



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE
ANTIOQUIA

SALA PRIMERA DE ORALIDAD

MAGISTRADO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Medellín, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2.021)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.
PROCEDENCIA:	JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.
INSTANCIA:	SEGUNDA
SENTENCIA:	SPO-95-AP.

TEMA: RECONOCIMIENTO DE NIVELACIÓN SALARIAL- DEFENSORES DE FAMILIA.
Ausencia de vulneración del principio constitucional "a igual trabajo salario igual"- Carga de la prueba. **CONFIRMA SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Medellín, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2.017), mediante la cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ, obrando por medio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF-, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo y con el fin de que se acceda a las siguientes:

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

PRETENSIONES

- 1.** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 2015-127814-101 del 13 de abril de 2.015, proferido por la Directora de Gestión Humana del ICBF, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional surgida entre la fecha de posesión al cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 y la del ejercicio del mismo cargo, pero en grado inferior, es decir, grado 15.
- 2.** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de \$14.012.208, por concepto de las diferencias salariales y prestacionales causadas entre el 9 de septiembre de 2.010 (sic), fecha en la que inició el ejercicio del cargo de Defensor de Familia Código 2125, grado 15 y el 9 de septiembre de 2.013, momento en que tomó posesión del cargo que ejerció bajo la misma denominación en grado 17.
- 3.** Que se reconozca y pague el reajuste de todos los factores salariales, prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenga derecho con ocasión a la nivelación salarial solicitada.
- 4.** Que se ordene la actualización de las sumas reconocidas de conformidad a lo establecido en el inciso final del artículo 187 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- 5.** Que se dé cumplimiento a la sentencia según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- 6.** Igualmente pretende el pago de los intereses de mora conforme al artículo 192 del CPACA.
- 7.** Que se condene en costas a la parte demandada.

HECHOS

La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

La señora LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ fue nombrada por parte del ICBF el 1 de febrero de 2.010 en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 15 y en actualmente se desempeña en el empleo de Defensor de Familia, -código 2125-, grado 17, del cual tomó posesión el 10 de septiembre de 2.013.

Que, durante el tiempo de vinculación con la entidad, siempre ha ejercido las funciones de defensor de familia señaladas en el Código del Menor, Código de infancia y Adolescencia y demás normas concordantes.

Que, a partir del 1 de septiembre de 2.013, fecha en la que entró en vigor el Decreto 1863 del 29 de agosto de 2.013, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se suprimió mediante el artículo 1 el cargo de Defensor de Familia, Grados 20, 19, 18, 16, 15, 11 y 9, y a través del artículo 2 se estableció la equivalencia o nivelación de estos al de Defensor de Familia- código 2125, grado 17.

Que, en la medida en que factores como la identificación, el propósito principal, la descripción de las funciones esenciales, las contribuciones individuales, los conocimientos esenciales y los estudios requeridos para los Defensores de Familia -código 2125- grado 17, eran los mismos que para los grados 9, 11, 13 y 15, la demandante tiene derecho a la nivelación salarial en comparación con el salario que percibían los Defensores de Familia -código 2125-, grado 17.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto del 06 de octubre de 2.016 y notificada en debida forma a las partes. La parte demandada contestó dentro de la oportunidad procesal.

En el escrito de contestación, la entidad demandada, solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda y se pronunció sobre los hechos, manifestando que el Decreto 1863 de 2.013 determinó que a partir de su expedición el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, únicamente correspondería al grado 17. Sin embargo, indica que existieron actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional organizando el sistema

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

de nomenclatura y clasificación de empleos, dentro de los cuales se señalaron los diferentes grados para el cargo de Defensor de Familia, los cuales no fueron anulados, situación que le da plena validez a los actos administrativos expedidos con base en tales decretos.

Indicó que la estratificación de remuneraciones para los diferentes grados se encuentra contenida en normas de carácter general, impersonal y abstracto proferidas por el Gobierno Nacional y no por el ICBF, por lo que dicha normatividad es aplicable a todos los empleados que desempeñan funciones públicas.

Argumenta que, la discriminación salarial se debe analizar en cada caso, a partir de una integra valoración probatoria de calidades y funciones ejecutadas por el servidor publico, sin olvidar que no solamente la ejecución de funciones, fija el grado salarial. Manifiesta que no se evidencia la existencia de elementos que demuestren que las funciones que usualmente desempeñaba la demandante eran idénticas a las que ejercían los profesionales en función del cargo frente al cual se reclama la nivelación salarial.

Indica que, la promulgación de la Ley 1098 de 2.006, no puede favorecer retroactivamente a los profesionales, pues no es el objetivo del legislador ni de la naturaleza legal de las normas, las cuales producen efectos a futuro.

Propuso como excepción previa, la caducidad de la acción al considerar que el memorando 2015-12814-0101, negó además del reconocimiento diferencial salarial, prestaciones de carácter no periódico como primas, cesantías, vacaciones y demás, por lo que aplica el literal D del numeral 2 del artículo 164 CPACA y al haber presentado la demanda por fuera de los 4 meses que habla la norma, ya había operado el fenómeno de caducidad frente a esas prestaciones.

Por otro lado, formuló como excepciones de mérito, las de **falta de legitimación en la causa por pasiva sustancial**, al existir actos administrativos expedidos de forma posterior al Decreto 1863 de 2.013 por el Gobierno Nacional que señalaron diferentes grados para el cargo de Defensor de Familia, otorgándole plena validez a los actos expedidos con

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

base en tales decretos; **legalidad del acto administrativo**, al considerar que el acto administrativo fue expedido con base a la Ley y con el lleno de los requisitos; y, **prescripción de lo reclamado**, debido a que la omisión de reclamo dentro de los 3 años en que se hace exigible el derecho hace prescribir los derechos alegados en favor de la demandante.

La audiencia inicial, se llevó a cabo el 24 de abril de 2.018, en ella, se declaró no probada la excepción de caducidad, decisión que fue apelada por la parte demandada y confirmada por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 24 de mayo de 2.017.

En consideración a que el recurso fue concedido en el efecto suspensivo, solo hasta el 04 de julio de 2.017 se reanudó la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas allegadas por las partes, se decretó la práctica de las pruebas documentales solicitadas por la parte demandante. Una vez puestas en conocimiento las pruebas decretadas, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión y finalmente, se dictó sentencia en la que se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la demandante.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2.017, negó las súplicas de la demanda, al considerar que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, ni se demostró por la parte actora el posible trato desigual que permitiera dar aplicación al principio "*a igual trabajo salario igual*".

El *a quo* consideró aplicable la postura asumida por la Sección Segunda de la Subsección B del Consejo de Estado, al no existir prueba que permitiera inferir que la actora en su calidad de Defensor de Familia- código 2125-, grado 15, ejercía las funciones correspondientes al Defensor de Familia- código 2125- grado 17, que podrían configurar un trato diferenciado.

Indicó, además, que compartía el criterio establecido en sentencia del 12 de octubre de 2.016 proferida por el Consejo de Estado, en la cual, a propósito

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

de un caso similar, estimó que al acceder a las pretensiones de la demanda, se vulneraría el derecho a la igualdad de los defensores de familia que superaron todas las etapas para acceder a la carrera administrativa para el cargo de Defensor de Familia -código 2125, grado 17, ya que otra persona nombrada provisionalmente en un grado inferior terminaría mediante una sentencia recibiendo igual asignación al cargo previamente enunciado, desnaturalizando el sistema de méritos.

Declaró probadas las excepciones de legalidad del acto administrativo e inexistencia de la violación de normas constitucionales y legales en las que se fundó el mismo acto, y finalmente, condenó en costas a la demandante.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la decisión adoptada, manifestando que contrario a lo indicado por el *a quo*, sí existe prueba de la desigualdad salarial existente entre el cargo que ejerce la actora y la del grado 17 que desempeñan otros defensores de familia.

Resalta que los supuestos jurídicos en los que se fundamenta la demanda fueron aportados y expresados de manera oportuna al expediente y que los presupuestos para la nivelación salarial pretendida se dan, teniendo en cuenta que la actora ejecuta la misma labor y tiene igual preparación, denominación laboral, horario y responsabilidades a las del cargo en grado 17.

Pone de presente que dentro del proceso existe tanto prueba formal como material sobre la diferencia salarial. Señala que, como prueba formal, se tienen los decretos y normas (Ley 1098 de 2.008 y la Resolución N°1542 del 12 julio de 2.007) que establecen idénticas funciones para los defensores de familia independiente del grado y, como prueba material, manifiesta que se debe partir del hecho de que si el defensor de familia fue nombrado y postulado en el cargo es porque cumple a cabalidad los requisitos y funciones del cargo, sin que sea posible suponer que cada defensor ejerce funciones diferentes a las enunciadas en la ley y el Manual Específico de Funciones de la entidad.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

Indica que, en un caso similar, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, en Sentencia proferida el 31 de marzo de 2.011 dentro del proceso con radicado N°73001-33-31-006-2009-00127-00, reconoció la ostensible violación a la igualdad y restableció el derecho, al encontrar que el trato diferencial no perseguía un objetivo constitucionalmente imperioso y al no haberse demostrado la finalidad perseguida con el trato impartido.

Advierte que no se tuvo en cuenta el literal j del artículo 2 de la Ley 4 de 1.992, según el cual para la fijación del régimen salarial de los servidores públicos se debe tener en cuenta el nivel de los cargos, esto, en la medida en que su poderdante desempeña las funciones, requisitos y deberes del cargo de Defensor de Familia en grado 17.

Destaca que, según la Sentencia T-103 de 2.002 de la Corte Constitucional, el trato diferenciado por el establecimiento de los diversos grados de un mismo cargo resulta admisible cuando existe un fin normativo para esto, bien sea por la complejidad o la responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones (elemento normativo). Sin embargo, considera que en el presente caso no se cumple con dicho elemento ya que, si el fin que persigue la clasificación del empleo público es la individualización de estos, cada cargo debe tener funciones y responsabilidades diferentes porque de no ser así, se estaría frente al mismo cargo, situación que ocurre en el presente caso.

Finalmente, hace referencia a diversos procesos iguales que han sido resueltos por juzgados administrativos del circuito de Medellín y por el Tribunal Administrativo de Antioquia y que han sido fallados tanto en primera como en segunda instancia a favor de la parte demandante.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia dictada por el juez de primera instancia y en su lugar, profiera fallo favorable a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, reiterando los argumentos expuestos en las anteriores etapas procesales.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

La parte demandante guardó silencio en esta etapa.

POSICIÓN MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público, Procuradora 112 Judicial Administrativa, no conceptuó en este caso.

Se decidirá la controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar si como lo aduce el recurrente es procedente reconocer la nivelación salarial a la señora Leila Lucia Tamayo Quiroz quien desempeñó como Defensora de Familia del ICBF-código 2125- en grado 15 con menor asignación salarial al mismo cargo en grado 17; O si, por el contrario, le asiste razón al *a quo* al indicar que no es viable dicho reconocimiento, dado que no es posible hacer equiparación entre ambos cargos al no existir elementos probatorios para hacerlo.

Para ello, se hará un recuento normativo del tema y de forma posterior, se hará referencia al desarrollo jurisprudencial vigente en relación con el mismo.

La Ley 4ª de 1.992¹, por la cual se fijan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y se dictan otras disposiciones, en el artículo 2º estableció que el Gobierno Nacional a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, debe tener en cuenta, los siguientes objetivos y criterios:

ARTÍCULO 2º.- *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

¹ "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la *Constitución Política*".

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO: APELACIÓN.
DEMANDANTE: LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO: 05001-33-33-036-2016-00441-03.

(...)

i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;
j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, su responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;
k. El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;

(...)

De igual forma en cuanto al sistema salarial de los servidores públicos, el artículo 2º de la Ley 4 de 1.992, señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 3º.- *El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.*

Por su parte, la Ley 1098 de 2.006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) en el artículo 79 indica que las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y en el artículo 82 determina las funciones del defensor de familia, las cuales se establecieron en iguales términos en la Resolución 1542 de 12 de julio de 2.007 (Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales).

El Presidente de la República, a través del Decreto 1863 de 2.013 suprimió la nomenclatura y clasificación del empleo de Defensor de Familia, código 2125, grados 20, 19, 18, 16, 15, 14, 13, 11 y 9 y, en su lugar, dispuso la equivalencia de dicho empleo en los grados 15,13, 11 y 9 con el grado 17. Igualmente, dentro de este decreto se estableció que el ICBF procedería a efectuar los cambios correspondientes con estricta sujeción a la equivalencia antes enunciada, en la primera nómina de pago siguiente a la fecha de publicación de este decreto.

La Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre los derechos a la igualdad y al trabajo (a trabajo igual salario igual) frente a la nivelación salarial. En efecto, sobre el particular ha establecido que "(...) quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

*la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta*².

No obstante, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

*(...) un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido*³.

Teniendo esto en cuenta, la jurisprudencia constitucional ha estipulado criterios válidos que pueden justificar una diferenciación salarial, señalando entre otros, los siguientes: *"(i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos"*⁴.

De manera análoga, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, frente a los criterios que se tienen en cuenta para fijar la remuneración de los servidores públicos, ha señalado:

*La asignación básica mensual señalada en las normas se define en observancia tanto de las funciones y responsabilidades del empleo como de los requisitos exigidos para su ejercicio según las variables denominación, clase y grado. Las normas señalan como variables de clasificación el nivel, que se divide en directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, auxiliar y operativo y que lo determina la responsabilidad, los requisitos exigidos para su desempeño y la naturaleza especial de su funciones, la denominación, que es la identificación del cargo por los deberes, atribuciones y responsabilidades y el grado, que indica la asignación básica mensual del empleado dentro de la escala salarial progresiva según la complejidad y responsabilidad inherentes al ejercicio de las funciones*⁵.

Ahora, respecto de las funciones desarrolladas por los defensores de familia

² Corte Constitucional, Sentencia de tutela N° 369116 del 12 de julio de 2016; MP: María Victoria Calle Correa.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 15 de agosto de 2013. Radicación: 190012331000200500458 01 (1035-2010). Actor: Celenith Calero De Domínguez.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO: APELACIÓN.
DEMANDANTE: LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO: 05001-33-33-036-2016-00441-03.

y la semejanza de los requisitos exigibles consagrados en el artículo 278 del Decreto 2737 de 1.989 y 80 de la Ley 1098 de 2.006 y su repercusión en la diferenciación en materia salarial, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2.017⁶, indicó:

En este orden de ideas, no puede concluirse que porque los requisitos sean los mismos para desempeñar el cargo de defensor de familia y sus funciones se enlisten de manera general para dicho empleo, se esté frente a una clasificación discriminatoria o sin justificación alguna, puesto que, se repite, el decreto demandado se expidió con fundamento en la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 2.º, como ya se explicó, atiende criterios adicionales como lo son la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales y la naturaleza de las funciones, sus competencias y responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, entre otras.

En otras palabras, tal como se precisó en la sentencia referida, no es dable concluir que por el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones sean iguales en determinados grados, se configure una desigualdad de grado sumo que haga anulable el decreto acusado. Tampoco es viable pregonar una desigualdad en materia salarial en cuanto, esa igualdad que pretende el actor, no se limita simplemente a una similitud numérica "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del orden Nacional y se dictan otras disposiciones" sino a una igualdad real que evidencie un trato semejante a personas que se encuentren bajo unas mismas condiciones laborales, las cuales claramente no se observan entre los distintos defensores de familia.

En la misma providencia, se resaltaron los siguientes aspectos relacionados con el ejercicio de las funciones de los defensores de familia:

Los Defensores de Familia ejercen diversas funciones que oscilan entre la representación judicial y extrajudicial del menor; reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, aprobar conciliaciones, fijación de residencias; cauciones, alimentos, custodia, regulación de visitas, crianza, educación, conceder permisos para salidas del país, presentar denunciar penales, autorizar adopciones, solicitar correcciones del registro civil de nacimiento, solicitar práctica de exámenes en los procesos de filiación, solicitar certificaciones, otorgar autorización para la venta de inmuebles de menores, conocer privativamente de las infracciones a la ley penal, ejercer las funciones de policía señaladas en este Código, emitir conceptos y solicitar práctica de pruebas.

Tales funciones son disímiles y variadas desde el punto de vista de complejidad, experiencia y preparación, demostrándose per-se que los Defensores de Familia cumplen diversas atribuciones que no pueden catalogarse de iguales, siendo indispensable demostrar que la demandante

⁶ En dicha oportunidad el Consejo de Estado se pronunció sobre una demanda de nulidad elevada en contra los artículos 2 y 4 del Decreto 2489 de 25 de julio de 2006, que establecieron el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las instituciones pertenecientes al orden nacional, bajo el argumento de que todos los defensores de Familia se les exigen los mismo requisitos y desempeñan las mismas funciones por lo que no existía razón alguna para hacer diferenciación en códigos, grados y escala salarial.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO: APELACIÓN.
DEMANDANTE: LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO: 05001-33-33-036-2016-00441-03.

tiene asignadas idénticas funciones de las previstas para los Defensores Grado 22. Tal situación es más evidente cuando el numeral 17 del artículo 277 del Decreto 2737 de 1989, estableció que además de las funciones previstas los Defensores de Familia deben cumplir expresamente otras dispuestas en el Código del Menor, la Ley o la Dirección General del ICBF, lo que justifica responsabilidades disímiles y otras atribuciones en el ordenamiento jurídico que serán asignadas por el nominador.

Por otra parte, el Consejo de Estado en un caso similar al aquí planteado⁷ sostuvo lo siguiente:

Ahora bien, en este asunto se probó que la señora María Elena Terán Chaves fue nombrada en el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 15, a través de la Resolución 00925 del 27 de marzo de 2008, cargo del cual tomó posesión el 2 de abril de 2008 (...). Así mismo, que por medio de la Resolución 7636 del 10 de septiembre de 2013, se le nombró en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, a partir del 10 de septiembre de 2013 (...)

(...)

De acuerdo a todo lo anterior, se concluye que los cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grados 13, 15 y 17, se diferencian por los deberes, atribuciones, conocimiento, experiencia y responsabilidades de cada uno de ellos, a pesar de que en la Resolución 1542 de 2007 se haya establecido para ambos las mismas funciones, de manera general, conferidas al Defensor de Familia en el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 ; pero esas mismas funciones remiten a otras codificaciones donde se establecen otros aspectos que complementan las establecidas en el manual, y es lo que hace la desigualdad. Además, también los distinguen el grado, que como lo define el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978, es "el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, es de recordar que el artículo 167 del Código General del Proceso, dispuso que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", es decir, que obliga a las partes a probar determinados hechos en su propio interés. En el caso de la parte demandante, en el presente asunto, que debe demostrar los hechos en que fundamenta sus pretensiones, no hay prueba que permita inferir que las actoras, como Defensoras de Familia, Código 2125, Grado 13 y 15, ejercen o ejercían las funciones correspondientes al cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 (solo se enuncian pero no se evidencia), que podría configurar un trato diferenciado (...)

De hecho estima la Sala que aunque se encuentren establecidas, en el artículo 82 de la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 y en la Resolución 1542 de 12 de julio de 2007, como ya se dijo, unas funciones generales para el empleo de defensor de familia, no significa eso que todos van ejercerlas por igual, unas para unos y otras para otros, dependiendo, como se ha dicho, de las responsabilidades y de la asignación salarial (...)

Así las cosas, no se encuentra desvirtuada la presunción de

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de abril de 2019, Rad: 52001-23-33-000-2016-00265-01(4375-17), CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

legalidad del Oficio 010767 del 9 de septiembre de 2015 proferido por el ICBF, en el que se niega la solicitud de nivelación salarial y prestacional de las demandantes como Defensoras de Familia, Código 2125, Grados 13 y 15, con el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, en las épocas correspondientes, pues pese a que se trate de un debate constitucional, en la medida en que se alega la vulneración del principio de igualdad, ninguna prueba se trajo para que se pueda establecer el parámetro de comparación a efectos de determinar la citada vulneración, pues no basta citar la norma que establece las funciones y los requisitos, ya que cada Defensor de Familia debe desplegar unas funciones muy diferentes de acuerdo a su especialidad, que debieron ser traídas al debate para verificar una posible diferencia de trato injustificada⁸

En último lugar, es de resaltar que, el criterio previamente expuesto ha sido acogido por otros tribunales administrativos del país, entre otras, en las sentencias del 12 de julio de 2.018⁹ proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca; 25 de julio de 2.019¹⁰ del Tribunal Administrativo del Quindío y 14 de agosto de 2.020 proferida por el Tribunal Administrativo Del Atlántico¹¹.

CASO CONCRETO

Se procede a revisar el caso concreto a la luz de las normas y jurisprudencia citadas.

Del material probatorio que reposa en el expediente se desprende:

Que la señora LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 15, a través de la Resolución 378 de 28 de enero de 2.010 (fl. 178), cargo en el cual tomó posesión el 01 de febrero de 2.010 mediante acta de posesión 0003 de la misma fecha y cuya asignación salarial era \$2.670.861 pesos mensuales.¹²

⁸ El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 1 de marzo de 2018, rad. 17001-23-33-000-2013-00150-01(0408-14) de forma previa había acudido a esta interpretación en un caso de la misma índole, así: "(...) pese a que se trate de un debate constitucional, en la medida en que se alega la vulneración del principio de igualdad, ninguna prueba se trajo para que se pueda establecer el parámetro de comparación a efectos de determinar la citada vulneración, pues no basta con citar la norma que establece las funciones y los requisitos, ya que cada defensor debe desplegar unas funciones muy diferentes de acuerdo a su especialidad, que debieron ser traídas al debate para verificar una posible diferencia de trato injustificada".

⁹ Tribunal Administrativo del Cauca, sentencia 12 de julio de 2.018, MP: David Fernando Ramírez Fajardo, Rad.: 19001-23-33-006-2015-00248-01.

¹⁰ Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Segunda de Decisión, Sentencia del 25 de julio de 2019, MP: Juan Carlos Botina Gómez, Rad.: 63001-3333-003-2015-00158-01.

¹¹ Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral- Sección B, Sentencia del 14 de agosto de 2.020 MP: Luis Eduardo Cerra Jiménez, Rad. 08-001-33-33-013-2018-00229-00-C.

¹² Conforme al acta de posesión 0003 del 01 de febrero de 2.010, proferida por la Directora Regional encargada en Antioquia del ICBF (fl.184).

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

Que por medio de la Resolución 7620 del 10 de septiembre de 2.013, se le nombró en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 17, a partir del 10 de septiembre de 2.013 y con una asignación básica mensual de \$3.461.791 pesos¹³.

Que la Directora de Gestión Humana del ICBF a través de Oficio 2015-127814 del 13 de abril de 2.015¹⁴, negó a la demandante el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales entre lo que devenga en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 15 y lo devengado en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 17.

En concordancia con lo anterior y, de conformidad con los pronunciamientos del Consejo de Estado y el precedente horizontal decantado por otros Tribunales del país, la Sala observa que en el caso objeto de estudio no existe prueba que permita inferir que la parte actora, en el cargo de Defensor de Familia -código 2125-, grado 15 ejercía las mismas funciones que para ese momento correspondían al cargo de Defensor de Familia-código 2125-, grado 17, situación que podría configurar un trato diferenciado y, por tanto, una diferenciación salarial.

Es de anotar que, la parte actora únicamente hizo referencia a las normas atinentes a los requisitos y funciones generales del cargo de defensor de familia, las cuales, a criterio de esta Sala, no bastan para probar que materialmente existía una igualdad de funciones entre ambos cargos.

En criterio de la Sala, el hecho de que el artículo 82 de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2.006 señale unas funciones generales para el empleo de defensor de familia, no implica que todos los funcionarios van a ejercerlas por igual, pues el ejercicio de estas puede atender a criterios adicionales como lo son la complejidad, experiencia, preparación, carga laboral y responsabilidades, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado.

¹³ Según consta en el acta de posesión 000138 del 10 de septiembre de 2013, proferida por el Director Regional del ICBF (fl.188).

¹⁴ Fls. 41-43

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

Del mismo modo, la Sala precisa que el Decreto 1863 de 2.013¹⁵, mediante el cual se equiparó la asignación salarial del Defensor de Familia, código 2125, grados 15,13, 11 y 9 con la del grado 17, moduló su alcance temporal a partir de la fecha de publicación, esto es el 29 de agosto de 2.013. Conforme a lo anterior, solo a partir de esa fecha era procedente reconocer de forma automática la nivelación salarial respecto del cargo de defensor de familia en los grados mencionados al grado 17, por lo que no puede entenderse que dicha modificación favorece con carácter retroactivo a los defensores que venían desempeñándose en cargos que fueron objeto de modificación y mucho menos, puede tenerse por probado el derecho a reclamar la nivelación salarial de un periodo anterior a la fecha en la que entró en vigor con solo invocar dicha norma.

Por otro lado, encuentra la Sala que la demandante fue posesionada en el cargo de Defensor de Familia -código 2125- , grado 17, dentro del plazo establecido por el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1863 de 2013¹⁶ para que el ICBF efectuara la reclasificación de los defensores de familia -código 2125-, conforme a lo estipulado en el mencionado decreto.

De acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso¹⁷, le correspondía a la parte demandante probar el derecho que le asistía para reclamar sus pretensiones y al no haber allegado prueba alguna que demostrara que las funciones que realizaba eran idénticas a las del cargo frente al cual reclamaba nivelación salarial, no se evidenciar la vulneración del principio "*a igual trabajo igual salario*".

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del Juez de primera instancia al declarar probada la excepción de legalidad del acto administrativo y la inexistencia de la violación de normas constitucionales y legales en que se fundó el acto enjuiciado, dado que como antes se indicó, al proceso no se

¹⁵ Mediante este decreto se suprimió la nomenclatura y clasificación del empleo de Defensor de Familia, código 2125, grados 20, 19, 18, 16, 15, 14, 13, 11 y 9 y, en su lugar, dispuso la equivalencia de dicho empleo, grados 15,13, 11 y 9 al grado 17.

¹⁶ PARÁGRAFO. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar procederá a efectuar los cambios correspondientes en la primera nómina de pago siguiente a la fecha de publicación de este decreto, con estricta sujeción a la equivalencia establecida en el presente artículo.

¹⁷ ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO:	APELACIÓN.
DEMANDANTE:	LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO:	05001-33-33-036-2016-00441-03.

allegó prueba alguna que permitiera establecer un parámetro de comparación a efectos de determinar la citada vulneración.

Por lo anterior, la Sala estima procedente confirmar la sentencia de primera instancia.

Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2.011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

El Código de procedimiento Civil, fue derogado por la Ley 1564 de 2.012, *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso"* y era entonces la regulación establecida en la SECCIÓN SÉPTIMA, TÍTULO I de este Código, la que debía tenerse en cuenta para la liquidación de las costas.

Con la expedición de la Ley 2080 del 25 de enero de 2.021¹⁸, se adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

*"En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando **se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal**". (Negrilla para resaltar).*

A pesar de que la Ley 2080 de 2.021, introduce cambios en materia de costas, el Consejo de Estado, ya ha venido aplicando la tesis subjetiva, analizando para ello, la conducta de las partes en el proceso y la carencia de fundamentación jurídica, interpretación que a su vez es más acorde a lo contemplado en la reforma citada.

Por ello, en el presente asunto, se procederá a analizar dicha situación a la luz de la normatividad vigente, así:

De la revisión de la demanda y de la oposición a la misma, no se observa que sea manifiesta una carencia de fundamentación legal, que dé lugar a la condena en costas. Contrario a ello, ambas partes, en sus escritos, manifestaron razones en defensa jurídica de sus intereses, por tal razón, al

¹⁸ "Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción"

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL.
ASUNTO: APELACIÓN.
DEMANDANTE: LEILA LUCÍA TAMAYO QUIROZ.
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO: 05001-33-33-036-2016-00441-03.

no encontrarse acreditado tal presupuesto normativo, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Medellín, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2.017), por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme este proveído, **DEVUÉLVASE** el Expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala de la fecha, como consta en **ACTA NRO.034.**

LOS MAGISTRADOS,

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

JOHN JAIRO ALZATE LÓPEZ

ÁLVARO CRUZ RIAÑO