



Sentencia T-623/16

Referencia: Expediente T-5.637.728
Acción de tutela instaurada por Damaris Angulo Solís en representación de su hija Enna Vanessa Guaza Angulo contra la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfamdi.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 23 Penal Municipal con función de Depuración de Cali (Valle), del siete (7) de marzo de dos mil dieciséis (2016), sin que el mismo fuera objeto de apelación.

I. ANTECEDENTES

A. La demanda de tutela¹

¹ Acción de tutela presentada el 22 de febrero de 2016 (folio 22 del cuaderno principal).

1. Damaris Angulo Solís interpuso acción de tutela, en calidad de agente oficiosa de su hija Enna Vanessa Guaza quien padece de retardo mental severo (RMS) y epilepsia mixta refractaria, en contra de la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca –Comfandi-. Lo anterior, por el presunto desconocimiento por parte de la accionada de su derecho fundamental a recibir un trato igualitario (CP.13) como sujeto de especial protección constitucional (C.P. 47), al negarle el reconocimiento a un subsidio familiar para su hija, exigiendo como requisito de acceso a la mencionada prestación, la calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por una Junta de Calificación de Invalidez. Adicionalmente solicita: (i) que sea tutelado el derecho a la igualdad de su hija y en consecuencia se admita la vinculación de Enna Vanessa como beneficiaria del subsidio familiar en un término no mayor a 48 horas; (ii) se ordene a Comfandi aceptar el certificado de pérdida de la capacidad laboral expedido por la EPS y (iii) exhorte a la Caja de Compensación Familiar para que sea imparcial respecto de las entidades que certifican la invalidez, sin tener preferencia por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez.

B. Hechos relevantes

2. La accionante manifiesta que su hija Enna Vanessa Suaza Angulo nació el 17 de julio de 1991² y a los tres meses de nacida fue diagnosticada con retardo mental severo (RMS) y epilepsia mixta refractaria con convulsiones crónicas diarias³. La cual, pese a que actualmente tiene 24 años, está a su cargo y cuidado toda vez que sus padecimientos psíquicos y motores severos le impiden valerse por sí misma.

3. Señala que es madre cabeza de familia, tiene dos hijos más -Jacob de Abraham y Juan Andrés Guaza Angulo- y que su única fuente de ingresos es el salario mínimo legal mensual derivado de un contrato a término fijo de 10 meses como docente en el Colegio de la Iglesia Bautista Emaús.

4. Debido a que su contrato tiene como duración un período académico de 10 meses, anualmente debe efectuar una nueva afiliación a Comfandi de todo su grupo familiar. Es así como el 19 de febrero del año 2015 solicitó a la accionada la inscripción de personas a cargo con fines de afiliación de sus tres hijos Jacob de Abraham, Juan Andrés y Enna Vanessa, siendo rechazados formalmente solo los dos primeros⁴, sin que se mencionara expresamente la situación de su hija en condición de discapacidad desde febrero de 2015.

5. Agrega la agente oficiosa que tres meses después solicitó a Comfandi el pago del subsidio familiar monetario de su hija, el cual fue negado al no encontrarse registrada como afiliada en la base de datos.

² Registro civil de nacimiento a folio 8.

³ Certificación a folio 18.

⁴ Formulario de inscripción a folio 10.

6. Mediante petición del 30 de junio de 2015⁵ solicitó a la accionada el pago del subsidio en doble cuota adeudado a su hija en condición de discapacidad desde la afiliación del 19 de febrero de 2015. Este escrito fue absuelto el 1° de septiembre de 2015⁶ indicando sobre la entrega del subsidio monetario que *“en el caso de la beneficiaria Enna Vanessa Guaza, notifico que la doble cuota se comenzó a generar a partir de junio de 2015, período en el cual registra grabado el certificado de discapacidad. Es de aclarar que la doble cuota por discapacidad no aplica para retroactivo y se genera a partir del mes en que se hace entrega del documento”*. Respecto del pago de las cuotas del año 2015, la ciudadana Damaris Angulo Solís no presenta objeción alguna, incluso manifiesta que para no extender el conflicto con la Caja de Compensación Familiar accedió al pago desde junio de 2015 indicando expresamente que *“acepté y no quise continuar con el conflicto para evitar que se extendiera la violación de los derechos de mi hija por parte de Comfandi”*⁷.

7. El 16 de febrero de 2016 el empleador, Colegio de la Iglesia Bautista Emaús, presentó una nueva inscripción ante la Caja de Compensación Familiar Comfandi por suscripción de un nuevo contrato laboral para el período académico 2016. En consecuencia, la accionada Comfandi aceptó la inscripción de los menores Jacob de Abraham y Juan Andrés y rechazó la de Enna Vanessa al requerir, en esta ocasión, el dictamen de la pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca⁸.

8. Manifiesta la agente oficiosa que el 17 de febrero de 2016 acudió a las instalaciones de Comfandi, donde fue atendida por el señor Diego Millán, quien le explicó que su hija ya había estado vinculada en el 2015, en cuya oportunidad se aportó el certificado de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por la EPS SaludCoop. Según la representante de Enna Vanessa el mencionado funcionario le indicó que la nueva exigencia para la inscripción de su hija en condición de discapacidad se origina en una orden de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

9. Finalmente, manifiesta que solicitó la calificación de la invalidez por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca⁹. No obstante, al momento del pago del procedimiento de calificación se vio imposibilitada de realizarlo toda vez que éste equivale a un salario mínimo legal vigente, por lo que tendría que destinar todo su sueldo para costear el examen, dejando sin sustento y alimento por un mes a sus tres hijos y a ella misma.

C. Respuesta de la entidad accionada

⁵ Solicitud a folios 12 a 14.

⁶ Folio 15.

⁷ Hecho número 6 de la demanda de tutela a folio 2.

⁸ Constatado en los hechos presentados por la accionada en la contestación de la demanda de tutela disponible a folio 27.

⁹ Solicitud de calificación a folio 21.

10. La Caja de Compensación Familiar Comfandi, mediante apoderada judicial¹⁰ manifestó que no es cierto que su representada de manera caprichosa se niega a inscribir a Enna Vanessa Guaza Angulo, sino que dicho proceso no se ha podido surtir en la medida que no se aportó la calificación de la invalidez.

11. En sustento de lo anterior indica que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, norma especial en la materia, define a una persona inválida como alguien que *“por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”* y por ende ésta es la condición que debe acreditar la solicitante para poder acceder al subsidio familiar, exigencia reiterada por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

12. Aduce que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 21 de 1982 se establecía que *“Los hermanos huérfanos de padre y los hijos que sean inválidos o de capacidad física disminuida, y que **hayan perdido más del sesenta por ciento (60%) de su capacidad normal de trabajo**, causarán derecho al subsidio familiar sin ninguna limitación en razón de su edad y percibirán doble cuota de subsidio si reciben educación o formación profesional especializada en establecimiento idóneo”*.

13. Finalmente, indica que la accionante por virtud del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 cuenta con la posibilidad de solicitar la calificación de la invalidez por primera vez ante su EPS, y si como resultado de la misma el porcentaje de pérdida de capacidad es superior al 40% se remitirá obligatoriamente por cuenta de la entidad, a la respectiva Junta de Calificación de la Invalidez para que revise el dictamen. En ese sentido, solicita que se le exonere toda vez que la falta de afiliación se origina en que no se ha aportado la documentación requerida como prueba legal de la invalidez.

D. Decisión judicial objeto de revisión

Primera instancia: *Juzgado 23 Penal Municipal con función de Depuración de Cali (Valle), sentencia del siete (7) de marzo de dos mil dieciséis (2016) – no impugnado¹¹-*

14. El juez de instancia mediante auto del 23 de febrero de 2016¹² corrió traslado a la entidad accionada, no efectuó vinculaciones y ordenó comunicar la demanda únicamente al Defensor del Pueblo - Regional Valle del Cauca, sin que se allegara intervención alguna por parte de esta autoridad. Posteriormente con sentencia del 7 de marzo de 2016 declaró improcedente el amparo del derecho fundamental solicitado al considerar que la accionante cuenta con otros mecanismos administrativos para la defensa de sus derechos como la solicitud de la calificación ante la respectiva EPS tal y como lo

¹⁰ Poder especial a folio 29.

¹¹ Mediante oficio del seis (06) de abril del dos mil dieciséis (2016) se deja constancia del vencimiento de términos sin radicación de escrito de impugnación y se ordena remitir el expediente a la Corte Constitucional para eventual revisión (folio 42).

¹² Folio 23.

consagra el Decreto Ley 019 de 2012 o “ley antitrámites”. Adicionalmente consideró el fallador que no se demostró la inminencia de un perjuicio irremediable de gran intensidad o menoscabo material o moral en cabeza de Enna Vanessa.

E. Actuación adelantada en la Corte Constitucional

15. De acuerdo con el auto de la Sala de Selección de Tutelas Número Siete del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), se decidió seleccionar el expediente T-5.637.728 y fue repartido por sorteo al Magistrado Alejandro Linares Cantillo.

II. FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

16. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales adoptadas con fundamento en el artículo 86 y en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, desarrollados por los artículos 31 a 36 del Decreto 2491 del mismo año.

B. CUESTIONES PREVIAS- PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

17. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección: (i) *definitivo* cuando el titular de los derechos no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando existiendo ese medio, carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales; como mecanismo (ii) *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental, en cuyo caso la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del órgano competente¹³.

18. *Legitimación por activa*: La señora Damaris Angulo Solís interpone acción de tutela en nombre de su hija Enna Vanessa Guaza Angulo acorde con el artículo 86 de la Carta Política, que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante. En ese sentido, cuando se obra por interpuesta persona, en la sentencia de unificación SU-173 de 2015¹⁴ la Corte sintetizó

¹³ Esta Corte en la reciente sentencia T-385 de 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, reiteró la siguientes reglas para su configuración: “(i) determinar si se vulnera, por acción u omisión, un derecho fundamental protegido constitucionalmente o si existe riesgo de que se vaya a actuar en detrimento del mismo; (ii) verificar que dicho riesgo sea inminente y grave, por lo que debe atenderse de manera inmediata; y (iii) comprobar que no existe otro remedio judicial o que el ordinario no es un medio adecuado o idóneo de defensa para el caso concreto, o que si lo es, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

¹⁴ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

como reglas respecto de la calidad de agente oficioso: “(i) *La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal.* (ii) *La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.* (iii) *La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos* (iv) *La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente*”.

19. En efecto, se constata en el caso en concreto que: (i) la ciudadana Damaris Angulo Solís manifestó en el escrito de tutela que “es madre de la discapacitada permanente Enna Vanessa Guaza Angulo” y como prueba de ello adjunta el respectivo Registro Civil de nacimiento¹⁵, calidad reconocida además por el juez de tutela en la sentencia objeto de revisión¹⁶; (ii) la agenciada acorde con la Certificación de Discapacidad Permanente y Certificado de Pérdida de la Capacidad Laboral expedidos ambos por la EPS SaludCoop¹⁷ cuenta con una PCL profunda del 75.58% por concepto de retardo mental severo (RMS) y epilepsia mixta refractaria, de lo que se concluye que en los términos del artículo 13 del Texto Superior es un sujeto de especial protección constitucional quien además a sus 24 años “requiere de supervisión aunque come sola, va al baño sola y camina independiente, el resto de actividades requiere ayuda”¹⁸; (iii) la relación ente la agenciante y la agenciada obedece al vínculo de parentesco de madre e hija; y finalmente (iv) dado el alto grado de discapacidad (RMS) y dependencia de la titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados, en este caso resulta inaplicable la ratificación por parte de la agenciada de las pretensiones y los hechos de la tutela. Concluyendo que se tienen por satisfechos los requisitos de la agencia oficiosa ejercida por la señora Damaris Angulo Solís en beneficio de su hija Enna Vanessa Guaza Angulo.

20. *Legitimación por pasiva:* El numeral 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991¹⁹ establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares, en los casos en que el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con la organización. En este caso, como consecuencia del contrato de trabajo celebrado entre la madre de la agenciada y el Colegio de la Iglesia Bautista Emaús, surge el derecho para la trabajadora y sus beneficiarios de ser afiliados a una Caja de Compensación Familiar²⁰.

¹⁵ Folio 9.

¹⁶ Folio 31.

¹⁷ Folios 18 y 19.

¹⁸ Folio 18.

¹⁹ De conformidad con esta disposición “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

²⁰ De conformidad con el artículo 7 de la Ley 21 de 1982: “Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA): 1. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

2. Los Departamentos, (...), el Distrito Capital de Bogotá y los Municipios.

21. Como resultado del contrato laboral el empleador escogió a Comfandi como Caja de Compensación Familiar, entidad frente a la cual, se podría predicar una relación de indefensión. De modo que, para esta Corporación se deben tener en cuenta las especiales condiciones de vulnerabilidad del accionante dado su alto grado de discapacidad y dependencia física, médica y de atención, la acción de tutela es el mecanismo procedente para reclamar un trato igualitario (CP.13) y la especial protección que deben recibir las personas en condición de discapacidad (CP. 47).

Del perjuicio irremediable

22. Es un deber a cargo del juez constitucional sustentar por qué la urgencia del caso exige el amparo de los derechos afectados. En los términos en los que ha sido caracterizado por la jurisprudencia constitucional, este perjuicio debe contar con: (i) la demostración de la *inminencia* del daño, en los casos en los que el asunto revista de una amenaza o un mal irreparable que está pronto a suceder, (ii) que la *gravedad* del daño o el menoscabo a la persona sea de gran intensidad, (iii) la necesidad de adoptar medidas *urgentes*, prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la *impostergabilidad* de la tutela como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales²¹.

23. Las anteriores características se reflejan en el caso en concreto de la siguiente forma: (i) a pesar de que la agenciada al momento de la interposición de la acción de tutela tenía veinticuatro (24) años de edad, debido a su alto grado de discapacidad física y mental, tal y como lo describe la calificación efectuada por la EPS²², ni siquiera ha podido adelantar un nivel de escolaridad y mucho menos generar ingresos. Por lo cual, su subsistencia deriva del salario mínimo devengado por su madre, el cual, debe ser compartido entre cuatro personas -*Supra* numeral 9- de lo que se desprende que el subsidio económico pagado por la accionada, además en doble cuota, representa una importante contribución para los gastos de manutención de la beneficiaria, el cual, debido a la falta de afiliación amenaza el desarrollo de su vida en condiciones dignas; (ii) en cuanto a la gravedad, en el caso *sub lite* la intensidad de la afectación se refleja en la disminución del mínimo vital de la accionante, toda vez, que al ser una hija en condición de discapacidad tiene derecho a percibir el subsidio familiar en dinero en doble cuota²³; (iii) dadas

3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y la empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, (...), distrital y municipal.

4. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes. Estas empresas solamente pueden estar afiliadas a una caja de compensación familiar que funcione en el lugar donde se causen los salarios, sin que sea posible efectuar giros parciales por algunos trabajadores y, en consecuencia, la caja gira el subsidio familiar igualmente a la totalidad de los trabajadores que acrediten el derecho al mismo”.

²¹ Sentencia T-385 de 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²² Folio 19.

²³ En la sentencia T-385 de 2016 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, la Sala Quinta de Revisión extrajo las siguientes reglas constitucionales acerca del mínimo vital: “(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera

las anteriores circunstancias y reiterando que se trata de un sujeto de especial protección en situación de indefensión, resulta necesario adoptar medidas urgentes y definitivas para conjurar la amenaza, lo cual afianza (iv) la impostergabilidad de la tutela como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales, toda vez que existe calificación por parte de la EPS de la pérdida de capacidad laboral de Enna Vanessa Guaza Angulo. Con base en lo anterior, se tiene que procede el amparo definitivo en materia de tutela, por cuanto si bien existe un medio de defensa judicial para reclamar dicha prestación social -proceso laboral ordinario-, el mismo no es eficaz ni lo suficientemente expedito para proteger los derechos fundamentales de la persona a la que se le solicita el amparo, máxime cuando su madre, cabeza de familia y responsable de otros dos hijos, no cuenta con los recursos económicos para tramitar el litigio, lo que conduce a una imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por esa vía.

24. *Inmediatez*: En relación con el presupuesto de inmediatez exigido para la procedencia de la demanda presentada en ejercicio de la acción de tutela, se tiene que se cumple en el presente caso, pues la señora Damaris Angulo Solís en representación de su hija Enna Vanessa Guaza Angulo interpuso la acción constitucional el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y la presunta vulneración de los derechos fundamentales se originó con la negativa verbal de afiliación dada el diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016), lo que presupone que la actividad para la defensa de los derechos fundamentales posiblemente afectados se ejerció en un término expedito.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

25. En esta oportunidad le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfandi- vulneró los derechos fundamentales de Enna Vanessa Guaza Angulo a la igualdad de la población en condición de discapacidad (CP. 13 y 47), al exigir para efectos de su afiliación y posterior pago del subsidio familiar, la calificación de la pérdida de capacidad laboral expedida únicamente por la Junta Regional de Invalidez. Esto, pese a que a raíz de su afiliación en el 2015 conocía de las condiciones de salud físicas y mentales de la tutelante y de contar con dos certificaciones de este estado expedidas por parte de su EPS.

26. Con la finalidad de resolver el anterior problema jurídico, en la presente sentencia se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas (i) a la protección especial que merecen las personas en condición de discapacidad; (ii) el alcance del subsidio económico a cargo de las cajas de compensación familiar; (iii) el ámbito de aplicación de las normas que regulan la pensión de invalidez y su relación con el dictamen de PCL emitido por parte de las juntas

más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional”.

regionales o nacional de calificación; y (iv) finalmente, se resolverá el caso en concreto.

D. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN REFORZADA A LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD

27. La Constitución dispone en el inciso 2° del artículo 13 que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados. Del mismo modo, en el inciso 3° de esta misma disposición se contempla una protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta, que como ha sido desarrollada jurisprudencialmente, incluye a los sujetos que por su condición de salud se encuentren en una posición desventajosa respecto de la generalidad de personas.

28. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que dichos mandatos de protección especial cuentan con dos facetas: una de *abstención* en el sentido de evitar que se adopten por el Estado medidas o políticas, abiertamente discriminatorias, y otra de *acción* al desarrollar programas o políticas públicas que mejoren el entorno económico, social y cultural -entre otros- de la población en situación de discapacidad y crear condiciones favorables para afrontar las adversidades. Tal y como lo expresó la Corte en la sentencia C-478 de 2003²⁴, al referirse a los deberes asignados al Estado para garantizar la efectividad del derecho a la igualdad a la población en situación de discapacidad, de la siguiente forma:

“De tal suerte, que de conformidad con la Constitución el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas.”

29. Esta Corporación en la sentencia C-458 de 2015²⁵ al estudiar el caso de algunas expresiones contenidas en las leyes 100 de 1993, 115 de 1994, 119 de 1994, 324 de 1996, 361 de 1997, 546 de 1999, 860 de 2003, 797 de 2003,

²⁴ MP. Clara Inés Vargas Hernández. Adicionalmente esta interpretación fue reiterada en la sentencia C-606 de 2012 MP. Adriana María Guillén Arango así: “*las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, por lo que, tanto instituciones como individuos deben facilitar de una forma activa el ejercicio de los derechos de este sector de la población. (...) Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.*”

²⁵ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

1114 de 2006, 1438 de 2011 y 1562 de 2012, algunas con contenido peyorativo y otras simplemente técnicas, pero todas dirigidas a las personas en condición de discapacidad, declaró exequibles las acepciones *inválido, inválida, inválidos, con capacidades excepcionales y sordos* al corresponder a un lenguaje jurídico neutral, pero condicionó otras como *los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, minusvalía, personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas*, entre muchas otras, señalando que el vocablo más apropiado es el de “persona en situación de discapacidad”. De esta sentencia se destaca el análisis sobre los distintos niveles de comprensión de los derechos de las personas en condición de discapacidad, y que permiten entender de mejor manera la situación de este grupo de especial protección, señalado del siguiente modo:

“Cada perspectiva responde, sin duda, a un momento histórico y deriva de la comprensión de los derechos que ha imperado en cada época. Algunos ya resultan inaceptables, pero otros aún contienen elementos que pueden ser útiles para garantizar plenamente los derechos de las personas en situación de discapacidad. Además, aunque no se trate de criterios estrictamente normativos, sí son marcos de comprensión útiles e ilustrativos que revelan los debates actuales sobre la materia, en distintos niveles, y que permiten entender de mejor manera la situación de los sujetos en condición de discapacidad. Evidentemente no se trata de modelos estáticos o inmutables, por el contrario, constituyen tendencias en constante transformación, tal como lo está la sociedad a la que deben ser integrados estos sujetos de especial protección.

37. El enfoque de la “*prescindencia*” entiende la discapacidad desde una perspectiva sobrenatural y propone, como medida para enfrentarla, la eliminación o aislamiento de la persona que la padece; lo cual claramente desconoce la dignidad humana. El modelo de la “*marginación*”, considera anormales y dependientes a las personas con discapacidad, por tanto deben ser tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia cuyo aislamiento es legítimo (C-804 de 2009). La perspectiva de “*rehabilitación*” (o enfoque médico) concibe la discapacidad como la manifestación de diversas condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran la normalidad orgánica, por eso las medidas adoptadas se centran en el tratamiento de la condición médica que se considera constitutiva de la discapacidad. Esta visión, en principio respeta la dignidad humana pero ha tenido manifestaciones incompatibles con el respeto por los derechos humanos, como el internamiento forzado, o la facultad de los médicos de decidir sobre los aspectos vitales del sujeto en situación de discapacidad. Sin embargo, puede aportar información científica relevante para el diseño de sistemas de atención en seguridad social de las personas en condición de discapacidad.

El enfoque “*social*” asocia la discapacidad a la reacción social o a las dificultades de interacción con su entorno, derivadas de esa condición. Tal reacción es el límite a la autodeterminación de la persona con

discapacidad y le impide integrarse adecuadamente a la comunidad. Por tal razón, este abordaje propende por medidas que (i) permitan al mayor nivel posible el ejercicio de la autonomía de la persona con discapacidad; (ii) aseguren su participación en todas las decisiones que los afecten; (iii) garanticen la adaptación del entorno a las necesidades de la persona con discapacidad; y (iv), aprovechen al máximo las capacidades de la persona, desplazando así el concepto de “discapacidad” por el de “diversidad funcional”.

30. Posteriormente, la Corte en la sentencia C-182 de 2016²⁶ al estudiar la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable” en lo que respecta a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección, reiteró lo siguiente:

“Las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección

14. La cláusula de igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución otorga una especial protección a las personas con discapacidad. Desde esta garantía, el Estado tiene el deber de proteger la igualdad formal y material de estas personas. Desde la primera, le están prohibidas las intervenciones que generen discriminación o acentúen situaciones de discriminación de forma directa o indirecta. En efecto, el deber de garantía de igualdad ante la ley supone que todos los individuos, como sujetos de derechos deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que no es admisible ninguna diferencia de trato con fundamento en criterios como el estatus de salud, el género, la raza, el origen, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica. Estos motivos constituyen criterios sospechosos, pues históricamente han estado asociados a prácticas que han tendido a subvalorar y a poner en situación de desventaja a ciertas personas, y se encuentran proscritos por la Constitución como una violación del derecho a la igualdad.

De otra parte, el deber de igualdad material le impone la obligación al Estado de adoptar medidas a favor de los grupos marginados o que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, como las personas con discapacidad. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y de especial protección constitucional y ha reiterado que la discapacidad debe ser afrontada desde una perspectiva holística en donde se le deben brindar a estas personas las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha

²⁶ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

condición. Lo anterior, implica abandonar la visión de la discapacidad como una enfermedad.”

31. De lo expuesto, se concluye que: (i) la interpretación jurisprudencial del mandato de trato igual comporta una especial obligación de protección para las personas en condición de discapacidad; (ii) conforme a la doctrina del enfoque *social* el entorno debe adaptarse a las necesidades de la persona con discapacidad; y (iii) en lo posible se debe ofrecer a este grupo de especial protección las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha condición.

E. DEL SUBSIDIO FAMILIAR MONETARIO A CARGO DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

32. Con el Decreto 118 de 1957 -ratificado por el Decreto 1521 del mismo año- se introdujo legalmente el concepto de Subsidio Familiar tras la fundación de la primera Caja de Compensación Familiar en Colombia en el Departamento de Antioquia en el año de 1954 con el nombre de Caja de Compensación Familiar de Antioquia –Comfama-. Posteriormente este modelo de apoyo social fue seguido por los demás Departamentos cuando se fijaron los requisitos legales para fundar las Cajas de Compensación Familiar en todo el país. En dicha norma se estipuló lo siguiente:

“Decreto 118 de 1957
(junio 21)²⁷

“LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE
COLOMBIA,

En ejercicio de las atribuciones de que trata el artículo 121 de la
constitución nacional, y

CONSIDERANDO:

1. Que por Decreto número 3518 de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;
2. Que han sobrevenido graves alteraciones de la normalidad económica;
3. Que se ha producido un considerable aumento en el costo de la vida que impone un reajuste general de salarios;
4. Que es deber del Gobierno atender las necesidades de las clases menos favorecidas económicamente y fomentar su mejoramiento;
5. **Que la doctrina social-católica, recomienda el establecimiento del subsidio familiar como medio de fortalecimiento de la familia;**
6. Que es también deber del Gobierno propugnar la enseñanza técnica de las clases trabajadoras” (negrillas no originales).

²⁷ Diario Oficial No 29.441, de 24 de julio de 1957.

33. Ahora bien, en vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional al estudiar una demanda en contra de los artículos 73, 74 y 76 (parciales) de la Ley 101 de 1993, en la sentencia C-508 de 1997²⁸ definió la naturaleza jurídica de las cajas de compensación como “*personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley*”. Adicionalmente, en esa oportunidad se expresó lo siguiente respecto de la finalidad del subsidio pagado por dichas organizaciones:

“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”.

34. Así las cosas, el subsidio familiar es una prestación social pagadera en: (i) dinero, (ii) especie y (iii) servicios a los trabajadores de menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad²⁹. En lo que atañe al subsidio en dinero, el artículo 3 de la Ley 789 de 2002 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 3º. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor

²⁸ MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁹ Ley 21 de 1982, Artículo 1º. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

PARÁGRAFO 1º. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran: (...)

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.
(...)"

35. En múltiples decisiones de tutela, distintas Salas de Revisión de esta Corporación han abordado esta materia. Es así como la Sala Novena, al estudiar un caso en el que se negó la afiliación y posterior pago del subsidio a un menor por el hecho de ser hijastro, en la sentencia T-586 de 1999³⁰ consideró lo siguiente:

“En efecto, el fundamento con base en el cual la entidad accionada ha denegado dicho reconocimiento, consiste en afirmar que según lo dispuesto por el artículo 27 la Ley 21 de 1982, tienen derecho al subsidio familiar los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros, y que de conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Subsidio Familiar, son hijastros los hijos llevados al matrimonio por uno solo de los cónyuges. Por lo tanto para poder reconocer a un menor la calidad de hijastro de un afiliado, y subsiguientemente el derecho a percibir subsidio familiar en dinero, tal afiliado debe estar válidamente casado con el padre del menor. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de reconocer tal calidad al hijo que es aportado a la unión marital de hecho por uno de los compañeros permanentes.

Para esta Sala de decisión, la anterior doctrina elaborada por la Superintendencia de Subsidio Familiar, resulta manifiestamente contraria a la Constitución, y por ello debe ser inaplicada. Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribiera cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la

³⁰ MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

familia. Por lo tanto, establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar, por lo cual se revocará la decisión de segunda instancia que denegó el amparo solicitado” (todas las subrayas fuera de texto).

36. Por su lado, la Sala Cuarta de Revisión en el análisis de una suspensión de pago del subsidio en dinero por cuenta de que el empleador realizó la cancelación del aporte de modo parcial, en la sentencia T-712 de 2003³¹ determinó lo siguiente:

“Los dineros que se reconocen a través del subsidio familiar no pertenecen al trabajador sino al núcleo familiar y, en especial, al sostenimiento y formación de las personas que dan derecho a su reconocimiento. En los casos objeto de estudio, a los menores hijos de los accionantes, cuyos derechos a la seguridad social son fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás.

Entonces, si bien el pago fraccionado está prohibido para los empleadores, esta conducta en nada justifica la omisión de las cajas de compensación para cancelar oportunamente el subsidio a los beneficiarios a nombre de quienes se efectúen los aportes. De tal suerte que asuntos administrativos internos de las cajas de compensación familiar no sirven de excusa para omitir el cumplimiento de sus obligaciones en el manejo de los recursos públicos que administran, si con ello además vulneran derechos fundamentales de los niños.

Son inadmisibles entonces conductas dilatorias injustificadas como las de COMFAORIENTE y que afectan derechos constitucionales, amparándose en argumentos técnicos como la no consolidación de la totalidad de aportes, máxime cuando le es fácilmente determinable la población de beneficiarios a cuyo nombre ya se ha hecho la respectiva consignación de aportes por parte del empleador.

Por ello, se compulsará copia de los expedientes y de la sentencia a la Superintendencia del Subsidio Familiar para lo de su competencia. Igualmente, se exhortará a esta entidad oficial a fin de que tome los correctivos necesarios para que conductas como las conocidas en este proceso no vuelvan a presentarse” (todas las subrayas fuera de texto).

37. Finalmente, la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-942 de 2014³² al analizar la discriminación en la negativa de la afiliación de un hijo de crianza, reiteró la importancia del subsidio familiar al considerarlo como una prestación que hace parte del sistema de la Seguridad Social en los siguientes términos:

³¹ MP. Jaime Córdoba Triviño.

³² MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.

3.4.5. De acuerdo con lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia, el subsidio familiar tiene como objetivo principal contribuir a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Conforme con ello, es viable afirmar que el subsidio familiar es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política según el cual, el “Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia” (subraya fuera de texto).

3.4.6. Dicha figura, busca beneficiar a los sectores más pobres de la población, mediante el pago de un subsidio en dinero y el reconocimiento de un subsidio en servicios, para los trabajadores que devenguen salarios bajos”.

38. Así las cosas, de lo expuesto por las anteriores Salas de Revisión de tutela se concluye que: (i) el subsidio familiar ya sea en su modalidad de dinero, especie o servicios por lo general pertenece al núcleo familiar del beneficiario que lo causa; (ii) dicho apoyo es una forma de protección a la familia en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución; (iii) las Cajas de Compensación en su calidad de sociedades de derecho privado que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y administradoras de recursos públicos de naturaleza parafiscal no pueden discriminar a miembros de la familia con derecho a afiliación con base en tecnicismos o trámites administrativos internos; (iv) incluso, cuando por cuenta del cumplimiento de las directrices de su ente vigilante, Superintendencia de Subsidio Familiar, resulta necesario inaplicar las directrices discriminatorias, siendo necesario exhortar a dicha entidad para que revise sus lineamientos.

F. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

39. Acorde con la contestación de la demanda de tutela por parte de la accionada Comfandi -*Supra* numeral 11- esta entidad aduce que parte de la negativa de la afiliación de la hija en condición de discapacidad obedece a que al interpretar las normas que definen qué persona es inválida -artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012-, Enna Vanessa Angulo Guaza no acredita tal condición para ser beneficiaria del subsidio familiar en dinero. Por lo cual, resulta necesario precisar que la primera disposición consagra respecto del estado de invalidez lo siguiente: *“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”* (subraya fuera de texto). Capítulo que corresponde al número III atinente a la pensión de invalidez por riesgo común.

40. Asimismo, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 por medio del cual se modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en lo que atañe a la calificación del estado de invalidez, dispone que:

“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 acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad” (subraya fuera de texto).

41. En relación con lo anterior y dada la importancia del dictamen por medio del cual se valora la pérdida de la capacidad laboral, la Corte en la sentencia C-335 de 2016³³ al estudiar una demanda en contra de los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 1282 de 1994 y el artículo 3º del Decreto Ley 1302 de 1994, realizó un profuso análisis de la pensión de invalidez del régimen común para determinar si existía algún tipo de discriminación frente a la calificación de los aviadores civiles. De dicho pronunciamiento se destaca lo siguiente:

“Por lo que atañe a la naturaleza de los dictámenes emanados de la Junta Especial, entiende la Corte que se trata de una pieza probatoria de capital importancia en el procedimiento de definición de la pensión de invalidez de los aviadores civiles. De manera general, esta Corporación se ha referido a los dictámenes de las Juntas de Invalidez en los siguientes términos:

Las juntas de calificación de invalidez emiten decisiones que constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión” (subrayas fuera de texto).

42. De lo antes expuesto, se deduce con claridad que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 define las características que debe cumplir un afiliado para ser considerado inválido al superar el 50% de la pérdida de capacidad laboral, y el artículo 41 de esa misma ley, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 determina el trámite de calificación y las entidades encargadas de la valoración, entre otros aspectos. Lo cual, si bien es cierto, se enmarca en el contexto de una persona que está en condiciones de reclamar la pensión de invalidez, al demostrar que: (i) se encuentra afiliada al sistema de Seguridad Social, (ii) sufrió una PCL superior al 50% y (iii) cuenta en principio, con 50 semanas de cotización antes de la estructuración de la invalidez. Sin que

³³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

efectúe alguna referencia expresa o tácita respecto de su aplicación para los efectos del Subsidio Familiar.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

43. El numeral 4 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 789 de 2002 consagra que tendrán derecho a doble cuota del subsidio familiar *“los hijos que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar”*. Beneficio económico que la agenciada recibió a partir de junio de 2015 hasta la terminación del contrato laboral.

En razón del nuevo vínculo jurídico celebrado entre su madre y el Colegio Emaús para el período académico del año 2016, el empleador procedió a una nueva afiliación de su trabajadora y el grupo familiar. Siendo negada la vinculación de Enna Vanessa por parte de Comfandi debido a que no se aportó en esta ocasión, dictamen de la pérdida de la capacidad laboral proferido específicamente por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez, sustentando su exigencia en que: (i) las normas que determinan el estado de invalidez así lo exigen -artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012-, y (ii) porque en que la Circular 0002 del 21 de febrero de 2013 expedida por la Superintendencia del Subsidio Familiar se señala que el Certificado del médico no solamente es de la EPS, sino de cualquier entidad competente para certificar la discapacidad que le impida trabajar. En palabras de la entidad accionada:

“El certificado médico no solamente es el de la EPS, sino de cualquier entidad competente para certificar la discapacidad que impida trabajar, debe interpretarse sistemáticamente junto con la normatividad vigente y vinculante en la materia de calificación del estado de invalidez, la cual indica, como ya lo he expresado anteriormente que las entidades habilitadas para tal fin no se resumen en las Entidades Promotoras de Salud, si no que efectivamente, también existen otras entidades expresamente establecidas por la Ley, concretamente en el citado artículo 41 de la Ley 100 de 1993, para emitir un dictamen en tal sentido”³⁴.

44. De acuerdo con la lectura de la norma que consagra el subsidio en dinero y en doble cuota, se tiene que el beneficio se causa porque: (i) el afiliado tiene a su cargo un hijo inválido o (ii) que el mismo sea una persona en condición de discapacidad y que por su imposibilidad física no tenga posibilidades de trabajar. De lo que se constata que la Caja de Compensación accionada optó por exigir una acreditación especial de la invalidez, cuando además podía verificar por otros medios que la beneficiaria cumplía con el segundo supuesto de hecho de la norma, vulnerando así derechos fundamentales de Enna Vanessa Guaza Angulo al trato igual de las personas sujeto de especial protección constitucional en razón de su situación de discapacidad, como se pasa a demostrar a continuación.

³⁴ Hecho No. 7 de la contestación a folio 27.

Calificación de la invalidez para efectos del subsidio familiar

45. Tal y como se señaló en el numeral 39 a 42 de esta decisión, la definición de *inválido* contenida en los artículos 38 y 41 de la Ley 100 de 1993 se dirige al reconocimiento de la *pensión de invalidez*, prestación social que difiere sustancialmente del subsidio monetario a cargo de la Caja de Compensación Familiar.

En ese sentido, las normas invocadas para negar la afiliación de Enna Vanessa Guaza Angulo como beneficiaria del subsidio familiar, no son aplicables a su caso, toda vez que el artículo 3 de la Ley 789 de 2002 no exige la acreditación especial de la condición de *inválida* para beneficiarse del auxilio económico.

Así las cosas, como se concluyó en el numeral 31, la interpretación jurisprudencial del mandato de trato igual implica una especial obligación de protección reforzada para las personas en condición de discapacidad. Razón por la cual, la verificación del estado de *invalidez* debe analizarse por parte de la respectiva Caja de Compensación Familiar desde la doctrina del enfoque *social* acogidas por esta Corporación en las sentencias C-458 de 2015 y C-182 de 2016.

46. En ese orden de ideas, se tiene que existe un Certificado de la Pérdida de Capacidad Laboral del 29 de marzo de 2010, proferido por Medicina Laboral de SaludCoop³⁵ en el que sobre Enna Vanessa Guaza Angulo consta lo siguiente:

DIAGNÓSTICO (S):					
1		RETARDO MENTAL SERVERO			
2		EPILEPSIA MIXTA REFRACTARIA			
3		0			
CONCEPTOS CALIFICACIÓN PÉRDIDA CAPACIDAD LABORAL:					
GRADO DE LIMITACION			TIPO DE DISCAPACIDAD		
15% AL 75% MODERADA	0	FISICA		X	
>25% Y < 50% SEVERA	0	MENTAL O PSIQUICA		X	
IGUAL -> 50% PROFUNDA	X	SENSORIAL		0	
CALIFICACIÓN ORIGEN:		COMUN			
FECHA DECLARACION PERDIDA:		MARZO 29-10			
CALIFICACION PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL (C/PCL):		75,58%			

³⁵ Folio 19 suscrito por el médico Germán Castañeda Peralta con Licencia No. 0963/00.

No obstante lo anterior, la entidad actuando negligentemente, optó por desconocer la calificación de PCL del 75,58% proferida por la EPS al exigir que dicho dictamen por superar el 40% de la PCL de manera obligatoria debía ser enviado a la Junta de Calificación de Invalidez, por la remisión del artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Norma que como se vio en el numeral 42 se circunscribe al ámbito de la calificación de la invalidez con miras al reconocimiento de la pensión de invalidez, mas no para el subsidio familiar monetario.

47. Por otro lado, revisada la Circular 0002 del 21 de febrero de 2013 por medio de la cual se aclara la Circular Externa No. 013 de 2012 ambas expedidas por la Superintendencia del Subsidio Familiar, con base en la cual, la entidad accionada fundamentó la negativa de la afiliación del año 2016, se evidencia que en dicho concepto no se ordena negar la afiliación por la falta del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, sino que por el contrario indica que: *“Dentro del texto de la Circular No. 013 de 2012 se repite en diferentes acápites lo siguiente: "Certificado del médico de la EPS donde conste la discapacidad. Indicando tipo de discapacidad: no se debe exigir porcentaje de discapacidad". Se aclara que el Certificado del médico no solamente es de la EPS, sino de cualquier entidad competente para certificar la discapacidad que le impida trabajar”*³⁶ (subraya fuera de texto). En esta medida, la Circular 0002, en vez de tener un ánimo restrictivo, como equivocadamente lo plantea la accionada, tenía como objetivo ampliar las fuentes de las cuales puede provenir la certificación a la que alude la Circular No. 13.

Hijo en condición de discapacidad física sin posibilidades de trabajar

48. Con relación al segundo supuesto de hecho para ser beneficiario del subsidio familiar en dinero -Art. 3, Parágrafo 1, Núm. 4 de la Ley 789/02- se tiene que también es posible acceder al mismo cuando el hijo, en razón de su condición de discapacidad física, no pueda trabajar. En consecuencia, escapa a esta Sala las razones por las cuales, se inaplicó tal disposición, teniendo en cuenta que el ente de inspección, control y vigilancia de la accionada, en la Circular 0002 del 21 de febrero de 2013 indicó que en los casos de discapacidad certificados por la EPS no se debe exigir porcentaje de calificación; más aún cuando con anterioridad a la afiliación del año 2016, Comfandi en el 2015 ya conocía de la especial situación de la tutelante, toda vez que desde junio de 2015 pagó el subsidio y pese a ello, arbitrariamente negó su vinculación para el año 2016.

49. Prueba de ello es que la agente oficiosa aportó además del dictamen de PCL de la EPS, un Certificado de Discapacidad Permanente³⁷ del 15 de julio de 2015 en el que se constata que Enna Vanessa Guaza Angulo: (i) no está afiliada a una AFP, ni a una ARL; (ii) la paciente a los 3 meses presentó hipoxia perinatal con diagnóstico de retardo mental severo (RMS); y (iii) aunque come sola, va al baño y camina sin ayuda, requiere de supervisión para

³⁶ Esta Circular puede ser consultada en la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

³⁷ Folio 18.

el resto de actividades. De lo que con claridad se deduce que la beneficiaria se encuentra imposibilitada en razón de su condición física y mental de procurarse un empleo, tanto así que nunca ha efectuado aportes a pensiones por cuenta de una relación laboral³⁸.

50. En razón de la verificación de la existencia de una conducta discriminatoria por parte de la entidad accionada se amparará el derecho fundamental a la igualdad de un sujeto de especial protección constitucional en condición de discapacidad. No sin advertir que la actuación de la accionada adicionalmente afecta directamente el derecho a la seguridad social de la agenciada por cuanto dilata injustificadamente la entrega de una prestación social reconocida en la ley y la jurisprudencia, vulnera su derecho al mínimo vital y móvil con la disminución de los medio económicos por medio de los cuales atiende sus necesidades básicas y el derecho a un debido proceso, toda vez niega el acceso al beneficio económico con fundamento en unas normas que no son aplicables al caso en concreto. En consecuencia, se ordenarán las medidas necesarias para el restablecimiento de sus derechos.

51. Acorde con la petición de la agente oficiosa de exhortar a la Superintendencia del Subsidio Familiar para que la conducta vulneradora no se vuelva a repetir. Se advierte que dicho ente de control, inspección y vigilancia no fue vinculado al proceso. No obstante, cuando las órdenes impartidas se centran en el cumplimiento de un deber legal -en este caso el de vigilancia- no resulta imperioso integrar al proceso de tutela a dicha entidad. Tal y como quedó establecido en el reciente Auto 294 de 2016³⁹ en el que precisamente se anuló la sentencia T-404 de 2015, ya que el resolutivo se dirigía enteramente a que el cumplimiento del amparo y pago de las prestaciones sociales adeudadas debía ser asumido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cartera que no fue vinculada al proceso. De dicho pronunciamiento de Sala Plena se destaca lo siguiente:

“Sin embargo, el deber de vincular a las entidades públicas que sean partes o terceros interesados en el trámite de tutela, no puede convertirse en una prohibición para que el juez ordene a autoridades oficiales no vinculadas el cumplimiento de un deber legal, para garantizar los derechos fundamentales:

7.1. Las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y los jueces de tutela pueden proferir órdenes para que autoridades públicas no vinculadas ejerzan facultades jurídicas que les son propias, inclusive si su ejercicio tiene algún tipo de efectos sobre individuos que no

³⁸ Se verificó en el Registro Único de Afiliados del Sistema Integral de Información de la Protección Social – RUAF que la accionante Enna Vanessa Guaza Angulo reporta lo siguiente:

Afiliaciones a Pensiones	Esta persona no tiene afiliaciones a Pensiones	Fecha de Corte: 14/10/2016
Afiliaciones a Riesgos Laborales	Esta persona no tiene afiliaciones a Riesgos Laborales	Fecha de Corte: 14/10/2016
Afiliaciones a Cesantías	Esta persona no tiene afiliaciones a Cesantías	Fecha de Corte: 14/10/2016

<http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>

³⁹ MP. María Victoria Calle Correa.

participaron en el trámite. Por ejemplo, en el auto 193 de 2011 decidió no anular la sentencia T-210 de 2010, la cual había sido cuestionada por un tercero con fundamento en que, sin haber sido vinculado, fue afectado por las órdenes impartidas en la decisión. En esencia, cuestionaba que se hubiera dado a una autoridad pública la orden de repetir contra ese tercero. Al declarar impróspera la nulidad, la Corte sostuvo que a un tercero no se le vulnera el debido proceso si no se lo vincula a un proceso de tutela, y el juez ordena a una autoridad repetir en su contra o le compulsa copias para adelantar competencias sancionatorias o de supervigilancia”

52. Adicionalmente a que no siempre es necesario vincular a un tercero interesado cuando la orden que se centra en el cumplimiento de un deber legal, la jurisprudencia en sede de revisión, según lo expuesto en el último párrafo del numeral 36, ha exhortado al ente de control, inspección y vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar, para que dentro del ámbito de su competencia adopte los correctivos necesarios para que conductas como las conocidas como vulneradoras de derechos fundamentales no vuelvan a presentarse. Por estas razones se ordenará a la Superintendencia del Subsidio Familiar que revise los lineamientos que actualmente aplica Comfandi en la admisión de sujetos de especial protección en su calidad de beneficiarios del subsidio familiar, en especial, la acreditación del estado de invalidez mediante el dictamen de invalidez proferido por alguna de las juntas de calificación de invalidez.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

53. En esta oportunidad le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfandi vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de la población con discapacidad (CP. 13 y 47) de Enna Vanessa Guaza Angulo al negar su afiliación del año 2016 en calidad de beneficiaria del subsidio familiar, como consecuencia de no haber aportado un dictamen de la PCL proferido específicamente por una Junta de Calificación de Invalidez.

54. Como resultado de las reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

- (i) La interpretación jurisprudencial del mandato de trato igual comporta una especial obligación de protección para las personas en condición de discapacidad y conforme a la doctrina del enfoque *social* acogida por la Corte Constitucional en las sentencias C-458 de 2015 y C-182 de 2016⁴⁰ el entorno debe adaptarse a las necesidades de la persona con discapacidad y en lo posible se debe ofrecer a este grupo de especial protección las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha condición.

⁴⁰ Ambas con ponencia de la Mg. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- (ii) El subsidio familiar ya sea en su modalidad de dinero, especie o servicios pertenece al núcleo familiar del beneficiario en cuyo favor se causa. Dicho apoyo es considerado por la jurisprudencia como una forma de protección a la familia en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución; y en ese sentido las Cajas de Compensación Familiar en su calidad de personas jurídicas de derecho privado que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y administradoras de recursos públicos de naturaleza parafiscal, no pueden discriminar a miembros de la familia con derecho a afiliación con base en tecnicismos o trámites administrativos internos; incluso, cuando por cuenta del cumplimiento de las directrices de su ente vigilante -Superintendencia de Subsidio Familiar- resulta necesario inaplicar las directrices discriminatorias, siendo necesario exhortar al ente de control, inspección y vigilancia para que revise los lineamientos internos de la accionada Comfandi.
- (iii) El alcance del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 por medio del cual se definen las características que debe cumplir un afiliado para ser considerado *inválido* al superar el 50% de la pérdida de capacidad laboral, y el artículo 41 de esa misma ley, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 con el que se determina el trámite de calificación y las entidades encargadas de dicha valoración, entre otros aspectos, se enmarca en el contexto de una persona que está en condiciones de reclamar la pensión de invalidez, es decir, se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social, sufrió una PCL superior al 50% y cuenta en principio con 50 semanas de cotización 3 años antes de la estructuración de la invalidez.
- (iv) Para la determinación de la condición de beneficiario del subsidio previsto en el numeral 4, del artículo 3 de la Ley 789 de 2002 se requiere acreditar: a) el vínculo de hijo *inválido* o, b) que, teniendo esa misma calidad, en razón de la discapacidad física, no pueda trabajar. Frente al primero, al no existir norma legal expresa que regule la invalidez para efectos del subsidio familiar, su cumplimiento deberá efectuarse acorde con el enfoque *social* y así constatar la invalidez por medio de algún medio idóneo, como por ejemplo la calificación de la PCL que efectúan las EPS. Y respecto del segundo, mediante el certificado que expidan las entidades promotoras de salud donde conste la imposibilidad física de desempeñar una profesión u oficio.

55. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluye que se deben tutelar los derechos fundamentales a la igualdad de la población en condición de discapacidad de Enna Vanessa Guaza Angulo, toda vez que en este caso, su madre al momento de inscribirla como afiliada para el año 2016 en calidad de hija inválida o en situación de discapacidad aportó: (i) Certificado de la Pérdida de Capacidad Laboral del 75,58% y (ii) Certificado de Discapacidad Permanente por RM Severo desde el tercer (3) mes de vida, sin que se reportara afiliación a la AFP o ARL alguna. Pese a que en el 2015 fue beneficiaria del subsidio monetario recibido a partir de junio de 2015 y para el

2016 le fue rechazada la afiliación, al exigir en esta ocasión, una calificación especial de la invalidez.

56. En razón de lo anterior, se dispondrá por esta Corporación la afiliación de la tutelante como beneficiaria, el pago de la cuota doble dejada de percibir desde febrero de 2016 hasta el momento de la notificación de esta providencia, y se exhortará a la Superintendencia del Subsidio Familiar, en cumplimiento de un deber legal, para que revise las políticas de afiliación de los hijos en situación de discapacidad de Comfandi, con miras a que este tipo de conductas no se vuelvan a repetir. También se advertirá a Comfandi que en vinculaciones futuras de Damaris Angulo Solís, se abstenga de requerir una calificación especial para el caso de su hija Enna Vanessa Guaza Angulo.

57. Por tanto, la Sala revocará el fallo de tutela del siete (7) de marzo de dos mil dieciséis (2016) proferido por el Juzgado 23 Penal Municipal con función de Depuración de Cali (Valle), a través del cual se declaró improcedente el amparo solicitado por la agente oficiosa de Enna Vanessa Guaza Angulo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado 23 Penal Municipal con función de Depuración de Cali (Valle) del 7 de marzo de 2016, por medio de la cual se declaró improcedente el amparo. En su lugar, **TUTELAR** el derecho a la igualdad de la población en situación de discapacidad de Enna Vanessa Guaza Angulo.

Segundo.- ORDENAR a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfandi, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, afilie en calidad de beneficiaria a la accionante y en consecuencia, de inmediato proceda a cancelar las cuotas dejadas de percibir desde febrero de 2016 hasta la actualidad.

Tercero.- ORDENAR a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfandi, que se abstenga de solicitar en futuras afiliaciones de Enna Vanessa Guaza Angulo documentos o requisitos especiales para acreditar el estado de invalidez o la situación de discapacidad física.

Cuarto.- EXHORTAR a la Superintendencia del Subsidio Familiar para que dentro del ámbito de su competencia revise las políticas de afiliación de los hijos en situación de discapacidad de la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfandi, con miras a que este tipo de conductas no se

vuelvan a repetir. Por lo anterior, se **ORDENA** a la Secretaría General de la Corte Constitucional que remita copia a dicha entidad de este proveído.

Quinto.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
En comisión

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General