



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., octubre cuatro (4) de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN NÚMERO: 66001-23-33-000-2017-00454-01

ACTORA: LUIS FERNANDO BAENA MEJÍA

DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE TRABAJO, SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFAMILIAR RISARALDA

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandante, en contra del fallo del 18 de agosto de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda que decidió:

“1. RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Fernando Baena Mejía frente a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la Superintendencia Delegada para la Responsabilidad Administrativa y Medidas Especiales de la Superintendencia del Subsidio Familiar, la Caja de Compensación Familiar de Risaralda - Comfamiliar Risaralda; y la Nación - Ministerio de Trabajo, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia. (...)”

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor Luis Fernando Baena Mejía, actuando en nombre propio, ejerció acción de tutela en contra de la Nación, el Ministerio de Trabajo, la Superintendencia de Subsidio Familia y la Caja de



Compensación Familiar de Risaralda - Comfamiliar Risaralda, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la decisión proferida por la Superintendencia de Subsidio Familiar del 26 de julio de 2017 en la que no se le autoriza para ejercer el cargo de representante de los trabajadores en el Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar Comfamiliar Risaralda.

En consecuencia, solicitó que se ordenara a la Superintendencia de Subsidio Familiar que le autorice el ejercicio del cargo como consejero directivo en representación de los trabajadores no sindicalizados ante la caja de compensación familiar, esto es, que se de cumplimiento a la Resolución 1414 de 2017 del Ministerio de Trabajo.

Además, pretende que mediante este mecanismo judicial se declare la excepción de inconstitucionalidad del Concepto 1240000 del 1 de agosto de 2007, proferido por el Ministerio de Trabajo y se dejen sin efectos todos los actos administrativos emitidos por las entidades demandadas.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Adujo que el Consejo Directivo de las cajas de compensación familiar está integrado por 10 miembros con sus respectivos suplentes, de los cuales 5 son los representantes de los trabajadores. Estos son elegidos por el Ministerio de Trabajo de las listas que presentan las centrales obreras con personería jurídica reconocida y las cajas de compensación familiar.

Indicó que la Resolución 161 de 2004 del Ministerio de Trabajo establece el procedimiento para la postulación y la designación de los representantes de los trabajadores no sindicalizados y en esta se estipula que, para ejercer dicho cargo, es necesario que la persona sea trabajador y esté afiliado a la caja de compensación correspondiente.



Manifestó que es trabajador de la empresa César Augusto Velásquez Toro, con NIT 10.114.484, vinculado mediante un contrato de trabajo a término fijo desde el 14 de febrero de 2013.

Mencionó que su contrato de trabajo se encuentra vigente y está afiliado a la Caja de Compensación Familiar Comfamiliar Risaralda.

Precisó que Comfamiliar Risaralda realizó una convocatoria para escoger los representantes de los trabajadores no sindicalizados en el mes de febrero de 2017, mediante publicación realizada en un medio de comunicación regional.

Señaló que se presentó a dicha convocatoria y, con todos los documentos necesarios, remitió la certificación proferida por el secretario general de Comfamiliar Risaralda, en la que se informó que a la fecha no se tenía conocimiento de inhabilidad o incompatibilidad que le impidiera presentar su hoja de vida para representar a los trabajadores no sindicalizados ante su consejo directivo.

Advirtió que el 7 de abril de 2017 el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución 1414, por medio de la cual se designan los trabajadores ante el consejo directivo de la Caja de Compensación Familiar de Risaralda. En este acto administrativo su nombre aparece mencionado.

Destacó que, el día 8 de junio de 2017, el superintendente delegado para la Responsabilidad Administrativa y las Medidas Especiales de la Superintendencia de Subsidio Familiar solicitó información al director administrativo de Comfamiliar Risaralda sobre cada uno de los representantes de los trabajadores designados para conformar el consejo directivo de dicha caja mediante la Resolución 1414 de 2017.

Explicó que la Superintendencia de Subsidio Familiar dirigió al director administrativo de Comfamiliar Risaralda una comunicación en la que no lo autoriza para ejercer el cargo como consejero



directivo ante dicha caja de compensación por ostentar la calidad de pensionado.

Indicó que esta decisión se basó en que una persona que devnga una pensión no puede estar vinculada mediante un contrato de trabajo porque, de conformidad con la normatividad vigente y con el concepto 124000 del 1 de agosto de 2007 del Ministerio de Trabajo, los trabajadores deben estar afiliados a salud y pensión y esto no es viable para los pensionados.

3. Fundamento de la petición

Mencionó que en la convocatoria realizada por la Caja de Compensación Familiar no se enunció como requisito para la postulación la exigencia de no ser pensionado ni está dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Decreto 2463 de 1981.

Alegó que la decisión de no autorizar el ejercicio del cargo en el consejo directivo de Comfamiliar Risaralda adoptada por la Superintendencia de Subsidio Familiar no le fue notificada por lo que no pudo interponer los recursos procedentes y, en consecuencia, se le vulneró su derecho al debido proceso.

Precisó que el cumplimiento de los requisitos para postularse al consejo directivo de la caja de compensación familiar fue verificado por el Ministerio de Trabajo, mediante la Resolución 1414 de 2017, decisión que no podía ser desconocida por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Inicialmente, la tutela fue asignada al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, autoridad judicial que remitió la demanda interpuesta por carecer de competencia, toda vez que una de las autoridades demandadas es una entidad estatal del orden nacional y, por tanto, los jueces competentes son los tribunales superiores de distrito judicial, los administrativos y los consejos seccionales de la judicatura.



Una vez remitido el expediente, a través de auto del 4 de agosto de 2017, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la acción de tutela y ordenó notificar el inicio de la actuación al superintendente del Subsidio Familiar, al superintendente Delegado para la Responsabilidad Administrativa y Medidas Especiales de la Superintendencia de Subsidio Familiar, al director administrativo de la caja de compensación familiar Comfamiliar Risaralda y a la ministra de Trabajo¹.

Además de lo anterior, negó la medida provisional solicitada por el demandante.

5. Argumentos de Defensa

5.1. Comfamiliar Risaralda

La caja de compensación familiar Comfamiliar Risaralda, a través del secretario general, rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Indicó que el consejo directivo de la caja Comfamiliar Risaralda está conformado por 10 miembros principales y suplentes, de los cuales 5 son nombrados por la asamblea general ordinaria de afiliados, en representación de los empleadores, y los otros 5 son designados por el Ministerio de Trabajo en forma autónoma y de las hojas de vida que son remitidas por las diferentes centrales obreras y por los trabajadores no sindicalizados, previa convocatoria.

Alegó que Comfamiliar Risaralda no tiene ninguna injerencia en la elección de los consejeros y su participación se limita a citar a los elegidos a la asamblea, previa notificación de la aprobación por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Advirtió que, en el caso en estudio, el Ministerio de Trabajo profirió la Resolución 1414 de 2017, se adelantó el procedimiento para el reconocimiento y registro que hace la Superintendencia de Subsidio Familiar para que el nombramiento tuviera validez y, posteriormente, se notificó a los representantes de los trabajadores elegidos.

¹ Folios 94 a 96 del expediente.



Precisó que como la Superintendencia de Subsidio Familiar no autorizó la elección del demandante, se le comunicó a la señora Luz Andrea Montoya Álvarez, quien figuraba como suplente del señor Baena Mejía, que se le citaría a las asambleas como suplente hasta tanto dicha situación no fuera resuelta por el Ministerio de Trabajo.

5.2. Ministerio de Trabajo

El Ministerio de Trabajo, a través de la jefe de la Oficina Jurídica, rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Precisó que no está legitimada en la causa por pasiva toda vez que no es la entidad facultada para autorizar el ejercicio del cargo del actor en el consejo directivo de la Caja de Compensación Familiar de Risaralda y, por ende, no ha desconocido o vulnerado los derechos fundamentales del demandante.

Señaló que, además, la solicitud de amparo no es procedente ya que para resolver la controversia suscitada proceden otros mecanismos de defensa ordinarios apropiados, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Explicó que dentro del trámite de la elección de los miembros del consejo directivo de las cajas de compensación familiar dicha cartera ministerial profirió un acto administrativo en cumplimiento de sus funciones.

5.3. Superintendencia de Subsidio Familiar

La Superintendencia de Subsidio Familiar, a través su apoderada judicial, rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Manifestó que ejerce el control y vigilancia sobre las cajas de compensación familiar, entidades que son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil.

Explicó que el órgano de dirección y administración de las cajas de compensación están conformado por la asamblea general, el



consejo directivo y el director administrativo. A su vez, el consejo directivo está compuesto por 10 miembros, 5 en representación de los empleadores afiliados y 5 en representación de los trabajadores.

Adujo que para la elección de los miembros del consejo directivo en representación de los trabajadores se debe tener en cuenta la lista que presente, la caja de compensación familiar, en relación con los trabajadores no sindicalizados, y las centrales obreras de los trabajadores sindicalizados.

Destacó que el procedimiento para la designación de los trabajadores se encuentra establecido en las Resoluciones 161 y 1661, ambas de 2004, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo.

Evidenció que si bien el Ministerio de Trabajo designa a los representantes de los trabajadores ante el consejo directivo de las cajas de compensación familiar, estos no pueden ejercer sus funciones hasta tanto la Superintendencia de Subsidio Familiar no emita su concepto mediante un acto administrativo.

Aclaró que en el caso específico del señor Baena Mejía, no se le ha vulnerado el derecho a la igualdad, pues este participó en las mismas condiciones que los otros designados, sin embargo, al momento de la verificación de los requisitos legales se evidenció que no cumplía con los requisitos exigidos por la ley y, por tanto, no podía autorizarse el ejercicio del cargo.

Aseguró que respecto al derecho a elegir y ser elegido, el demandante lo tiene garantizado y es este quien debe hacer uso de ese derecho mediante el cumplimiento de los requisitos legales para ser elegido representante de los trabajadores en el consejo directivo y, en el caso concreto, es un derecho que solo ostentan los trabajadores, no los pensionados.

Señaló que la acción de tutela interpuesta por el señor Baena Mejía es improcedente toda vez que contra las actuaciones administrativas proceden los medios de control que se ejercen ante la jurisdicción contenciosa administrativa y se encuentran



contemplados en el Título III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que, para el caso en estudio, se reducen a dos, el de nulidad y el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Solicitó que se declarara improcedente la presente acción de tutela.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante providencia del 18 de agosto de 2017, rechazó por improcedente el amparo solicitado. Como fundamento de dicha decisión, expresó, en resumen, lo siguiente:

Señaló que la acción de tutela ostenta un carácter subsidiario y no está llamada a reemplazar otros medios judiciales de defensa, ni a ser utilizada de forma alterna a los mismos. Así, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles para el efecto.

Mencionó que, sin embargo, la existencia de otros medios de defensa judicial no excluye *per se* la posibilidad de hacer uso del mecanismo constitucional, como quiera que el juez constitucional debe determinar si los medios alternos con los que cuenta el interesado son aptos, idóneos y eficaces para obtener la protección requerida con la urgencia del caso.

Precisó que, igualmente, debería determinarse si a pesar de existir esos medios de defensa judicial, es viable la acción de tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Explicó que la conformación del consejo directivo está regulada por el artículo 5 de la Ley 21 de 1981, por la cual se modificó el régimen del subsidio familiar.

Consideró que el procedimiento para la designación de los representantes de los trabajadores ante el consejo directivo se estableció en las resoluciones 161 del 29 de enero de 2004 y 1661 del 28 de mayo del mismo año, y dicha normatividad se podía



concluir que el acto administrativo de nombramiento de dichos representantes es un acto complejo, toda vez que surge de la concurrencia de la voluntad de varios entes estatales.

Adujo que, de un lado, es el Ministerio de Trabajo, la autoridad que se encarga de la designación de los representantes de los trabajadores que actuarán ante los diferentes consejos directivos y, de otro, la Superintendencia de Subsidio Familiar, entidad encargada de autorizar a los representantes para que integren el consejo directivo, en atención al pleno cumplimiento de los requisitos legales y de idoneidad exigidos por la ley para el desempeño de estos cargos.

Concluyó que la solicitud de amparo no se instaura por la omisión o la acción de una autoridad pública, sino con miras a dejar sin efecto un acto administrativo complejo de carácter particular, por lo que la presente acción constitucional es improcedente.

Aclaró que esto es así ya que el demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, proceso en el cual podrá solicitar las medidas cautelares correspondientes para la efectividad de la protección de los derechos invocados.

7. La Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el señor Luis Fernando Baena Mejía la impugnó, escrito en el cual afirmó que reiteraba todas pretensiones presentadas en la solicitud inicial.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda de conformidad con los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.



2. Problema jurídico

Corresponde en este caso determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se rechazó la solicitud de amparo por improcedente.

Para el efecto habrá de determinarse si, en el caso en estudio, el demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la obtención de las pretensiones interpuestas por el señor Luis Fernando Baena en la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de tutela.

Esto es, que se dejen sin efectos los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Subsidio Familiar que no autorizaron el ejercicio de las funciones del demandante como miembro del consejo directivo de Comfamiliar Risaralda y, en consecuencia, se dé cumplimiento a la Resolución 1414 de 2017 del Ministerio de Trabajo, mediante la cual se le designó para dicho cargo.

3. Caso concreto

Con la presente solicitud de amparo, el señor Luis Fernando Baena Mejía pretende la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido, los cuales consideró vulnerados con la expedición del oficio del 26 de julio de 2017, mediante el cual la Superintendencia de Subsidio Familiar no autorizó al demandante para ejercer el cargo de miembro del consejo directivo de Comfamiliar Risaralda y por el no cumplimiento de la Resolución 1414 de 2017, por la cual el Ministerio de Trabajo lo designó como representante de los trabajadores ante el consejo directivo de dicha caja de compensación.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Risaralda rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta porque el demandante puede solicitar, mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se dejen sin efectos los actos administrativos que le impiden ejercer el cargo para el que



fue designado por el Ministerio de Trabajo, mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

La anterior decisión se basó en que, de acuerdo con las normas que regulan el funcionamiento de los órganos directivos de las cajas de compensación familiar, para el ejercicio como consejero directivo en representación de los trabajadores se profiere un acto administrativo complejo, el cual está conformado por la designación que realiza el Ministerio de Trabajo y la posterior autorización emitida por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

La parte demandada interpuso la impugnación contra la decisión adoptada en primera instancia, escrito en el cual reiteró los argumentos expuestos en la solicitud inicial.

Con el objeto de desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala tendrá en cuenta el siguiente análisis:

3.1. Improcedencia de la acción de tutela cuando el demandante cuanta con otro mecanismo de defensa judicial

La acción de tutela está consagrada para garantizar derechos fundamentales de las personas cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares, pero su procedencia está supeditada a los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procede, entre otros, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales.

En este caso, la Sala considera que el actor, para que se dejen sin efectos los actos administrativos mediante los cuales no se autorizó el ejercicio del cargo como miembro del consejo directivo de la caja de compensación familia Comfamiliar Risaralda y, en consecuencia, se diera cumplimiento a la Resolución 1414 de 2017, cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales invocados, es decir, acudir ante la jurisdicción



contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., proceso que, tal y como lo manifestó el juez de primera instancia, sí es idóneo para buscar el amparo de derechos fundamentales.

Igualmente, en esos procesos, para lograr una eficaz protección de los derechos fundamentales, el demandante podría solicitar el decreto de las medidas cautelares consagradas en los artículos 229 a 241 del C.P.A.C.A. para, así, evitar la consumación o agravación del daño.

Para determinar la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para dejar sin efectos los actos administrativos que profirió la Superintendencia de Subsidio Familia, con los cuales no se autorizó al señor Luis Fernando Baena Mejía el ejercicio del cargo como consejero directivo de la caja de compensación familiar Comfamiliar Risaralda y, en consecuencia, el cumplimiento de la Resolución 1414 del 7 de abril de 2017, proferida por el Ministerio de Trabajo que designó al demandante como representante de los trabajadores ante el consejo directivo mencionado, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

a. Conformación del consejo directivo de las cajas de compensación familiar:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 1 de la Ley 31 de 1984, los consejos directivos de las cajas de compensación familiar están compuestos por 10 miembros principales y con sus respectivos suplentes integrado así: i) 5 miembros principales con sus respectivos suplentes en representación de los empleadores afiliados; y ii) 5 miembros principales con sus respectivos suplentes en representación de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar.



b. Designación de los representantes de los trabajadores:

Como el caso en estudio se centra en la designación de un trabajador no sindicalizado como miembro del consejo directivo de Comfamiliar Risaralda en representación de los trabajadores, la Sala solo se referirá al procedimiento para designar a estos.

El artículo 52 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 3 de la Ley 31 de 1984 y por el artículo 22 de la Ley 789 de 2002, establece que los representantes de los trabajadores serán escogidos por el Ministerio de Trabajo de listas que presentarán las centrales obreras con personería jurídica reconocida y de los listados enviados por las cajas de compensación de todos los trabajadores beneficiarios no sindicalizados.

Este artículo fue reglamentado a través de las Resoluciones 161 y 1661 de 2004, normatividad que expresamente indicó que en el listado que envía la caja de compensación al Ministerio de Trabajo para que este designe a los representantes de los trabajadores no sindicalizados ante el consejo directivo de dicha caja será así:

“ARTÍCULO 4. El artículo 6º de la Resolución 161 de 2004 quedará así:

ART. 6. Órgano competente para adelantar el proceso de conformación de listas de trabajadores no sindicalizados. Corresponde al consejo directivo de cada caja de compensación familiar adelantar el proceso de difusión y publicación del aviso de invitación para la postulación de candidatos y, posteriormente, remitir los correspondientes listados de trabajadores no sindicalizados que se presentaron a la respectiva convocatoria, acompañados de los documentos soportes de la convocatoria realizada, proceso interno adoptado para convocatoria, publicación, difusión y remisión de listados de aspirantes y actas de cierre de convocatoria.

(...)

ARTÍCULO 5º. El artículo 7º de la Resolución 161 de 2004 quedará así:



ARTÍCULO 7º. Reglas mínimas para el proceso de conformación de listas de trabajadores no sindicalizados. El consejo directivo de cada caja de compensación familiar determinará el proceso interno para efectos de la convocatoria, publicación y remisión de listas de postulados, el cual deberá ser conocido previamente por los aspirantes y deberá tener en cuenta como mínimo los siguientes aspectos:

1. Que se garantice la posibilidad de participación en condiciones de igualdad a la totalidad de trabajadores no sindicalizados que presten sus servicios en las empresas afiliadas a la respectiva caja.
2. Verificar que los candidatos postulados no estén incurso en eventuales causales previstas en el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades a que se refiere el Decreto-Ley 2463 de 1981, **sin perjuicio de la función asignada a la Superintendencia del Subsidio Familiar en el numeral 19 del artículo 7º del Decreto-Ley 2150 de 1992.**
3. Impartir precisas instrucciones al director administrativo para la divulgación del proceso y motivación al interior de las empresas afiliadas.

PARÁGRAFO. De conformidad con la Circular 15 de 1999 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar, en el evento de presentarse a la convocatoria trabajadores vinculados a empresas que estén en mora en el pago de aportes, aquellos deberán demostrar de alguna manera que han gestionado acciones para que la empresa se ponga al día en las obligaciones pendientes".

ARTÍCULO 6º. El artículo 10 de la Resolución 161 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 10. Designación de representantes. El Ministerio de la Protección Social dispondrá de treinta (30) días hábiles, contados a partir del recibo de las listas junto con sus correspondientes anexos, para pronunciarse sobre la designación de consejeros, procediendo de inmediato a comunicarles su designación, siempre y cuando se allegue en forma completa la documentación, conforme a lo previsto en la presente resolución.



(...)" (Negrillas fuera de texto).

Bajo la anterior normatividad, es claro que si bien la designación de los miembros del consejo directivo de las cajas de compensación familiar radica en cabeza del Ministerio de Trabajo, la verificación de que los candidatos postulados no estén incurso en eventuales causales previstas en el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, que realiza dicha cartera ministerial, es sin perjuicio de la función asignada a la Superintendencia del Subsidio Familiar en el numeral 19 del artículo 7 del Decreto-Ley 2150 de 1992.

La función a la que se refería el numeral 19 del artículo 7 del Decreto Ley 2150 de 1992 era la de comprobar que el director administrativo y los consejeros directivos de los entes vigilados por la Superintendencia de Subsidio familiar reúnan los requisitos legales y de idoneidad exigidos por la ley para el desempeño de estos cargos.

Sin embargo, este artículo fue subrogado por el artículo 5 del Decreto 2595 de 2012, el cual establece las funciones del superintendente de subsidio familiar, entre las que se encuentra la de verificar que los miembros de los consejos directivos reúnan los requisitos legales y de idoneidad exigidos por la ley para el desempeño de estos cargos.

La norma mencionada establece textualmente:

“Artículo 5°. Funciones del Despacho del Superintendente del Subsidio Familiar. Son funciones del Despacho del Superintendente del Subsidio Familiar las siguientes:

(...)

15. Verificar que los miembros de los Consejos Directivos, el Director Administrativo, el Revisor Fiscal y sus suplentes de las Cajas de Compensación Familiar, reúnan los requisitos legales y de idoneidad exigidos por la ley para el desempeño de estos cargos. (...) (Negrillas fuera de texto).



En atención a la normatividad aplicable al caso en estudio, para la Sala es claro que el procedimiento para la designación y el ejercicio de las funciones correspondientes a los miembros del consejo directivo de las cajas de compensación familiar requiere de la expedición de por lo menos 2 actos administrativos, a saber:

1. El acto administrativo expedido por el Ministerio de Trabajo el cual designa a los representantes de los trabajadores no sindicalizados de las listas que envía cada una de las cajas de compensación familiar, y
2. El acto administrativo proferido por el Superintendente de Subsidio Familiar, entidad que verifica que los miembros del consejo directivo de las cajas de compensación familiar reúnan los requisitos legales y de idoneidad exigidos por la ley para ejercer dicho cargo.

Por lo anterior, cualquier pretensión que busque dejar sin efectos la decisión adoptada por el Ministerio de Trabajo o por la Superintendencia de Subsidio Familiar, en relación con la designación como miembro del consejo directivo de las cajas de compensación familiar y la autorización para el ejercicio de dicho cargo, implica el estudio de legalidad de dichos actos administrativos.

c. Designación del señor Luis Fernando Baena Mejía y la correspondiente autorización para ejercer el cargo:

En el caso en estudio, la parte demandante solicita dejar sin efectos todos los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia de Subsidio Familiar no autorizó que el señor Baena Mejía ejerciera el cargo como representante de los trabajadores no sindicalizados, ante el consejo directivo de Comfamiliar Risaralda, es decir, el Oficio con referencia 1-201-007007 Exp. 21/2017/RCC, visible en el folio 44 del expediente.

Esto porque considera que dicho acto administrativo vulnera sus derechos fundamentales puesto que el Ministerio de Trabajo lo designó en dicho cargo mediante la Resolución 1414 de 2017,



luego de verificar que no se encontraba incurso en ninguna inhabilidad e incompatibilidad.

Bajo las directrices legales y fácticas, se concluye que en el caso en estudio el demandante pretende que se determine la constitucionalidad y la legalidad de un acto administrativo expedido por la Superintendencia de Subsidio Familiar porque, a su juicio, este le vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido, petición que puede ser dirimida por la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior lleva consigo que se declare la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por cuanto no cumple con el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad, tal y como lo indicó el Tribunal Administrativo de Risaralda en el fallo impugnado.

Así las cosas, en atención a los argumentos expuestos por la Sala, resulta evidente que en el *sub examine* no procede la intervención del juez constitucional, por cuanto el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para lograr dejar sin efectos los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Subsidio Familiar y, en consecuencia, para que se dé cumplimiento a la Resolución 1414 del 7 de abril de 2017.

3.2. Vulneración al derecho fundamental al debido proceso por omisión en la notificación

Por último, es del caso resolver la presunta vulneración del derecho al debido proceso alegado por el demandante por la no notificación del Oficio de referencia 1-2017-007007 Exp. 21/2017/RCC, acto mediante el cual no se autorizó el ejercicio del cargo como consejero directivo en representación de los trabajadores al señor Luis Fernando Baena Mejía.

El derecho al debido proceso administrativo ha sido definido por la Corte Constitucional² como *“el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el*

² Sentencia T-051 del 10 de febrero de 2016. Magistrado ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, que guardan relación directa o indirecta entre sí, y cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”.

Este derecho busca garantizar que los administrados puedan ser oídos durante las actuaciones, que la notificación de las decisiones sea oportuna y de conformidad con la ley, que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas y por la autoridad competente, que se respeten las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, que se permita el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción y que las decisiones adoptadas puedan impugnarse o promover contra ellas los diferentes medios de control.

En la actuación administrativa objeto del presente pronunciamiento el Ministerio de Trabajo, mediante la Resolución 1414 de 2017 decidió designar a Luis Fernando Baena Mejía como miembro del consejo directivo de la Caja de Compensación Familiar Comfamiliar Risaralda, en representación de los trabajadores y, además, ordenó remitir la lista de los designados a la Superintendencia de Subsidio Familiar para la correspondiente autorización.

Posteriormente, la Superintendencia Delegada para la Responsabilidad Administrativa y las Medidas Especiales de la Superintendencia de Subsidio Familiar, mediante el Oficio de referencia 1-2017-007007 Exp. 21/2017/RCC del 26 de julio de 2017, decidió no autorizar el ejercicio del cargo del señor Baena Mejía como representante de los trabajadores ante el Consejo Directivo de Comfamiliar Risaralda, por cuanto este ostenta la calidad de pensionado y, por tanto, no debería estar vinculado mediante un contrato de trabajo ya que su afiliación al sistema de seguridad social integral no sería posible.

Este acto fue dirigido al director administrativo de Comfamiliar Risaralda y comunicado al Ministerio de Trabajo, pero en el expediente no obra prueba de que fuera notificado en debida forma al señor Luis Fernando Baena Mejía.



Para la Sala este acto administrativo debía haber sido notificado al demandante, toda vez que después de emitida la autorización podría ejercer el cargo para el que fue designado, expectativa que quedó frustrada con la decisión adoptada por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Por todo lo expuesto, en el caso en estudio es necesario que la Sala adicione el fallo proferido en primera instancia para ordenar a la Superintendencia de Subsidio Familiar notifique en debida forma al señor Luis Fernando Baena Mejía el Oficio de referencia 1-2017-007007 Exp. 21/2017/RCC del 26 de julio de 2017, con base en las normas contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, toda vez que este hace parte del acto complejo de designación y nombramiento del cargo en el consejo directivo de Comfamiliar Risaralda como representante de los trabajadores no sindicalizados y, para la Sala, la no notificación de las decisiones adoptadas en relación con la no autorización del ejercicio del cargo para el que fue designado vulnera el derecho fundamental al debido proceso administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Adiciónase a la sentencia del 18 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en el sentido de amparar el derecho fundamental al debido proceso del demandante. En consecuencia, ordénase a la Superintendencia de Subsidio Familiar que notifique personalmente el de referencia 1-2017-007007 Exp. 21/2017/RCC del 26 de julio de 2017, de acuerdo con la normatividad del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



SEGUNDO: Confírmase la sentencia del 18 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

