

Florencia, junio de 2022

Honorables Magistrados (as)
CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Plena
Bogotá D.C.

Ref.

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DEMANDA PRESENTADA CONTRA EL ARTÍCULO 142 DEL DECRETO LEY 019 DE 2012. POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 100 DE 1993. POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS PARA SUPRIMIR O REFORMAR REGULACIONES, PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES INNECESARIOS EXISTENTES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Cordial saludo señores (as) Magistrados (as).

 expedida en Florencia (Caquetá), respetuosamente en ejercicio de mis derechos y deberes como ciudadano colombiano, enunciados en el numeral sexto del artículo 40 y numeral séptimo del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, promuevo **DEMANDA EN ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, para que previo cumplimiento de los requisitos, trámites y actos procesales establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 142 del Decreto 019 del 2012. *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*. Disposición normativa por la cual se modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

Por razones de orden metodológico la presente demanda se divide en dos secciones. En la primera de ellas, el demandante se ocupa de la tarea de identificar e individualizar: (i) el precepto legal demandado; (ii) las normas constitucionales que presuntamente se encuentran transgredidas y (iii) explicar el contexto y alcance de la norma enjuiciada a partir de la interpretación jurisprudencial que para tal efecto ha decantado la honorable Corte Constitucional en sede de revisión de tutela.

En la sección segunda, por su parte, el demandante realiza la formulación cada uno de los cargos de inconstitucionalidad dirigidos en contra de la

disposición legal censurada, y delimitará algunos aspectos atinentes a la competencia que le asiste a este Tribunal para conocer del presente asunto, así, como también, las demás cuestiones que atienden a la naturaleza de la acción constitucional promovida.

SECCIÓN PRIMERA

I.- DE LA NORMA DEMANDADA¹

La demanda se dirige en contra del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. El cual modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Por tal motivo se transcribe a continuación el texto normativo completo de la disposición enjuiciada, subrayando y/o resaltando los apartes que se consideran inconstitucionales. Lo anterior de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012.

“DECRETO <LEY> 19 DE 2012

(enero 10)

Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

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 parágrafo 1o. del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, y

DECRETA:

ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> 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

¹ ARTICULO 2o. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. **El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;** (...)” (Decreto Ley 2067, 1991, artículo 2).

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 acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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

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

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".

II.- NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

A continuación, se hará una transcripción literal de las normas constitucionales que se consideran infringidas, resaltándose los apartes normativos que se consideran quebrantados. De acuerdo a lo anterior, en el presente caso, se consideran transgredidos los artículos 1, 2, 13, 25 y 48 de la Constitución Política de Colombia. Como se describen de manera siguiente:

Normas constitucionales

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá 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.

ARTICULO 25. **El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.**

ARTICULO 48. **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.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

III.- CONTEXTO Y ALCANCE DE LA NORMA DEMANDADA

En el inciso sexto y séptimo del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012², se regula el subsidio por incapacidad medica de enfermedad o accidente de origen común. En la disposición referida, de una lectura literal (interpretación textualista) de la norma pareciera deducirse que, para efectos del reconocimiento y pago del subsidio, este estará sujeto a que la EPS emita un concepto favorable de rehabilitación.

En efecto, si se atiende a una lectura gramatical de la disposición enjuiciada. Una de las interpretaciones que se podría extraer del precepto legal es aquella que entiende que el concepto médico de rehabilitación desfavorable, si la incapacidad supera los 180 días ininterrumpidos, no da lugar al pago del subsidio por incapacidad.

Tal hermenéutica, deviene en el sentido de que el concepto médico de rehabilitación, desde esa perspectiva interpretativa, no solamente es una condición indispensable para efectos de que la AFP haga uso de su facultad de poder postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral o se proceda al reintegro del trabajador, sino también para que ésta reconozca y pague el auxilio por incapacidad.

Así entonces, en la jurisprudencia colombiana, son muchos los casos que se pueden encontrar en donde la Corte Constitucional, en sede de revisión, ha realizado un análisis hermenéutico de la disposición ahora censurada. Por ejemplo, la Corte colombiana ha tenido en su momento que resolver una solicitud de nulidad frente a la Sentencia T-401 de 2017.

En el citado caso, que se trae a colación únicamente para ilustrar la interpretación que en esta demanda se considera inconstitucional. La Corte se ocupó de examinar la solicitud de nulidad que había sido interpuesta por la representante de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

En ese juicio, se planteaba un cargo de nulidad con base en una interpretación que aquí se quiere cuestionar. En efecto, en aquel trámite, la nulitante señalaba, entre otras cosas, que la prestación económica de la que hace

² Modificatorio del artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

alusión el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, para efectos de su pago y reconocimiento, se encuentra condicionada a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS.

En este orden ideas, en aquel caso, la solicitante de la nulidad consideraba que, *“cuando existe un concepto desfavorable de rehabilitación, la ley no establece el reconocimiento de ninguna prestación económica distinta de la pensión de invalidez”*³.

Ello en razón a que, según criterio de la nulicitante, *“la finalidad del subsidio económico por concepto favorable de rehabilitación es permitir postergar la calificación de invalidez de personas que tienen la probabilidad de recuperarse y volver al mercado laboral”*⁴.

Así las cosas, la peticionaria señalaba que en los casos en donde existe concepto desfavorable de rehabilitación no es posible postergar la calificación de la pérdida de capacidad laboral de trabajador, pues medicamente eso es improbable. Por lo tanto, tampoco habría lugar al pago del subsidio económico por incapacidad pues dicha prestación, con base en esta hermenéutica restringida, solo es viable frente a los trabajadores que medicamente puedan ser reintegrados a su lugar de trabajo o reubicados en otro cargo.

Por otro lado, la nulicitante en aquel trámite, manifestaba que la Sentencia T-401 de 2017, había creado una prestación económica que en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 no se contempla. En efecto, para la solicitante, la sentencia referida había creado un auxilio económico frente a aquellos trabajadores con una pérdida de capacidad laboral definitiva inferior al 50% y que no puedan ser reubicados o reintegrados a su puesto de trabajo y a los cuales se le siga prescribiendo incapacidades médicas producto de su padecimiento o enfermedad.

En síntesis, tal prestación económica creada por la sentencia T-401 de 2017 beneficiaba a los trabajadores a los cuales: (i) se le había emitido un concepto desfavorable de rehabilitación; (ii) habían sido calificados con una invalidez inferior al 50%, y (iii) no conseguían ser reintegrados a su puesto de trabajo o reubicados en otro cargo distinto dentro de la misma empresa.

Frente a estos trabajadores, la solicitante manifestaba que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, no contempla ningún subsidio económico y, por tanto, la sentencia T-401 de 2017 estaba creando esta nueva prestación económica sin ningún sustento legal.

Ahora bien, frente a los dos cuestionamientos interpretativos anteriormente mencionados, y que guardan relación entre sí – y que son cuestionados en esta demanda –, la Corte Constitucional – en el caso referido –, haciendo un recuento de la jurisprudencia expedida en la temática, dio respuesta de manera negativa.

³ Corte Constitucional, Auto 139 de 2018, p. 8.

⁴ Ídem, p. 8.

Frente al primero de ellos, la Corte Constitucional señaló que *“ninguna de las sentencias de revisión mencionadas por la peticionaria de la nulidad excluye o niega expresamente la posibilidad de que las AFP asuman el pago de incapacidades entre el día 180 y 540 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación”*⁵.

Asimismo, frente al segundo de los cuestionamientos esgrimidos por la nulitante, la Corte Constitucional manifestó que, de acuerdo al precedente jurisprudencial traído por la solicitante, se evidenciaba *“que siempre que existe un concepto desfavorable de rehabilitación y una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, [dicha Corporación había decidido] en el mismo sentido de la sentencia T-401 de 2017”*⁶.

Así las cosas, individualizados los dos planteamientos hermenéuticos que en esta demanda se quieren cuestionar. Paso seguido se hará un recuento de la postura interpretativa que ha decantado la Corte Constitucional frente la correcta interpretación (interpretación conforme a la Constitución Política) del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012), en lo alusivo al subsidio económico por incapacidad médica.

Tal análisis jurisprudencial, resultará de sumo interés – por su carácter ilustrativo –, para efectos del examen de idoneidad y suficiencia argumentativa de los cargos de inconstitucionalidad que se expondrán en la sección segunda de esta demanda.

Pues, en síntesis, con ellos se pretende dar cuenta de que las AFP, en lo que respecta al artículo 142 ibídem, hacen una interpretación restringida que desconoce por completo el precedente cimentado por la Corte Constitucional en la temática.

Ello, en mayor medida, pues hasta el momento la Corte Constitucional no ha realizado un pronunciamiento en sede de control abstracto en donde resuelva, de una vez por todas, las dudas hermenéuticas que se han originado en torno al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012).

Conforme a lo expuesto, a continuación, se hará alusión a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en sede de revisión en donde se ha instituido el precedente jurisprudencial en materia de subsidio económico cuando existe un concepto desfavorable de rehabilitación.

Así mismo, se expone sucintamente que, en lo que respecta al plazo para realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, las AFP cuentan con un amplio margen de tiempo (hasta el día 540 de haber ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad).

Es decir, que del día 181 hasta el día 540, en caso de haberse emitido un concepto desfavorable de rehabilitación, un trabajador incapacitado por una

⁵ Ídem, p. 28.

⁶ Ídem, p. 28.

enfermedad general no recibirá el beneficio económico del que trata el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, sino se expulsa del ordenamiento jurídico la hipótesis interpretativa (norma) que en esta demanda se estima como inconstitucional.

Tal negativa de pago, estaría cimentada únicamente en una interpretación que condiciona el pago del subsidio económico a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación. En contravía del precedente constitucional que a continuación se sintetiza.

3.1. Línea jurisprudencial en materia de subsidio económico cuando existe un concepto desfavorable de rehabilitación⁷

La Corte Constitucional recientemente en la Sentencia T-194 de 2021⁸, se ocupó de realizar un análisis hermenéutico del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. En la aludida sentencia, la Corte recordó el precedente jurisprudencial creado en torno al subsidio económico por incapacidad del que trata la norma referida.

Así entonces, en la sentencia referida, la Corte indicó que dicha Corporación *“ha sido enfática en afirmar que 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”*⁹ [Negrilla fuera de texto original].

Adicionalmente, la Corte indicó que una vez la AFP cuente con el concepto de rehabilitación, y este sea desfavorable, el Fondo de Pensiones *“deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado”*. Caso en el cual también le correspondería pagar los subsidios por incapacidades que se generen entre los días 181 al día 540, aun cuando el concepto médico de rehabilitación fuere desfavorable.

Así mismo, en el caso examinado la Corte Constitucional aludió que, de una lectura del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, era posible extraer que fácticamente se podría presentar el caso en el cual pese al *“haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez”*.

Frente a este último supuesto, la Corte aludió que el Sistema General de Seguridad Social no prevé esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, para corregir tal vacío normativo, fue expedida la Ley 1753 de 2015. A fin de garantizar el pago del subsidio económico para aquellos trabajadores

⁷ Solo se hace un recuento de los pronunciamientos que, a juicio del actor, son los más representativos en la temática aquí discutida.

⁸ MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹ Sentencia T-194 de 2021, p. 12.

que habiendo superado los 540 días de incapacidad médica no hayan podido incorporarse a su lugar de trabajo.

Ahora bien, en otro pronunciamiento, en la Sentencia T-401 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció con respecto al deber que recae sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones de pagar el subsidio económico por incapacidad médica del que trata la disposición censurada, aun en el evento de que dicho concepto de rehabilitación emitido por la EPS haya sido desfavorable para el trabajador.

En el aludido caso, la Corte Constitucional indicó “*que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación*”¹⁰. No obstante, tal imprevisión, para la Corte del estudio de la jurisprudencia constitucional expedida en la temática, era posible deducir que tal prestación económica se encuentra a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado el trabajador incapacitado.

Ello en atención a que, a juicio de la Corte Constitucional, la indeterminación legal de la que adolece el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 no debe ser una carga que sea soportada por el afiliado – quien por demás se encuentra en un estado de vulnerabilidad –.

Por tanto, de un estudio sistemático de la normatividad aludida, la Corte concluyó que, desde la Sentencia T-920 de 2009, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el citado subsidio frente a los afiliados que superen 180 días de incapacidad, y se le haya emitido concepto de rehabilitación desfavorable, debe ser asumido por la AFP hasta “*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%*”¹¹.

La citada sentencia, es muy ilustrativa para efectos de establecer el origen de la interpretación que las AFP actualmente vienen apadrinando – en contravía del precedente judicial cimentado en la materia –. En efecto, en dicha sentencia, la Corte hizo alusión al Decreto 2463 de 2001.

En dicho decreto, en su artículo 23, se regulaba la potestad que tenían las AFP de postergar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral en aquellos eventos en donde el concepto médico de rehabilitación haya sido favorable. Condicionando el ejercicio de dicha facultad al reconocimiento de una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador y a la existencia de un concepto médico favorable de rehabilitación¹².

¹⁰ Sentencia T-401 de 2017, p. 26

¹¹ Ídem, p. 26.

¹² El inciso 4 del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, enuncia al respecto lo siguiente: “*Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por*

Pues bien, actualmente, las AFP vienen negando el pago del subsidio económico por incapacidad en aquellos eventos en donde el concepto de rehabilitación fue desfavorable. Con abierto desconocimiento del precedente reiterado de la Corte Constitucional en la temática.

Además, tanto es así, que en la propia Sentencia T-401 de 2017, la Corte Constitucional exhortó a las *“AFP Protección acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en que el concepto de rehabilitación es desfavorable”*¹³.

Dicho exhorto, a juicio del ahora demandante, debió haberse hecho extensivo a todos los Fondos Pensionales del país, sean públicos o privados, pues ha sido reiterado el abierto desconocimiento del precedente por parte de dichas entidades en los casos en los cuales, habiéndose superado el día 180 de incapacidad, y existiendo un concepto desfavorable rehabilitación, dichas entidades niegan el reconocimiento y pago del referido subsidio económico que contempla la disposición censurada.

Para ello aducen la ausencia de regulación de la que trae el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, quedando el trabajador incapacitado en una situación prestacional indeterminada – producto del déficit de protección –, hasta tanto no sea indemnizado – en el caso de una incapacidad parcial permanente – o hasta que se le sea reconocida una pensión en los casos de que la incapacidad sea superior al 50%.

Lo anterior en razón a que el procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral no se inicia de forma inmediata – como lo ha indicado la Corte en Sentencia T-194 de 2021 –. Al contrario, este puede tardar varios meses hasta que se emita la calificación en primera oportunidad por parte de las AFP, que son las entidades llamadas a calificar al trabajador en los eventos en los cuales la incapacidad es por enfermedad o accidente de origen común.

En efecto, conforme fue referido recientemente en la sentencia T-094 de 2022, el procedimiento para definir el estado de invalidez y, por tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, está regulado en los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en los términos modificados por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

De acuerdo con dicha normativa, los llamados a calificar en primera oportunidad el estado de invalidez de una persona son los Fondo de Pensiones – cuando la contingencia es de origen común –.

Así, tratándose de los afiliados al régimen de prima media, la encargada de calificar en primera oportunidad es Colpensiones. Luego de ello, si el interesado no está de acuerdo con el dictamen, puede acudir a la junta

trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación”.

¹³ Numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia.

regional de invalidez para que califique en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, decisión esta última que es apelable ante la junta nacional de calificación de invalidez.

Pues bien, si se revisa dicha normatividad, se podrá evidenciar que, de acuerdo al artículo 29 del Decreto 1352 de 2013, la Administradoras de Fondos de Pensiones tienen hasta el día 540 de incapacidad, para hacer la respectiva calificación en primera oportunidad.

Es decir, que desde el día 181 hasta el día 540, el trabajador que se le ha expedido un concepto desfavorable de rehabilitación, y se le ha negado el subsidio económico por dicho motivo, estará en un estado de desprotección pues su única fuente de ingreso (el subsidio por incapacidad) le ha sido negada con base en una interpretación restrictiva del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

En efecto, el literal a) del artículo 29 ibídem, enuncia los casos en los cuales se pueden acudir directamente a las juntas regionales de calificación de invalidez. En dicho literal, se expresa que, ***“en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta”*** (Literal a, art. 29, Decreto 1352, 2013).

En síntesis, se podría afirmar que, a falta de una disposición expresa que regule el plazo que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones para emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad, el periodo del que trata la norma transcrita (artículo 29, literal a), del Decreto 1352 de 2013) sería el tiempo máximo con el que dichas entidades cuentan, a efectos de calificar el estado de invalidez del trabajador, luego de haberse transcurrido 180 días de incapacidad y de haberse emitido un concepto desfavorable de rehabilitación.

Es decir, que cuando el trabajador supera los 180 días de incapacidad continuos y se le emite un concepto médico desfavorable, este – con base en dicha exégesis restrictiva del artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012 – no podrá beneficiarse de ningún auxilio económico, pese a que tendrá que esperar un tiempo prolongado hasta que se le califique su estado de invalidez en primera oportunidad por parte de la AFP.

Así entonces, frente a estos trabajadores que se le emiten un concepto desfavorable de rehabilitación, entre los días 180 al 540, no existiría ningún subsidio económico, al no ser que el beneficio del que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012) se haga extensivo a estos trabajadores.

En efecto, al día de hoy – por el desconocimiento reiterado que vienen haciendo los Fondos de Pensiones del precedente jurisprudencial cimentado en la materia por parte de la Corte Constitucional, en sede de tutela –, se hace necesario un pronunciamiento de la Corte en sede de control abstracto a fin de que estas entidades no evadan su obligación legal de reconocer y pagar el

subsidio económico por incapacidad cuando el concepto médico de rehabilitación es desfavorable y se ha superado los 180 días de incapacidad continuos.

Tal pronunciamiento, es vital importancia a fin de que, con la declaratoria de exequibilidad condicionada que se persigue con esta demanda, la tesis jurisprudencial que ha venido apadrinando la Corte Constitucional en sede de revisión, adquiera rango de ley y entre a formar parte del artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Así las cosas, con ello se pretende evitar que personas incursas en estas situaciones apremiantes, y en estado de vulnerabilidad, tengan que acudir a la acción de tutela a fin de que las AFP cumplan con su deber constitucional de pagar las incapacidades cuando se ha superado el día 180 de incapacidad y existe un concepto de rehabilitación desfavorable.

En efecto, son muchos los casos que hoy en día llegan al conocimiento de la judicatura constitucional, a efectos de reclamar el pago de esta prestación económica que se convierte en la única fuente de ingreso del trabajador que ha perdido su fuerza de trabajo por un accidente o enfermedad de origen común que lo aqueja.

Además, son muy frecuentes los fallos de instancia que han resuelto en contravía del precedente cimentado por la Corte Constitucional en la materia. Alegando argumentos de distinta índole. Como, por ejemplo, la falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad por no agotamiento de la vía ordinaria laboral, o la imposibilidad del juez de pronunciarse sobre derechos inciertos y discutibles. Que son las consideraciones principales que utilizan los Despachos judiciales del país para negar el pago subsidio económico por incapacidad a través de una acción de tutela en el supuesto fáctico aquí referido.

Finalmente, a fin de compilar todas las sentencias que conforman la línea jurisprudencial que se ha cimentado en la materia. A continuación, se hará referencia a los casos que han llegado a conocimiento de la Corte Constitucional y en donde esta Corporación, en sede de revisión, ha reiterado la obligación que tiene las AFP de reconocer y pagar el subsidio económico por incapacidad de origen común, cuando se ha superado los 180 días de incapacidad y el trabajador cuenta con concepto médico desfavorable de rehabilitación.

CUADRO 1: SENTENCIAS DE REVISIÓN PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

	No. De la sentencia y Magistrado (a) ponente	Sentido del concepto de rehabilitación	Supuesto fáctico y/o identidad fáctica	Conclusión
1	T-401 de 2017	Concepto desfavorable	Existe concepto desfavorable de	En la <i>ratio decidendi</i> , la Corte indica que la

	No. De la sentencia y Magistrado (a) ponente	Sentido del concepto de rehabilitación	Supuesto fáctico y/o identidad fáctica	Conclusión
	(M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).	de rehabilitación	rehabilitación e invalidez inferior al 50%.	existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable no impide que los fondos de pensiones paguen los subsídios por incapacidad que son de su competencia. Por lo tanto, ordenó a la AFP Protección el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540 ¹⁴ .
2	T-485 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez)	Concepto desfavorable de rehabilitación.	Existe concepto desfavorable de rehabilitación e invalidez inferior al 50%.	En el mismo sentido de la sentencia T-401 de 2017. Se ordena a la AFP el pago de incapacidades posteriores a 180 días ¹⁵ .

¹⁴ En este caso, la AFP Protección había negado el pago de las incapacidades médicas de origen común, en razón que tal entidad consideraba que la obligación de los fondos de pensiones de pagar el subsidio por incapacidad solo se reduce a los casos en donde existan “*incapacidades médicas posteriores al día 181 siempre y cuando existe un pronóstico de recuperación favorable*”.

¹⁵ En esta decisión, la AFP se había negado a pagar las incapacidades posteriores al día 180 por estimar que “*el único caso en que las administradoras de fondos de pensiones pueden reconocer un subsidio equivalente a incapacidades, según el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es cuando exista un concepto favorable de rehabilitación, situación que no se configura en el caso de la accionante, pues su calificación para acceder a una eventual pensión de invalidez no fue aplazada, precisamente por la ausencia del concepto favorable de rehabilitación*”. Sin embargo, la Corte Constitucional dispuso: “**ORDENAR a la E.P.S. Famisanar Ltda. que autorice, si aún no lo ha hecho, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, el reconocimiento de las incapacidades laborales expedidas por el médico tratante a favor de Sandra Silva Bustamante, y las remita de inmediato al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que a más tardar en el término de 48 horas proceda a efectuar el pago de aquellas incapacidades que superen los 180 días, a partir del 17 de julio de 2009, comprendiendo tanto las previas al concepto favorable de rehabilitación como las posteriores al primer dictamen de invalidez, hasta completar 360 días, a menos que se emita un nuevo concepto que establezca que la accionante está apta para reanudar sus labores por parte del médico tratante, o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez por parte de la entidad competente para ello**”.

	No. De la sentencia y Magistrado (a) ponente	Sentido del concepto de rehabilitación	Supuesto fáctico y/o identidad fáctica	Conclusión
3	T-137 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)	Concepto desfavorable de rehabilitación.	Existe concepto desfavorable de rehabilitación e invalidez inferior al 50%.	En el mismo sentido de la sentencia T-401 de 2017. Se ordena a la AFP el pago de incapacidades posteriores a 180 días ¹⁶ .
4	T-800 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)	Concepto desfavorable de rehabilitación.	Existe concepto desfavorable de rehabilitación e invalidez inferior al 50%.	En el mismo sentido de la sentencia T-401 de 2017. Se ordena a la AFP el pago de incapacidades posteriores a 180 días ¹⁷ .
5	T-140 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)	Concepto desfavorable de rehabilitación.	Existe concepto desfavorable de rehabilitación e invalidez inferior al 50%.	En el mismo sentido de la sentencia T-401 de 2017. Se ordena a la AFP el pago de incapacidades posteriores a 180 días ¹⁸ .
6	T-194 de 2021 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).	Concepto favorable de rehabilitación.	Existe concepto favorable de rehabilitación.	Sin embargo, en esta sentencia, a modo de <i>obiter dicta</i> , la Corte indica que, conforme a la jurisprudencia constitucional ¹⁹ , el pago del subsidio económico por incapacidad médica de

¹⁶ En esta decisión, la AFP se había negado a pagar las incapacidades posteriores al día 180 por estimar que “*al accionante no le asiste derecho alguno al pago de la prestación exigida en sede de tutela, toda vez que, según dictamen de pérdida de la capacidad laboral fechado 1 de octubre de 2010, no cuenta con el grado de invalidez, como tampoco con el concepto favorable de rehabilitación del médico tratante, presupuesto contemplado en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 para el pago del subsidio*”. Sin embargo, la Corte Constitucional dispuso: “*ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. el pago de las incapacidades laborales que se causen en adelante, hasta tanto exista calificación de invalidez en firme por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y el médico tratante lo determine*”.

¹⁷ “*ORDENAR al representante legal de Colpensiones, o a quien haga sus veces, que en el término improrrogable de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor Luis Antonio Díaz las incapacidades médicas N.º4863448, N.º5111271 y N.º5353948.*”

¹⁸ ORDENAR a Porvenir AFP que en el término perentorio de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la recepción de las incapacidades de parte de Cruz Blanca EPS, pague al señor Samuel Torres, la totalidad de la prestación económica derivada de las incapacidades laborales que hayan sido acreditadas con posterioridad al 19 de diciembre de 2014 hasta el 7 de septiembre de 2015.

¹⁹ La Corte Constitucional cita la sentencia T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

	No. De la sentencia y Magistrado (a) ponente	Sentido del concepto de rehabilitación	Supuesto fáctico y/o identidad fáctica	Conclusión
				origen común, cuando es superior a 180 días continuos, se encuentra a cargo del fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el trabajador, “ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación” ²⁰ .

Fuente: Extraído y adaptado del Auto A139 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

En síntesis, en las sentencias referidas, se discutía cuál debía ser la correcta interpretación del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 (el cual modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993). Esto, a la luz de la Constitución Política.

Por un lado, la interpretación que vienen apadrinando los Fondos de Pensiones en el sentido de que la existencia de un concepto desfavorable de rehabilitación no da lugar al pago del subsidio económico. Pues, tal obligación de la literalidad de la disposición referida no tendría cabida. Al estar este auxilio únicamente contemplado para los casos en los cuales la EPS ha emitido un concepto médico de recuperación favorable.

Y, por el otro lado, la interpretación que, a juicio del ahora accionante, es la única que armoniza perfectamente con los artículos 1, 2, 13, 25 y 48 de la Constitución Nacional. Esto es, **que el pago del subsidio económico por incapacidad del que trata el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012 es una obligación que recae sobre todas las AFP indistintamente si el concepto de recuperación es favorable o desfavorable para el trabajador.**

Así las cosas, con el fin de dar paso a cada uno de los cargos de constitucionalidad que sustentan la declaratoria de exequibilidad condicionada que se solicita en esta demanda. A continuación, en el siguiente acápite se desarrollará de manera individualizada cada cargo de inconstitucionalidad promovido.

²⁰ En esta sentencia, la Corte Constitucional reitero el precedente constitucional que en esta demanda se estima desconocido por la AFP. En ella la Corte indica que, frente a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, 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 existe concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”.

En cada uno de los cargos formulados, el actor intentara dar cumplimiento a los requisitos de claridad, pertinencia, especificidad, certeza y suficiencia argumentativa²¹. Los cuales han sido diseñados por la jurisprudencia constitucional a fin de realizar el estudio de admisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad.

SECCIÓN SEGUNDA

IV.- MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.-Cargo. Inconstitucionalidad frente a los artículos 1 y 2 de la Constitución Política. La jurisprudencia constitucional ha referido que la dignidad humana, aparte de ser un derecho fundamental autónomo, es también un principio axiológico de la Carta Política. Por ejemplo, en Sentencia C-143 de 2015²², la Corte señaló que la dignidad humana tiene una triple naturaleza constitucional: como valor, como principio y como derecho fundamental.

A partir de este triple entendimiento, la Corte ha referido que la dignidad humana *“exige la existencia de un trato acorde con esta condición y valor esencial para todas las personas sin excepción y sin acepción alguna, ya que éstas son un fin en sí mismas, y no un medio para la consecución de cualquier otro fin, y deben ser tratadas igualmente a nivel social y colectivo como un fin para el Estado”*²³.

Por lo antes señalado, la Corte en la aludida sentencia hizo mención que la *“la dignidad humana constituye un valor transversal y un parámetro interpretativo de todas las normas constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico, e impone una carga de acción positiva frente a los demás derechos constitucionales de los individuos”*²⁴.

Adicionalmente, en la misma providencia, la Corte Constitucional recalcó que, dado el carácter absoluto de la dignidad humana, es una norma de carácter vinculante para las todas las autoridades y, por tanto, el Estado *“tiene el deber de adoptar las medidas para garantizar a todos los ciudadanos un trato digno acorde con su condición de ser humano y como miembro de la sociedad”*²⁵.

Así las cosas, con base en la reseña jurisprudencial realizada, en la presente demanda se estima quebrantado tal principio y derecho constitucional. En razón a que, si la dignidad humana impone obligaciones de hacer – y no solo de abstención –, el Estado – en cabeza de la rama legislativa – no ha

²¹ Ver, entre otras, las Sentencias C-096 de 2021 y C-025 de 2020.

²² MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Sentencia C-143 de 2015, p. 37.

²⁴ Ídem, p. 37.

²⁵ Ídem, p. 37.

adelantado las acciones tendientes a corregir el déficit de protección del que adolece el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, por cuanto – como se ha venido diciendo –, es claro que de la norma aludida se deriva una interpretación que es contraria a la Constitución Política. Esto, en otros términos, implica que del contenido normativo objetivamente adscribirle a la disposición enjuiciada, se puede extraer una hipótesis interpretativa (norma) que es contraria a este principio constitucional que se estima lesionado: la dignidad humana.

En efecto, el restringir el pago del subsidio económico del que trata el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, a la existencia de un concepto médico de recuperación favorable, trae consigo una transgresión directa del derecho y principio fundamental a la dignidad humana de las personas que, al expedírseles un concepto desfavorable, no podrán gozar de este auxilio económico que redundaría en la garantía del mínimo vital del trabajador y su núcleo familiar cercano.

Ello es así, por cuanto *“la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, [también conduce] a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario”*²⁶.

Por lo tanto, de no expulsarse dicha interpretación (la que condiciona el pago del subsidio a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación) se estaría desconociendo el carácter normativo del artículo 1 Constitucional, el cual, según la sentencia referida, sirve de parámetro de interpretación no solamente de las normas constitucionales, sino también de las normas legales que componen nuestro ordenamiento jurídico.

Así mismo, producto de ese “no actuar” por parte del Estado, que se traduce en la falta de adecuación o rediseño normativo del artículo 142 del Decreto 019 de 2012. El Estado colombiano estaría incumpliendo con un deber constitucional que le impone el artículo 2 Constitucional, al establecerse que es deber de los órganos estatales *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*.

En este orden de ideas, en lo que concierne a la disposición censurada, el Estado no estaría garantizando la efectividad del principio y derecho fundamental a la dignidad humana, pues – ante la existencia de una interpretación contraria a la Carta Política – el órgano legislativo no ha realizado el rediseño del artículo 142 ibídem, con la cual se permita de una vez por todas, expulsar aquella hermenéutica interpretativa que es contraria al principio constitucional que aquí se estima lesionado. El cual dentro de su contenido normativo también impone frente al Estado la obligación de

²⁶ Sentencia T-333 de 2013, p. 10.

adelantar acciones positivas tendientes a garantizar los demás derechos individuales.

Así entonces, en el presente caso la lesión a la dignidad humana como principio y derecho fundamental, viene dada en dos sentidos. El primero de ellos es en razón al déficit de protección producto de la indeterminación legal de la que adolece el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, al permitir una interpretación que condiciona el pago del subsidio económico por incapacidad a la existencia de un concepto médico favorable.

La existencia de tal interpretación, lleva consigo que el Estado incumpla con el carácter normativo del principio de la dignidad humana, el cual impone en cabeza de todas las autoridades, incluidas el legislador, la obligación de diseñar y rediseñar las normas legales de acuerdo a los mandatos constitucionales.

En este caso, la labor de diseño normativo concretizada en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, fue “defectuosamente” realizada. Por tanto, a fin de armonizar dicha disposición legal con el principio y derecho a la dignidad humana, se hace necesario concretar el alcance normativo del enunciado lingüístico contenido en el inciso sexto, el cual inicia indicando que, “para los casos de accidente o enfermedad común **en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación** de la Entidad Promotora de Salud”, las AFP deben pagar un subsidio económico después de los primeros 180 días de incapacidad.

En efecto, el pago del subsidio económico por incapacidad del que trata la norma en mención, como lo ha referido en múltiples ocasiones la Corte Constitucional²⁷, no puede estar condicionado a la existencia de un concepto de rehabilitación favorable. Pues tal interpretación deja en total desprotección al trabajador que, habiéndosele emitido un concepto desfavorable, y al cual se le siguen expidiendo incapacidades médicas, no contaría con ningún auxilio económico que le permita garantizar su sustento diario y el de su familia.

En este punto, se debe recalcar que el subsidio económico por incapacidad busca precisamente eso: garantizar el mínimo vital del trabajador que se encuentra incapacitado. Por lo tanto, no se aviene al artículo 1 Constitucional, el mantener una interpretación (norma) que es contraria al principio de dignidad humana, pues tal interpretación lo que hace es restringir el alcance del auxilio únicamente a los supuestos fácticos en los cuales las EPS ha emitido el concepto favorable de rehabilitación.

Por lo discurrido, a juicio del actor, la disposición legal enjuiciada alberga una norma (interpretación) que es contraria al artículo 1 Constitucional el cual establece que la dignidad humana, como principio axiológico, impone

²⁷ Ver el acápite tercero de la sección primera de la demanda.

que todas las normas legales deban ser interpretadas acorde a tal principio constitucional.

En síntesis, se viola el derecho y principio a la dignidad humana, pues del contenido normativo del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, es posible adscribirle una interpretación que desconoce por completo el objeto y fin de tal principio constitucional.

En efecto, y como se ha venido diciendo, el pago del subsidio por incapacidad no debe estar sujeto a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación, pues de ser así, se estaría permitiendo que, por una hermenéutica literal, se excluya del beneficio a aquellos trabajadores a los cuales se les ha expedido un concepto desfavorable de rehabilitación y se le siguen expidiendo incapacidades médicas a su favor.

Por lo tanto, al estar ligado el mínimo vital al principio de dignidad humana, en la presente demanda se considera que tal norma (interpretación) es contraria a dicho valor axiológico. Ello en atención a que, la forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012 hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar a que el concepto médico no solo ha sido una condición para la ampliación del término de espera, para que el trabajador pueda recuperarse, sino también para efectos del pago del subsidio por incapacidad del que trata la disposición.

Esta última interpretación, la que condiciona el pago del subsidio por incapacidad a la existencia de un concepto médico favorable, es la que no armoniza con el carácter normativo del derecho a la dignidad humana, pues permite la existencia de una interpretación que restringe en exceso el alcance normativo de una disposición legal que busca garantizar un fin constitucionalmente legítimo: que el trabajador incapacitado (y su núcleo familiar cercano) por una enfermedad general no se vea afectado en su mínimo vital.

Así las cosas, en síntesis, la inconstitucionalidad de la disposición censurada viene porque aquella permite una hermenéutica que es contraria al derecho a la dignidad humana. En efecto, el tenor literal del artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, da a entender, desde una visión restrictiva, que el subsidio por incapacidad solo es procedente para los casos en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación.

Por lo anterior, y en abierto desconocimiento del precedente constitucional, las AFP vienen retardando y, en gran parte de los casos, negando el pago del subsidio por incapacidad general cuando la EPS ha emitido un concepto desfavorable de rehabilitación. Lo anterior implica que tales trabajadores se encuentran en una situación de desprotección constitucional, pues pese a la existencia del precedente jurisprudencial cimentado en la temática, las AFP vienen imponiendo – con base en tal exégesis textualista – barreras y

obstáculos para el disfrute pleno de ese derecho laboral frente a aquellos trabajadores a los cuales se le ha emitido un concepto de recuperación desfavorable.

2.-Cargo. Inconstitucionalidad frente al artículo 13 de la Constitución Política. Con el objeto de dar mayor claridad al presente cargo de inconstitucionalidad, en el presente apartado se intentará dar aplicación al test integrado de igualdad, en los términos que fueron explicados en la Sentencia C-015 de 2014²⁸.

Para tal tarea, en primer lugar, (i) se busca establecer y/o delimitar los supuestos de hecho que son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) se busca definir si en el plano fáctico y el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales, o igual entre desiguales. Y, por último, (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada.

Así las cosas, con base en la metodología referida, se concluirá como la interpretación (norma) que alberga el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, está generando que en 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 niega el reconocimiento y pago del subsidio económico entre los días 180 al día 540 de incapacidades ininterrumpidas.

Por lo referido, inicialmente para efectos de identificar el supuesto fáctico que se compara en esta demanda, debemos acudir a revisar el contenido normativo de la disposición censurada. En el artículo 142 ídem, se regula el subsidio por incapacidad médica de origen común y, de una interpretación textualista, es posible extraer que el legislador excluyó de tal beneficio a los trabajadores que, habiéndoseles emitido un concepto desfavorable de rehabilitación, se le siguen expidiendo incapacidades médicas a su favor por no recuperar su fuerza de trabajo.

En efecto, en la práctica (plano fáctico) viene sucediendo, de manera reiterada, que las AFP vienen negando el pago del subsidio económico del que trata la disposición cuestionada, únicamente bajo el argumento de que tal beneficio solamente cobija a los trabajadores que se les expida un concepto favorable de rehabilitación, y cumplan los demás requisitos de los que alude la regla enjuiciada.

Ello, bajo la premisa de que el concepto médico de recuperación es también un requisito a tener en cuenta para efectos del reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad del que alude el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012. Es decir, de una hipótesis interpretativa (norma) que alberga la

²⁸ MP. Mauricio González Cuervo.

disposición censurada, se viene dando – por parte de las AFP – un trato discriminatorio sin justificación alguna.

Por ello, atendiendo a la metodología del test de igualdad, en el presente caso se considera que la disposición enjuiciada al adscribirsele un contenido normativo objetivamente posible – el carácter condicionante del concepto de rehabilitación – estaría generando un trato desigual entre sujetos que debían ser objeto de idéntica protección legal. Tales sujetos son, por un lado, trabajadores que, estando incapacitados, se les emite a su favor un concepto de recuperación favorable. Y, por el otro, trabajadores que estando en la misma condición, se les fue emitido un concepto de recuperación desfavorable, y que vendrían siendo las personas a quienes el Estado no estaría protegiendo en debida forma.

En efecto, ese déficit de protección viene dado en razón a que, los trabajadores que cuentan con un concepto desfavorable de rehabilitación, encuentran barreras administrativas que los priva por un largo de tiempo del beneficio del auxilio económico que trae el artículo censurado. Tales barreras vienen dadas por la negativa de las AFP de acoger el precedente constitucional, y en este sentido, reconocer el pago de subsidio económico indistintamente si la EPS ha emitido un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Así las cosas, frente a este sector poblacional, es posible ver en la práctica mayores obstáculos que implican una privación de un beneficio frente a un grupo de individuos en estado de debilidad manifiesta, y que no estarían gozando de un auxilio que busca garantizar el mínimo vital de aquel trabajador incapacitado. Es por ello, que en esta demanda el actor considera transgredido el artículo 13 Constitucional, pues estos trabajadores en la mayoría de casos tienen que acudir a la acción de tutela para reclamar el pago de la prestación económica definida en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012.

Ahora bien, con relación a si la diferencia de trato esta constitucionalmente justificada o no. De entrada, es preciso indicar que la misma no encuentra respaldo en ningún fin constitucional que se pueda calificar como legítimo. Por el contrario, la interpretación (norma) objetivamente adscribirle a la disposición enjuiciada, está generando que en plano fáctico se esté dispensado por parte de 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.

Además, ante la existencia de tal hermenéutica que está siendo apadrinada por las AFP, el Estado tampoco estaría adoptando medidas tendientes a corregir ese trato desigual que se está dispensando con base en una exégesis textualista de la disposición acusada.

Por lo tanto, el Estado tampoco estaría cumpliendo con su deber de otorgar una protección especial frente a aquellas personas que, por su condición física o mental, merecen un trato diferente por parte de las autoridades públicas.

En definitiva, no existe una justificación constitucionalmente legítima que permita concluir que el trato discriminatorio dispensado en contra de los trabajadores incapacitados, a los cuales se le ha emitido un concepto desfavorable de rehabilitación, este constitucionalmente permitido. Al contrario, se pudo ver que ese trato diferente desconoce por completo el contenido normativo del inciso segundo y tercero del artículo 13 Constitucional.

3.-Cargo. Inconstitucionalidad con relación al artículo 25 de la Constitución Política. El artículo 25 señala que el trabajo es un derecho fundamental y, a su vez, una obligación social que goza de una especial protección por parte del Estado. Además, se expresa que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Pues bien, la hipótesis interpretativa (norma) que aquí se demanda como inconstitucional, está generando que el Estado incumpla con su deber de velar porque el trabajo, como obligación social, tenga y goce de una verdadera especial protección por parte de las autoridades y de los particulares encargados de su garantía.

En efecto, la sola existencia, y falta de rediseño legal, genera que las AFP adscriban al artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2019, un contenido normativo que restringe el campo de acción de una disposición que está encaminada al logro de un fin constitucionalmente legítimo: garantizar el mínimo vital del trabajador que se encuentra incapacitado por una enfermedad de origen común.

Así las cosas, producto de esa “indeterminación legal” – que ya ha sido zanjada por la Corte Constitucional en sede de tutela²⁹ – se está generando que trabajadores, a los cuales se les ha expedido un concepto de rehabilitación desfavorable, por esa única razón, no puedan ser titulares de una prestación económica que redunde en su efectiva y real protección por parte del Estado.

Es decir, frente a este grupo de individuos, el Estado no estaría cumpliendo con su deber de velar para que el trabajo como derecho fundamental, pueda ser disfrutado en condiciones dignas y justas. Ello en razón a que, como se expuso en líneas anteriores de esta demanda, el no pago de la prestación económica establecida en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012 no

²⁹ Como fue analizado en la sección primera de esta demanda.

solo genera un desconocimiento de un derecho laboral, sino también de varias garantías constitucionales.

En el caso en concreto, el derecho al trabajo de estas personas no se estaría garantizando en condiciones de dignidad, pues el trato es discriminatorio y diferente con base en motivos que no encuentran respaldo en ningún fin constitucionalmente legítimo.

Las condiciones de dignidad, en lo que respecta a los trabajadores incapacitados por enfermedad de origen común, solo se estaría satisfaciendo frente a los individuos que se le expide a su favor un concepto médico de rehabilitación favorable, mas no frente aquellos trabajadores a los cuales el concepto de recuperación fue desfavorable. Por tanto, este último grupo población estarían gozando de menos derechos prestaciones con base en una exégesis textualista que no encuentra asidero en ninguna norma constitucional.

En conclusión, las características de dignidad y justicia, no se está satisfaciendo en la misma medida en lo que respecta a la disposición censurada. Pues aquella contiene una interpretación (norma) que sirve para negar el pago de una prestación económica a un grupo poblacional que goza de una protección constitucional reforzada, debido a su estado de debilidad manifiesta. Es decir, mediante tal hipótesis interpretativa (norma) – que se busca sea expulsada del ordenamiento jurídico –, no se está protegiendo el derecho al trabajo en condiciones dignas, frente a aquellos trabajadores diagnosticados con un concepto de recuperación desfavorable, pues desde el día 181 – a través de dicha interpretación – no gozarían de ningún subsidio económico.

Esa carencia de protección efectiva, se concrete en dos supuestos fácticos bien determinados³⁰. En primer lugar, cuando el concepto de rehabilitación desfavorable es emitido dentro de la oportunidad legal por parte de la EPS. En este caso, está aconteciendo que las AFP pese al haber sido expedido el concepto médico dentro los plazos establecidos en la norma, niegan o se encuentran negando el pago del subsidio con base únicamente en que el concepto de recuperación fue desfavorable.

En segundo lugar, ese déficit de protección también se ve reflejado en los casos en los cuales, habiéndose expedido y notificado el concepto de rehabilitación por fuera de los plazos definidos en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, la EPS niega el pago del subsidio en razón a que, bajo ese

³⁰ Estos dos supuestos fácticos son, por un lado, cuando la AFP niega el pago del subsidio económico por la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable. Y, por el otro, cuando habiéndose expirado el plazo para expedir el concepto de recuperación, la EPS no realiza el pago del subsidio por considerar que la sanción de la que trata el inciso séptimo de la disposición censurada, solo tiene cabida en los casos en los cuales el concepto de rehabilitación a emitir deba ser favorable para el trabajador.

mismo prisma interpretativo, la sanción establecida en la disposición censurada solo sería operativa, en lo que respecta a la EPS, cuando el concepto de recuperación es favorable para el trabajador, y no para los casos en que deba ser desfavorable. Es decir, niegan el pago por considerar que la sanción por la no emisión del concepto médico antes del día (120) de incapacidad solo tiene cabida en los casos en los cuales el concepto que se deba expedir sea favorable.

Para el actor, la sanción por la no expedición del concepto rehabilitación debe operar, en lo que respecta a la EPS, en ambos supuestos. Es decir, siempre que se incumpla el plazo legalmente establecido, la EPS deberá hacerse cargo del pago del subsidio hasta el día en que sea efectivamente emitido el concepto de rehabilitación, indistintamente si aquel es de carácter favorable o desfavorable para el trabajador.

4.-Cargo. Inconstitucionalidad frente al artículo 48 de la Constitución Política. En la Sentencia T-194 de 2021, la Corte Constitucional indicó que, con fundamento en el artículo 48 Constitucional, en Colombia se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sea por enfermedad de origen común, o por enfermedad laboral.

En efecto, conforme fue referido en dicha sentencia, en lo que concierne al reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general, el legislador ha definido que la responsabilidad del pago radica en diferentes actores del sistema, dependiendo de la prolongación de estas.

Así, en lo concierne al artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de la EPS, sin que al día de hoy exista discusión frente a la entidad u organismo obligado a realizar su pago.

Sin embargo, con relación a las incapacidades que deben ser pagadas – en forma de subsidio –, desde el día 181 hasta el día 540 de incapacidad continua, existen divergencias interpretativas que han dado lugar a un trato discriminatorio y contrario a los principios de universalidad y solidaridad que rige la seguridad social como servicio público.

Ello es así, por cuanto como se ha venido diciendo, la forma condicionante de la que hace alusión el artículo 142 ibídem, en lo que respecta al concepto de rehabilitación, ha llevado a pensar a las AFP que la obligación del pago del subsidio económico del que hace alusión la norma solo tiene operatividad en los casos en los cuales el concepto es de carácter favorable. Es decir, para aquellos supuestos en donde médicamente el trabajador tiene probabilidades de recuperar su fuerza de trabajo.

Idéntica situación se predica de la sanción por no expedición del concepto de rehabilitación, por parte de la EPS, dentro del plazo de ciento veinte (120)

días, del que hace alusión la disposición enjuiciada, pues allí el legislador vuelve y define que, en los casos en los cuales no se expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, la EPS deberá hacerse cargo del pago del auxilio hasta tanto sea efectivamente expedido el concepto médico de recuperación.

Es decir, y en lo que concierne al presente cargo, tales hipótesis interpretativas (normas) hacen mella de forma negativa en el carácter universal y solidario del servicio público a la seguridad social. Pues, de acuerdo a tal entendimiento interpretativo, existiría un grupo de trabajadores que quedan excluidos de la posibilidad del goce de un derecho laboral que redunde en el cumplimiento de varios mandatos constitucionales. No es posible predicar universalidad cuando – con sustento en una interpretación restrictiva – se limita el campo de acción de una norma que busca la garantía del mínimo vital de los trabajadores incapacitados.

Por lo anterior, tampoco el Estado estaría cumpliendo con su deber constitucional de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, pues tal irrenunciabilidad se predica de todos los derechos prestacionales definidos legalmente, y no solo frente algunos de ellos. Es decir, en el presente caso la irrenunciabilidad, en lo que concierne al subsidio por incapacidad, y en lo que respecta a los trabajadores a los cuales se le ha emitido un concepto de rehabilitación desfavorable, no se estaría cumpliendo. Pues, antes, al contrario, la prestación económica definida en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, frente a este grupo de individuos, no se estaría satisfaciendo ante la existencia de una hipótesis interpretativa (norma) que restringe el ámbito normativo de una disposición legal que garantiza la seguridad como servicio público.

Adicionalmente, bajo este mismo entendimiento, la solidaridad y universalidad del servicio público a la seguridad social, en lo que respecta al artículo 142 ibídem, solo se estaría alcanzado parcialmente. Esto es, solo frente 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.

En estos últimos casos, el carácter de universalidad del servicio público a la seguridad social pierde su razón de ser, pues existe una interpretación (norma) que no permite alcanzar dicho fin. Y bajo este mismo supuesto, tampoco la seguridad social sería un servicio público que se preste bajo el principio de solidaridad, pues las entidades públicas y privadas encargadas de pagar el subsidio del que trata el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, lo que hacen es hacer una interpretación contraria al artículo 48 Constitucional.

En conclusión, en lo que respecta al fin constitucionalmente legítimo que busca garantizar el artículo 142 ibídem, no existiría una autentica universalidad y solidaridad, ante la existencia de una interpretación que recorta en grado sumo, el campo de acción de la disposición legal enjuiciada en esta demanda.

V.- PETICIÓN

PRIMERO: DECLÁRESE la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del inciso sexto del artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, en el entendido de que el pago del subsidio económico por incapacidad es una obligación que recae sobre todas las Administradoras de Fondos de Pensiones, indistintamente si el concepto de recuperación es favorable o desfavorable para el trabajador.

SEGUNDO: DECLÁRESE la EXEQUIBILIDAD CONDICIONA del inciso séptimo del artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, en el entendido que, aun en el evento de que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, en caso de incumplir con los plazos definidos en la disposición, deberá hacerse cargo del pago del subsidio hasta tanto sea expedido y notificado a la AFP el respectivo concepto médico.

VI.- COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer sobre el presente asunto, por tratarse de una demanda que se presenta contra una norma con rango de ley³¹, pues el Decreto 019 de 2012, fue expedido con ocasión de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1 del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011.

Así las cosas, de conformidad a lo enunciado en el numeral quinto del artículo 241 de la Constitución Política, y de acuerdo a lo normado en el Decreto-Ley 2067 de 1991, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

VI.- NOTIFICACIONES

El **suscrito** en los términos referidos en los artículos 2, 3, 6 y 8 de la Ley 2213 de 2022³², solicito muy amablemente a la Corte Constitucional que cualquier decisión que se profiera dentro de la presente causa procesal sea notificada mediante el envío de la providencia respectiva a la dirección de

³¹ El Decreto-Ley 019 de 2012, fue expedido por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1 del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011.

³² Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones.