidad (i) " hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación", porque, en efecto, "ha desaparecido la situación de enfermedad que le impedía procurarse el ingreso necesario para subsistir"; (ii) la declaración de su incapacidad permanente parcial, "porque se espera que para entonces haya terminado el periodo de incapacidad temporal;

y que, a pesar de tener una pérdida permanente en su capacidad laboral, el trabajador no ha perdido del todo su potencial y, por tanto, puede ser reubicado en cualquier otro [empleo] para el cual esté capacitado, de la misma categoría"; (iii) la determinación del grado de incapacidad o la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % del empleado, (iv) o la muerte.

[234] Según el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, "[t]endrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. 2. Invalidez causada por accidente: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma".

[235] Siempre que el estado de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % de origen laboral no hubiese sido provocado intencionalmente, tal como lo dispone el artículo 9 de la Ley 776 de 2002.

[236] Artículo 17 de la Ley 776 de 2002. En todo caso, el pago de las prestaciones económicas previstas por el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales exige que el afiliado o pensionado se someta a los exámenes, controles o prescripciones que le sean ordenados. De rehusarse sin justa causa a la práctica de los exámenes o procedimientos que se consideran necesarios para su rehabilitación física o laboral, las ARL pueden suspender el pago de las prestaciones económicas reconocidas. Por tanto, para que este se reactive, el afiliado o pensionado debe someterse a los exámenes, controles y prescripciones, o procedimientos necesarios para su rehabilitación física o laboral.

[237] Esto, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia T-004 de 2014, reiterada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 19348/17 y 1410/2022.

[238] Sentencia C-1443 de 2000. En ese sentido, cfr., la Sentencia T-606 de 2017. [239] Según el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

[240] El Sistema de Riesgos Laborales regulado por el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002 y la Ley 1562 de 2012 tiene por objeto prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y accidentes que puedan ocurrir por causa o con ocasión del trabajo. Ante la ocurrencia de un siniestro, el riesgo derivado de la actividad laboral se encuentra cubierto por la ARL, dada la subrogación del riesgo efectuada por el empleador mediante el pago de los aportes correspondientes, según la actividad desempeñada y el nivel de riesgo. Por consiguiente, la ARL tiene el

deber de reconocer a los trabajadores (i) prestaciones médicas y asistenciales, orientadas a la prevención y atención de las enfermedades y accidentes laborales; en todo caso, en los términos del artículo 254 de la Ley 100 de 1993, "[l]os servicios de salud derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán prestados por las Entidades Promotoras de Salud" y (ii) prestaciones económicas, entre las cuales se encuentran el pago de un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la ARL, que se reconoce a favor del trabajador que presente un cuadro agudo originado en una enfermedad o lesión de origen laboral, que le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado (artículo 2º de la Ley 776 de 2002) y la indemnización por pérdida de la capacidad permanente parcial, a la cual se hace referencia infra .

[241] De acuerdo con la Sentencia C-1141 de 2008, "se define como incapacitado permanente parcial al afiliado que[,] como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, presente una disminución definitiva de su capacidad laboral, en relación con aquello para lo cual ha sido contratado o capacitado, igual o superior al 5% pero inferior al 50%".

[242] En los términos de la Sentencia T-777 de 2013, la indemnización por pérdida de capacidad permanente parcial no es incompatible con el subsidio por incapacidad.

[243] Sentencia C-1141 de 2008. [244] Según el Decreto 2644 de 1994, "[p]or el cual se expide la tabla única para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99% y la prestación económica correspondiente".

[245] De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, entre los derechos que tiene la persona relacionados con la prestación del servicio de salud se encuentran los siguientes: "a) a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad"; "b) [a] recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno"; "e) a recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley"; "i) a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos"; y "q) [a] agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad".

[246] Según el inciso segundo del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, "[c]orresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias".

[247] Según dispone el inciso segundo del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, "en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes".

[248] Esto, por cuanto, según dispone el inciso segundo del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, "[c]ontra dichas decisiones proceden las acciones legales".

[249] Acorde con lo previsto por el artículo 7 de la Ley 776 de 2006. Específicamente, en relación con la indemnización por pérdida de capacidad laboral permanente parcial otorgada a los afiliados del Sistema de Riesgos Laborales y la realización de una nueva valoración de pérdida de capacidad laboral, es preciso señalar que "[…] en estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago".

[250] Artículo 25 de la Constitución. [251] Ibid. [252] Sentencia C-200 de 2019. En este sentido, en la Sentencia T-340 de 2017 se señala que el derecho al trabajo “no sólo significa la posibilidad de obtener un salario para el sustento de las necesidades básicas, sino también es el principal mecanismo de inclusión social, por medio del cual las personas afirman su identidad y desarrollan su existencia conforme a la dignidad humana” Y, de acuerdo con lo manifestado por esta Corte en la Sentencia T-041 de 2019, el trabajo se erige “como un instrumento a través de cual se garantiza el desarrollo del individuo, su productividad económica y el acceso a bienes y servicios indispensables para la subsistencia del trabajador y su núcleo familiar”.

[253] De acuerdo con el principio de unidad del Sistema de Seguridad Social. Al respecto, ver la Sentencia C-760 de 2004. [254] En ese sentido, como lo indicó esta Corte en la Sentencia C-200 de 2019, “[a] sí como el empleador tiene la facultad de exigirle a su empleado el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, el trabajador también se encuentra cobijado por ciertos principios que propenden por la garantía de sus derechos, pues dada su condición de subordinado, el empleado se torna en la parte débil de la relación contractual (art. 53 constitucional)”.

[255] Sentencia C-1141 de 2008. [256] Ibid. [257] Artículo 8 de la Ley 776 de 2002. [258] Sentencia C-200 de 2019. [259] Ibid. [260] Escrito de intervención de Asofondos, p. 33.

[261] Ibid. [262] Sentencia T-432 de 2022. [263] De acuerdo con el artículo 2.2.3.4.1. del Decreto 1333 de 2013, “constituyen situaciones de abuso del derecho las siguientes conductas: 1. Cuando se establezca por parte de la EPS o EOC que el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asista a las valoraciones, exámenes y controles o no cumpla con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación en al menos el 30% de las situaciones descritas. 2. Cuando el cotizante no asista a los exámenes y valoraciones para determinar la pérdida de capacidad laboral. 3. Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, para lo cual el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación. 4. La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud. 5. Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad. 6. Cuando se detecte que el cotizante busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la EPS-EOC como en la ARL por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud. 7. Cuando se efectúen cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos falsos. 8. 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. Parágrafo 1°. Las conductas descritas en los numerales 1, 2 y 6 deberán ser resueltas por la EPS o EOC, y las correspondientes a los numerales 3, 4, 5 y 7 serán puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, aportando las pruebas con que cuenta, a fin de determinar la posible existencia de hechos punibles y su eventual traslado a la Jurisdicción Penal. Parágrafo 2. La conducta prevista en el numeral 8 deberá ser puesta en conocimiento de la EPS por parte del empleador, a quien le corresponderá aportar las pruebas que pretenda hacer valer”. En esa línea, como lo indicó esta corporación en la Sentencia T-432 de 2022, “[a]l igual que en tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, el pago de incapacidades no puede suspenderse unilateralmente por ‘irregularidades’ o situaciones de abuso del derecho como las denomina el Decreto 1427 de 2022, sin que previamente se agote el respectivo procedimiento administrativo o judicial en el que se concluya la ocurrencia de forma cierta y comprobada de la irregularidad que se alega”.

[264] Esto es, aquellos previstos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. [265] En relación con el Sistema de Riesgos Laborales, según el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, el hecho generador de esta prestación es la muerte del afiliado como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. De tal forma, a diferencia de lo previsto para el reconocimiento de la prestación en el Sistema General de

Pensiones, no se exige acreditar una densidad mínima de cotizaciones al Sistema de Riesgos Laborales para que la ARL asuma la prestación.

[266] Para los afiliados fallecidos como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común, el artículo 86 de la Ley 100 de 1993 dispone que "[l]a persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la [ú]ltima mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario. El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda. Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio. La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente". Por su parte, para los afiliados del Sistema de Riesgos Laborales, el artículo 16 de la Ley 776 de 2002 establece que "[l]a persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado por invalidez del Sistema de Riesgos Profesionales, tendrá derecho a recibir un auxilio funerario igual al determinado en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993. El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva entidad administradora de riesgos profesionales. En ningún caso puede haber doble pago de este auxilio".

[267] Sentencia T-194 de 2021. [268] Incluso si el trabajador renuncia a su contrato de trabajo, y para ese momento la EPS no ha emitido el concepto de rehabilitación, dicho deber se mantiene, por lo que la EPS debe cumplir con el mandato legal de evaluar al afiliado y emitir el correspondiente pronóstico de rehabilitación. En ese sentido, en la Sentencia T-194 de 2021, esta Corte señaló.

"L a solicitante manifestó haber renunciado a su contrato de trabajo, debido a su estado de salud y a que sus médicos dejaron de prescribirle incapacidades; debido a esto, actualmente no se encuentra activa en Salud en el Sistema de Seguridad Social.

Esta situación podría llevar a pensar, de manera errada, que configura un impedimento para que la accionada emita el concepto de rehabilitación que dejó de realizar respecto de los diagnósticos mencionados. Sin embargo, considera la Sala que, contrario a ello, constituye una razón mayor para considerar la importancia de que la EPS cumpla con el mandato legal en comento. Lo anterior, por cuanto los 120 días de incapacidad por cada diagnóstico se cumplieron estando la accionante como afiliada activa en la EPS y, además, se trata de una omisión de la EPS que amenaza la posibilidad de la accionante de acceder a una pensión de invalidez.

En consecuencia, advierte la Sala que se ha vulnerado el derecho a la seguridad social de la accionante, en la medida en que, con la omisión de la EPS, concerniente a la no emisión del concepto de rehabilitación de los 3 últimos diagnósticos, le cierra a la solicitante la posibilidad de acceder a una pensión del sistema de seguridad social, conforme a lo expuesto en esta providencia ".

[269] En ese sentido se pronunció Compensar mediante comunicación del 28 de septiembre de 2022. Fl. 15. [270] Mediante comunicación del 28 de septiembre de 2022.

[271] Mediante comunicación del 22 de septiembre de 2022. Fl. 3. [272] Mediante comunicación del 28 de septiembre de 2022. Fl. 3. [273] Mediante comunicación del 28 de septiembre de 2022. Fl. 4.

[274] Mediante intervención del 2 de diciembre de 2022. [275] Mediante intervención del 2 de diciembre de 2022. Fl. 12. [276] Mediante comunicación del 4 de octubre de 2022. Fl. 3.

[277] Mediante comunicación del 27 de septiembre de 2022. Fl. 5. [278] Mediante comunicación del 18 de octubre de 2022. Fl. 2. [279] Mediante comunicación del 25 de noviembre de 2022. Fl. 3.

[280] Según el propósito contenido en el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo. [281] Mediante intervención del 29 de septiembre de 2022.

[282] Intervención del 29 de septiembre de 2022. Fl. 6. [283] Artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022. [284] Sentencia T-401 de 2017. [285] De acuerdo con la intervención presentada por Colpensiones el 29 de septiembre de 2022. Fl. 6.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.