

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 702-2015-00287-01
Demandantes	:	MARÍA MADELEINE CASTRO Y OTRAS
Demandada	:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Asunto	:	RECONOCIMIENTO DE NIVELACIÓN SALARIAL
Acta No	:	06

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida 21 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18¹ de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que

¹ "ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)".

se han venido tramitando ingresa al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato.

En el presente caso, la demanda persigue el reconocimiento y pago de la diferencia salarial existente en la asignación de los empleos de Defensor de Familia Grado 15 que las actoras han venido desempeñando en el ICBF, y el mismo cargo de Grado 17, habida consideración que ambos empleos cumplen iguales funciones y requisitos legales, tema respecto del cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido ha fijado una postura consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, la Sala se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA²

1.1. Pretensiones

Las señoras María Madeline Castro Vargas, Sonia Milena Labbao Toledo, Sandra Paola Artunduaga Tole y Amparo del Socorro Calderón Fierro, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretenden el reconocimiento y pago de las diferencias salariales por cambio en la nomenclatura que según afirman, se configuró con la expedición del Decreto 1863 de 2013 para los cargos de Defensores de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin que se concedan las siguientes pretensiones:

"1- De MARÍA MEDELINE CASTRO VARGAS:

- 1.1. Que SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio S-2015-143610-0101 del 22 DE ABRIL DE 2015 proferido por la Directora de Gestión Humana del ICBF, por el cual se denegó el pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre el grado 15 y el grado 17 en el cargo de Defensor de Familia código 2125.
- 1.2. Que como restablecimiento del derecho se ordene el pago de la diferencia de salarios y prestaciones salariales dejadas de percibir desde el 30 de marzo de 2012 al 29 de agosto de 2013, existente entre el grado 15 y el grado 17 del cargo de Defensor de Familia, código 2125.

2- De SONIA MILENA LABBAO TOLEDO

² Folio 6 a 21 cuaderno principal No. 1

2.1. Que SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio S-2015-204502-0101 del 2 de JUNIO de 2015 proferido por la Directora de Gestión Humana del ICBF, por el cual se denegó el pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre el grado 15 y el grado 17 en el cargo de Defensor de Familia código 2125.

2.2. Que como restablecimiento del derecho se ordene el pago de la diferencia de salarios y prestaciones salariales dejadas de percibir desde el 25 de mayo de 2012 al 29 de agosto de 2013, existente entre el grado 15 y el grado 17 del cargo de Defensor de Familia, código 2125.

3- De SANDRA PAOLA ARTUNDUAGA TOLE:

3.1. Que SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio S-2015-233979-0101 del 22 de JUNIO de 2015 proferido por la Directora de Gestión Humana del ICBF, por el cual se denegó el pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre el grado 15 y el grado 17 en el cargo de Defensor de Familia código 2125.

3.2. Que como restablecimiento del derecho se ordene el pago de la diferencia de salarios y prestaciones salariales dejadas de percibir desde el 16 de junio de 2012 al 29 de agosto de 2013, existente entre el grado 15 y el grado 17 del cargo de Defensor de Familia, código 2125.

4. De AMPARO DEL SOCORRO CALDERÓN FIERRO:

4.1. Que SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio S-2015-192433-0101 del 26 de MAYO de 2015 proferido por la Directora de Gestión Humana del ICBF, por el cual se denegó el pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre el grado 15 y el grado 17 en el cargo de Defensor de Familia código 2125.

3.2. Que como restablecimiento del derecho se ordene el pago de la diferencia de salarios y prestaciones salariales dejadas de percibir desde el 26 de mayo de 2012 al 29 de agosto de 2013, existente entre el grado 15 y el grado 17 del cargo de Defensor de Familia, código 2125.

5. Las condenas respectivas serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor desde agosto de 2008 hasta la ejecutoria del correspondiente fallo.

6. Que se condene al ICEBF al pago de las costas y agencias en derecho causadas en el proceso.

7. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA."

1.2.- Hechos

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1.- Las señoras María Madeline Castro Vargas y Sandra Paola Artunduaga Tole ingresaron a laborar el 5 de enero y el 1º de febrero de 2010, respectivamente, en el I.C.B.F. desempeñando el cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 15; y las señoras Sonia Milena Labbao Toledo y Amparo del Socorro Calderón Fierro ingresaron a esa entidad el 8 de febrero de 2003 y el 1º de mayo de 2009, respectivamente, desempeñando el cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 11, quienes posteriormente ejercieron el mismo cargo en el grado 15.

1.2.2.- A partir del 1º de septiembre de 2013, las demandantes empezaron a desempeñarse como Defensoras de Familia código 2125 en el grado 17.

1.2.3.- En ejercicio del derecho de petición, las actoras solicitaron ante el I.C.B.F. el pago de la diferencia salarial y prestacional dejada de percibir; no obstante, tal pretensión fue resuelta de manera negativa a través de los actos administrativos demandados.

1.2.4.- Los requisitos y funciones de los defensores de familia fueron establecidos en los artículos 80 y 82 de la Ley de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006-.

1.2.5.- A través de Resolución No. 1542 del 12 de julio de 2007 el ICBF expidió el manual de funciones y requisitos de la planta de personal de esa entidad, reglamento en el que se describen las funciones esenciales, las contribuciones individuales, los conocimientos básicos y los requisitos de estudio para el cargo de defensor de familia código 2125, donde se transcriben las establecidas en el artículo 82 del citado código de Infancia y Adolescencia.

1.2.6.- No obstante que las demandantes cumplen con los mismos requisitos y desempeñan las mismas funciones, los salarios y prestaciones sociales por ellas devengados fueron inferiores a los percibidos por un defensor de familia grado 17.

1.3.- Fundamentos de Derecho

La parte actora alegó como causal de nulidad de los actos acusados, la violación de las normas en que debieron fundarse, invocando para el efecto lo dispuesto en los

artículos 13 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, pues considera que la entidad demandada no garantizó el principio de igualdad en la función pública, como quiera debió nivelar los salarios de las demandantes, quienes ejercían funciones del grado 17 y devengaban un salario menor a la labor desempeñada.

Destacó que el artículo 53 constitucional establece la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, concluyendo que las demandantes se desempeñaban como defensoras de familia en el grado 15, aclarando que los requisitos para estos defensores de código 2125 son exactamente los mismos para todos los defensores de familia, de conformidad al artículo 82 del Código de la Infancia y Adolescencia, reproducidos en la Resolución No. 1542 del 2007.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 19 de octubre de 2015 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 65 C. principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Neiva.

Mediante auto del 12 de noviembre de 2015 se admitió la demanda ordenando la notificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (folio 67), y en virtud de medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 1º de diciembre de 2015 (folio 73), el proceso pasó a conocimiento del Juzgado Séptimo Administrativo.

La diligencia de notificación se surtió en debida forma a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de dichas entidades, como se hizo constar a folios 77 a 79.

2.2.- Contestación de la demanda³

En ejercicio del derecho de defensa, el ICBF recorrió el traslado de la demanda mediante escrito radicado el 13 de abril de 2016, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda.

Afirmó que no es cierto que con la expedición de la Ley 1098 de 2005 se derogaran o modificaran los grados que ostentan los defensores de familia, por cuanto la Ley 1098 de 2006 no es una norma de diseño de empleo. Así mismo, señaló que las funciones y requisitos aplicables al actual grado 17, provienen de lo establecido en normatividades anteriores y de normas vigentes al momento del ingreso de los defensores de familia, por tal motivo, la diferencia en grados cuenta con justificación.

Adujo que se hace necesario diferenciar entre las normas de carrera y empleo público con las demás normas, y que los defensores de familia al aceptar tal cargo, conocían de las funciones, el grado y el salario al cual se hacían merecedores.

Por otro lado, arguyó que el sistema jurídico colombiano ha adoptado un sistema especial y reglado para el ingreso de los servidores a la Administración Pública, por tal motivo, las normas de carácter general no pueden omitir los procesos ni requerimientos que contienen las normas especiales, pues se desconocería el sistema de carrera administrativa adoptada por la Constitución Política.

Agregó que los defensores de familia con el actual grado 17, antiguo grado 20, fueron incorporados al I.C.B.F., conforme los requisitos (experiencia y profesión) establecidos en el Código del Menor, mientras que los empleos de defensores de familia grado 15, creados a partir del año 2008 fueron incorporados a la entidad conforme los requisitos establecidos por la Ley 1098 de 2006.

En tal sentido, concluyó que no es cierto que los defensores de familia grado 15 y 17 cuenten con los mismos requisitos, por lo que no resulta aplicable el principio "a trabajo igual salario igual".

³ Folio 83 a 96 cuaderno principal No 1.

De otra parte, adujo que en el presente caso las demandantes pretenden acceder a un cargo superior sin haber realizado el respectivo concurso, lo cual constituiría una violación al principio de igualdad respecto a aquellas personas que concursaron y superaron las etapas de evaluación para acceder al grado 17.

Resaltó que la actuación administrativa del ICBF se llevó a cabo dentro de los parámetros legales que rigen la materia, razón por la cual solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

Por último, propuso como excepciones las que denominó "falta de legitimación por pasiva", "indebida escogencia de la acción", "inexistencia o falta de causa para demandar", "inexistencia de violación y trasgresión a normas constitucionales y legales" y "prescripción".

2.3.- Audiencia inicial

A través de providencia de 15 de febrero de 2017 (fl. 109 cdno. principal No. 1), se dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 6 de abril de 2017 las 09:00 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fls. 104 a 107 Cdno. principal No. 1) se dejó constancia que, en el presente caso, no se propusieron excepciones previas y que la denominada "falta de legitimación en la causa por pasiva", presentada como de mérito, se analizaría al momento de dictar sentencia, por lo que se procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, el *A quo* fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación. Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y su contestación; y decretó las documentales solicitadas por la parte demandante, a excepción de la que pretendía se librara comunicación al ICBF a efectos que certificara cuáles son las diferencias de funciones y requisitos existentes en los manuales de la entidad durante los años 2009 al 2013 entre los defensores de familia código 2125, grados 15 y 17; y en su

lugar, requirió a dicha entidad allegar los manuales de funciones de los cargos de la misma denominación (defensor de Familia) grados 15 y 17. Contra esta decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto devolutivo, encontrándose en turno para su resolución.

Las demás pruebas fueron practicadas en audiencia celebrada el 20 de junio de 2017 (folio 249 a 251 C. ppal. No. 2), y una vez cerrado el debate probatorio el A quo concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

2.4.1.- Parte demandante

A través de memorial calendado 5 de julio de 2007 (folio 275 a 282, C. ppal. 2) reiteró los argumentos de defensa y pretensiones esbozadas en el libelo, y agregó que al hacer una comparación entre el Código de Infancia y Adolescencia, artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 y la Resolución No. 1542 de 2007, se tiene que las funciones fueron retomadas sin realizar la diferenciación en las funciones de los defensores de familia respecto de los grados, realizando un pago inferior pese a que se ejercían las mismas funciones; circunstancia que fue normalizada al entregar en vigencia el Decreto 1868 de 2013.

Señaló que para el desempeño de los cargos de Defensor de Familia se exigen los mismos conocimientos básicos, requisitos de estudios, criterios de desempeño y los cargos tienen el mismo propósito principal; razón por la cual, se transgredió el principio "a trabajo igual, salario igual".

2.4.2.- Parte demandada

En memorial radicado 30 de junio de 2017 (folio 253 a 274 C. ppal. 2), ratificó los argumentos de hecho y de derecho presentados en la contestación de la demanda, aduciendo además que el personal del ICBF se rige por las normas generales previstas para los servidores públicos de la administración pública, la Ley 909 de

2004, sus decretos reglamentarios y las relacionadas con la fijación de emolumentos laborales como la Ley 4 de 1992.

Respecto de las pretensiones incoadas por las demandantes, indicó que el ICBF no puede reconocer y pagar la diferencia salarial y prestacional solicitada, toda vez que no existe norma que faculte a la entidad para ello, destacando que, si bien el Decreto 1863 de 2013 dispuso la unificación de los diferentes grados del cargo de defensor de familia, el mismo no contempló efectos retroactivos.

Concluyó que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que a las demandantes se les han pagado los salarios y prestaciones que legalmente fueron establecidas por el Gobierno Nacional para los diferentes cargos que han desempeñado.

2.5.- Sentencia de primera instancia⁴

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Neiva, a través de sentencia dictada en audiencia del 21 de noviembre de 2017, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones de “inexistencia o falta de causa para demandar” e “inexistencia de violación y trasgresión a normas constitucionales y legales” propuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, de conformidad a la argumentación expuesta.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Liquídense.

CUARTO: DEVOLVER a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, una vez en firme esta sentencia

QUINTO: ARCHIVAR el expediente dejando las constancias del caso.”

Como sustento de la decisión, el *A quo* inicialmente expuso el marco constitucional que regula el empleo público y su clasificación. Al respecto, sostuvo que la Carta Política, clasifica los empleos, así: 1) De carrera, como regla general. 2) De elección

⁴ Folio 284 a 300 cuaderno principal No. 2

popular. 3) De libre nombramiento y remoción. 4) De trabajadores oficiales. 5) Los demás que determine la ley.

Anotó que el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones a los empleos (cargos) de las entidades del Estado, las que cuentan con características distintivas cada una y que cumplen finalidades legales específicas: a) Miembros de las corporaciones públicas (voto popular – declaratoria de elección). b) Empleados públicos (En algunos casos voto popular – declaratoria de elección y generalmente nombramiento, designación o elección). c) Trabajadores oficiales (contrato de trabajo).

Por otra parte, señaló que un elemento fundamental que involucra la noción de función pública (empleo público y servidor público), es que los cargos públicos deben estar contemplados en la correspondiente planta de personal, sus funciones deben reposar en una ley – en sentido material – y debe existir una correlativa previsión del emolumento; con base en ello las personas (naturales) se vinculan al servicio del Estado mediante el sistema e instrumento correspondiente.

Afirmó que el anterior fundamento ha sido desarrollado por el Legislador inicialmente por la Ley 443 de 1998, y luego mediante la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, entre ellas, el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos.

Explicó que la jurisprudencia ha incorporado al bloque de constitucionalidad de determinado instrumento jurídico los tratados y convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en ese sentido, ha ratificado el Convenio 87 sobre libertad sindical y el derecho de sindicación; el Convenio 98 sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y de negociación colectiva; el 138 relativo a la edad mínima de admisión de empleo; el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil; y, el Convenio 169, sobre el derecho de participación de las comunidades indígenas.

Seguidamente, el A quo precisó el marco normativo que reglamenta específicamente el empleo de Defensor de Familia, y del mismo concluyó que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1863 de 2013, los Defensores de Familia de los Grados 09,

11, 13, 15 del código 2125, fueron suprimidos y mediante el instrumento de la equivalencia tales cargos fueron reasignados al Grado 17.

Destacó que en sentencia del 12 de octubre de 2016, el Consejo de Estado demarcó las funciones del cargo de defensor de familia, y determinó que los grados en los empleos se diferencian por "los deberes, atribuciones, conocimiento, experiencia y responsabilidades de cada uno de ellos"; concluyendo que si bien se ejercen las mismas funciones, no se puede desconocer que las codificaciones establecen otros aspectos complementarios, constituyendo la desigualdad en los cargos, pues de la sola enunciación de las funciones no se puede inferir el trato diferenciado que redunde en una desmejora salarial.

El A quo consideró que para la prosperidad de las pretensiones las actoras debían acreditar el ejercicio de todas y cada una de las establecidas para el cargo, dependiendo de las "Competencias funcionales", es decir, de lo que debe estar en capacidad de hacer el empleado para ejercer el cargo con base en el contenido funcional y conforme a los criterios de desempeño o resultados de la actividad laboral, que dan cuenta de la calidad que exige el buen ejercicio de sus funciones, los conocimientos básicos que se correspondan con cada criterio de desempeño de un empleo y los contextos en donde deberán demostrarse las contribuciones del empleado para evidenciar su competencia.

Lo anterior, dijo, en razón que las labores desempeñadas por las demandantes como Defensoras de Familia en el grado inferior al que ostentan en la actualidad, no se infieren automáticamente a partir de la comparación de la enunciación contenida en la descripción de las funciones esenciales contempladas en el manual que las establece y la ley.

Indicó que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que 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, toda vez que el cambio de nomenclatura atendió criterios 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.

Concluyó que la parte actora no demostró que en la práctica haya desempeñado las labores del grado 17 cuando se desempeñó en el grado 15 y atendiendo el marco constitucional, conforme el cual, no existe empleo sin función, sin estar contemplados en la planta y sin previsión de sus emolumentos en el presupuesto; no es posible pretender el reconocimiento y pago de conceptos salariales en forma retroactiva, relacionados con un grado (empleo) que no fue desempeñado.

En consecuencia, estimó que la parte actora no logró probar la desmejora salarial y prestacional a que alude la demanda, por el contrario, se demostró que las demandantes percibieron el salario previsto en la ley y el reglamento para cada empleo del que fueron titulares, es decir, para el que fueron designadas y aceptaron sus condiciones.

2.6.- Recurso de apelación⁵

A través de memorial de 30 de noviembre de 2017, el apoderado de la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, argumentando que el A quo acogió plenamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, las funciones de los defensores de familia establecidas en la Ley y en el manual de funciones son muy amplias, para concluir que correspondía a las actoras demostrar que las funciones del grado 15 son las mismas que cumple el grado 17.

La inconformidad de la parte recurrente radica en que el A quo expidió la sentencia muy a pesar que negó el decreto de la prueba solicitada por ese extremo procesal, que procuraba que la entidad demandada certificara las diferentes funciones que cumplen los defensores de familia grado 15 y 17.

Señaló que en materia probatoria las negaciones indefinidas no son objeto de prueba y que en el caso que nos ocupa el A quo desconoció este principio procesal, ya que la demanda sostiene que entre los defensores de familia grado 15 y 17 no existen diferencias funcionales.

Aseguró que, para la prosperidad de las pretensiones, el A quo exige una prueba péfida que demuestre qué funciones cumplieron las actoras, como si se tratase de

⁵ Folio 114 a 126 cuaderno principal.

un reproche disciplinario o para establecer la existencia de una asignación de competencias distintas a las establecidas en el manual, además, pese a que las demandantes solicitaron como prueba documental que el ICBF certificara cuales fueron sus funciones, el juez de primera instancia consideró que la misma era innecesaria, argumento que no sostuvo en el fallo.

Resaltó que el criterio del Consejo de Estado encuentra contraposición con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se funda en el principio constitucional denominado "a trabajo igual, salario igual", y consideró que en el presente caso la diferenciación de salarios no fue probada objetivamente por la entidad demandada.

2.7.- Trámite de segunda instancia

El día 18 de diciembre de 2017⁶ el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

A través de proveído calendado 26 de abril de 2018 se admitió la alzada⁷, y se dispuso acumular el cuaderno de segunda instancia correspondiente al recurso de apelación contra el auto que negó del decreto de una prueba pedida por la parte actora.

Mediante providencia del 28 de junio de 2018⁸, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia

2.8.1.- Parte demandante

Mediante escrito el 16 de julio de 2018⁹, reiteró de manera textual los cargos de la alzada que persiguen la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

⁶ Folio 311 cuaderno principal.

⁷ Folio 7 cdno. Segunda Instancia.

⁸ Folio 12 cdno. Segunda Instancia.

⁹ Folio 41 a 45 cdno. Segunda Instancia.

2.8.2.- Parte demandada

A través de memorial calendado 3 de julio de 2018¹⁰, el ICBF describió el término de traslado reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita se acojan los argumentos esbozados por el Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2017, radicación 2012-00177, en cuanto consideró que la denominación del cargo de defensor de familia no presenta desigualdad en la escala salarial adoptada, pues existe una justificación en las labores que ejercen cada uno de los funcionarios, dada la complejidad, experiencia y preparación que se requiere en relación a los asuntos que deban llegar a conocer.

2.8.3.- Ministerio Público

En esta oportunidad no emitió concepto¹¹.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

3.1.1.- Cuestión preliminar - De la decisión simultánea de la apelación de auto que negó decreto de prueba

Consta en la actuación que el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, mediante decisión dictada en audiencia del 6 de abril de 2017 (folio 113 a 115), no accedió a decretar la prueba pedida por la parte demandante en el escrito de traslado de las excepciones (folio 107), consistente en librar comunicación a la dependencia de Talento Humano del ICBF a fin que certificara cuáles son las diferencias de funciones y requisitos existentes en los manuales de la entidad durante los años 2009 al 2013 entre los defensores de familia código 2125, grados 15 y 17; y en su lugar, requirió a dicha entidad allegar los manuales de funciones de los cargos de la misma denominación (defensor de Familia) grados 15 y 17.

¹⁰ folio 16 a 25 c. segunda instancia.

¹¹ folio 47

Lo anterior con sustento en que la prueba así solicitada por la parte actora trasladaría a la entidad demanda la emisión de un juicio de valor frente a las funciones que para los cargos antes señalados existen, incluso se trataría de un dictamen pericial que resulta improcedente, mientras que, si se allegan tales documentos, la valoración y el establecimiento de las diferencias correspondería al juzgador, previas las alegaciones de las partes.

Dicha providencia fue impugnada en apelación por el apoderado de la parte actora dentro de la audiencia inicial, argumentando que el objeto de la prueba es que la entidad demandada establezca las diferencias esenciales que existan entre las funciones de cargos de su planta global, ello, para efectos de determinar no solo las calidades y requisitos de las personas que ejercen la función pública sino también las diferencias en materia salarial. Este recurso fue concedido en el curso de la diligencia y en el efecto devolutivo.

Luego de ser repartido el expediente al Despacho de la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, por auto del 8 de marzo de 2018 (folio 4), se procedió remitir el proceso a la Sala Segunda de Decisión – Despacho del Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida -, en la medida que a ésta última le correspondió conocer la alzada contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017 dictada dentro de este proceso.

Por auto del 14 de marzo de 2018 (folio 8), la Sala Segunda de Decisión resolvió no avocar el conocimiento del asunto argumentando que una vez la Sala Quinta conoció el recurso de apelación contra el auto que negó el decreto de una prueba, le correspondía seguir conociendo en segunda instancia de todas las apelaciones que en lo sucesivo se surtan dentro del proceso, que como en el presente caso, corresponde a la de la sentencia.

Encontrándose el expediente para decidir el recurso de apelación contra el auto que negó la práctica de la prueba, y para dilucidar esta cuestión, conviene acatar lo establecido en el inciso 8 del artículo 323 del Código General del Proceso, que

dispone que en la apelación de la sentencia "deben resolverse todas las apelaciones cuando fuere posible".

Si bien, por razones cronológicas resultaría propio resolver en primer lugar la apelación del auto que acaba de referirse y luego la de la sentencia, la Sala advierte que el motivo de inconformidad frente a esa providencia, guarda relación con el sustento de la alzada presentada contra la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, que procuran el reconocimiento y pago de una diferencia salarial a partir de la presunta inexistencia de divergencia entre las funciones entre los defensores de familia grados 15 y 17.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los argumentos de reproche en los cuales se fundamentó la alzada promovida frente al auto denegatorio de la prueba, y que aún no ha sido desatada, se hace extensivo en la apelación interpuesta contra la sentencia, por lo que la alzada interpuesta en contra de ésta se decidirá primero.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias y de los autos susceptible de dicho mecanismo de defensa, que sean proferidos en primera instancia por los jueces administrativos.

Así mismo, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *A quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso, ningún reparo encuentra la Sala respecto del cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendiendo las consideraciones expuestas.

3.2. Decisión de la sentencia

3.2.1.- Planteamiento del Caso

La parte demandante solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. S-2015-143610-0101 del 22 de abril de 2015, S-2015-204502-0101 del 2 de junio de 2015, S-2015-233979-0101 del 22 de junio de 2015 y S-2015-192433-0101 del 26 de mayo de 2015, a través de los cuales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar negó a las señoras María Madeline Castro Vargas, Sonia Milena Labbao Toledo, Sandra Paola Artunduaga Tole y Amparo del Socorro Calderón Fierro, el reconocimiento y pago de las diferencias salariales referente al cargo de defensor de familia grado 15 con el grado 17, pues aducen que no existe criterio alguno que pueda diferenciar un grado de otro, como tampoco demuestra bajo que sustento jurídico se tiene dicha diferencia de asignaciones salariales.

Entre tanto, **la sentencia de primera instancia** determinó que las actoras no demostraron que en la práctica hubieren desempeñado las labores del cargo de defensor de familia del grado 17 cuando eran titulares del grado 15, y por ende no se probó la existencia de una desmejora salarial y prestacional, por el contrario se acreditó en el proceso que las demandantes percibieron el salario previsto en la ley y los reglamentos para el empleo del cual eran titulares.

La parte demandante y recurrente disiente del fallo de primera instancia argumentando que en materia probatoria las negaciones indefinidas no son objeto de prueba y que en el caso que nos ocupa el A quo desconoció este principio procesal, ya que la demanda sostiene que entre los defensores de familia grado 15 y 17 no existen diferencias funcionales, con lo que se traslada la carga de la prueba a la entidad demandada.

Añadió que el A quo negó por innecesaria la prueba solicitada a instancia de la parte actora y que procuraba que la entidad demandada certificara las diferentes funciones que cumplen los defensores de familia grado 15 y 17.

Resaltó, además, que la sentencia se sustenta en pronunciamientos del Consejo de Estado que se hallan en contraposición con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se funda en el principio constitucional denominado "a trabajo igual, salario igual", y consideró que en el presente caso la diferenciación de salarios no fue probada objetivamente por la entidad demandada.

3.3.2.- Problema Jurídico

Consiste en dilucidar si hay lugar a revocar la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, declarar la nulidad de los actos acusados en cuanto no accedieron al reconocimiento y pago de unas diferencias salariales en favor de las señoras María Madeline Castro Vargas, Sonia Milena Labbao Toledo, Sandra Paola Artunduaga Tole y Amparo del Socorro Calderón Fierro a partir de la expedición del Decreto 1863 de 2013, que consagró la nivelación del cargo de Defensor de Familia grados 15, 13, 11 y 9 al grado 17 únicamente.

Para ello la Sala debe establecer si la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional devengada entre los empleos de Defensor de Familia Grado 15 que han venido desempeñando en el ICBF, y el mismo cargo Grado 17, habida consideración que ambos empleos cumplen iguales funciones y requisitos legales.

Para la resolución del caso se tendrá en cuenta el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, el acervo probatorio obrante en el proceso y el análisis del caso concreto.

No obstante, antes de desarrollar el derrotero descrito, la Sala analizará el tópico relacionado con la caducidad de la acción, en aras de verificar si el medio de control de la referencia fue ejercido de manera oportuna, toda vez que en el presente caso

se advierte que en la sentencia de primera instancia el *A quo* no verificó éste requisito de procedibilidad de la demanda, debiendo hacerlo, toda vez que la caducidad de la acción es una institución de orden público e irrenunciable, la cual habiendo ocurrido, impide proferir un fallo de fondo.

3.3.2.1.- Ejercicio oportuno del medio de control

Para efectos de examinar el presupuesto de oportunidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se trae a colación el literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el cual a la letra reza:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

(...)"

Conforme a la disposición transcrita, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, su ejercicio caduca al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, salvo que se trate de actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas los cuales podrán demandarse en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, establece que la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, suspende los términos de prescripción o caducidad, según el caso: a) hasta que se logre acuerdo conciliatorio; b) hasta que se expida la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad o; c) hasta que se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; **lo que ocurra primero.**

La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en la mayoría de los medios de control que conoce esta jurisdicción, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya.

La caducidad se constituye entonces, en el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, que permite salvaguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre éstos y el Estado.

En el presente caso, se advierte lo siguiente:

1.- Oficio No. S-2015-143610-0101 del 22 de abril de 2015 (folio 25 a 29), por el cual se da respuesta a la señora María Madeleine Castro Vargas, notificado el 27 de abril de 2015; y por ello el término de cuatro meses para presentar la demanda fenecía el 22 de agosto de 2015, siendo radicada la demanda el 19 de octubre de esa misma anualidad (folio 65), lo que en principio daría lugar a considerar que se configura la caducidad del medio de control.

No obstante, la actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 6 de agosto de 2015 (folio 22), suspendiéndose el término de caducidad cuando faltaban 16 días para que operara la caducidad; diligencia que se llevó a cabo el 5 de octubre de 2015, siendo expedida constancia de no conciliación el 7 de octubre de 2015 (folio 22), por lo que el 8 de octubre de esa misma anualidad se reanudó el término de caducidad, y por tanto la oportunidad para presentar la demanda vencía el 23 de octubre de esa anualidad, data para la cual ya se había radicado la demanda – 19 de octubre de 2015- , lo que permite concluir que el medio de control fue ejercido de manera oportuna.

2.- Oficio No. S-2015-204502-0101 del 2 de junio de 2015 (folio 40 a 43), por el cual se da respuesta a la señora Sonia Milena Labbao Toledo, notificado el 4 de junio de 2015; y por ello el término de cuatro meses para presentar la demanda fenecía el 4 de noviembre de 2015. La actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 6 de agosto de 2015 (folio 22), siendo expedida constancia de agotamiento del

requisito de procedibilidad el 7 de octubre de 2015 (ibídem), y la demanda se radicó el 19 de octubre de esa misma anualidad (folio 65), por lo que lo fue en tiempo.

3.- Oficio No. S-2015-233979-0101 del 22 de junio de 2015 (folio 50 a 53), por el cual se da respuesta a la señora Sandra Paola Artunduaga Tole, notificado el 30 de junio de 2015; y por ello el término de cuatro meses para presentar la demanda fenecía el 22 de noviembre de 2015. La actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 6 de agosto de 2015 (folio 22), siendo expedida constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el 7 de octubre de 2015 (ibídem), y la demanda se radicó el 19 de octubre de esa misma anualidad (folio 65), por lo que lo fue en tiempo.

4.- Oficio No. S-2015-192433-0101 del 26 de mayo de 2015, por el cual se da respuesta a la señora Amparo del Socorro Calderón Fierro, notificado el 27 de mayo de 2015; y por ello el término de cuatro meses para presentar la demanda fenecía el 26 de septiembre de 2015, siendo radicada la demanda el 19 de octubre de esa misma anualidad (folio 65), lo que en principio daría lugar a considerar que se configura la caducidad del medio de control.

No obstante, la actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 6 de agosto de 2015 (folio 22), suspendiéndose el término de caducidad cuando faltaban un (1) mes y veinte (20) días para que operara la caducidad; diligencia que se llevó a cabo el 5 de octubre de 2015, siendo expedida constancia de no conciliación el 7 de octubre de 2015 (folio 22), por lo que el 8 de octubre de esa misma anualidad se reanudó el término de caducidad, y por tanto, la oportunidad para presentar la demanda vencía el 28 de noviembre de esa anualidad, data para la cual ya se había radicado la demanda – 19 de octubre de 2015- , lo que permite concluir que el medio de control fue ejercido de manera oportuna.

3.3.2.2.- Marco jurídico y jurisprudencial aplicable al caso

En los términos de la Corte Constitucional¹², *"la existencia de una diferenciación*

¹² Sentencia T- 335 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

salarial entre dos trabajadores que, en principio se encuentran en similares condiciones, debe fundarse en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho fundamental de todos los trabajadores a ser tratados con igual consideración y respeto por el empleador (CP art. 13)"y además "que la justificación del trato diferenciado no puede radicarse en argumentos meramente formales, como la denominación del empleo o la pertenencia a regímenes aparentemente diferentes."

Ahora bien, para el cumplimiento de las funciones que la constitución y la ley ordenan, las entidades del Estado adoptan plantas de personal con el número preciso de cargos en los niveles y con los grados requeridos para el eficiente desarrollo de sus actividades de acuerdo con una planificación estratégica.

Así, el Decreto 2489 de 2006, "*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*", consagró:

"ARTÍCULO 2o. NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS. Establécese la nomenclatura y clasificación de empleos públicos de las entidades y organismos a los cuales se refiere el artículo 1º del presente decreto, así:

(...)

NIVEL PROFESIONAL

(...)

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
DEFENSOR DE FAMILIA	2125	20
		19
		18
		17
		16
		15
		14
		13
		11"

Por su parte el 4482 de 2009 "Por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras", en su artículo 2º dispuso:

"ARTÍCULO 2º. Apruébase la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras", en el sentido de crear los siguientes cargos.

Número de cargos Grado	Denominación	Código
Planta Global		
Doscientos cuarenta y cuatro (244) 15"	DEFENSOR DE FAMILIA	2125

Posteriormente, el Decreto 1863 de 2013¹³, suprimió la nomenclatura asignada al Cargo de Defensor de Familia, esto es, los grados 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 del código 2125, para dejar solamente el grado 17, con base en la siguiente equivalencia:

"Situación anterior		Situación nueva			
Denominación	Código	Grado	Denominación	Código	Grado
Defensor de Familia	2125	17	Defensor de Familia	2125	17
		15			17
		13			17
		11			17
		09			17"

¹³ (agosto 29) Diario Oficial No. 48.897 de 29 de agosto de 2013. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Por el cual se modifica el Decreto 2489 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

Por otra parte, en la resolución 1542 de 12 de julio de 2007 (Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la Planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), fueron transcritas las funciones que, para los Defensores de Familia, consagró el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 (Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia).

Ahora bien, respecto de la clasificación y nomenclatura del cargo de Defensor de Familia, el Consejo de Estado en providencia de 15 de junio de 2011, proferida dentro del expediente No. 0801-10, precisó:

"Entretanto, el artículo 125 de la Constitución Política, regula que en general los empleos en las entidades del Estado son de Carrera y que para el ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Tal disposición es perentoria en ordenar que para el ascenso de la parte actora al empleo de Defensor de Familia Grado 3125 Grado 22 debe superar el Concurso de Méritos.

No es posible desnaturalizar la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Carrera Administrativa que se orienta al mejoramiento del servicio y en la superación que tienen los empleados públicos y demás aspirantes a un concurso abierto de méritos para escalar dentro del empleo desempeñado. La Constitución Política ordena que la posibilidad de ascenso, sea dable en la medida que se surta el mecanismo de méritos sin que para el sub-lite se encuentre argumentación que desvirtúe la presunción de legalidad de los actos acusados.

Por su parte, si bien es cierto el artículo 277 del Decreto 2737 de 1989 prevé las funciones de los Defensores de Familia (reproducidas en el Manual de Funciones del ICBF -Res. 068 de 29 de enero de 2003), encuentra la Sala que no se demostró que todas las funciones que cumplen los Defensores de Familia Grado 22, las ejerza la actora en el Grado 14 para que se pueda aplicar el principio a trabajo igual salario igual.

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 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.

En consecuencia, como dentro del plenario no se probó una desmejora salarial y prestacional de la demandante luego de gestionada la Reestructuración del ICBF, ni que las funciones asignadas materialmente del empleo de Defensor de Familia Código 3125 Grado 14 son las mismas del Grado 22, la presunción de legalidad de los actos acusados no fue desvirtuada, ameritando confirmar el proveído impugnado.”

Esta posición fue reiterada en providencia del 12 de octubre de 2016¹⁴, sentencia en la que el Consejo de Estado nuevamente demarcó las funciones del cargo de defensor de familia, y concluyó que “aunque se encuentren establecidas, en el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006) y en la Resolución 1542 de 12 de julio de 2007 (Manual de Funciones Específicas y Competencias Laborales) —se repite—, unas funciones generales para el empleo de defensor de familia, no significa eso que todos van a ejercerlas por igual, unas para unos y otras para otros, dependiendo, como se ha dicho, de las responsabilidades y de la asignación salarial; lo contrario, debe probarse, tal como lo afirmó el a quo.”

Por último, en sentencia del 21 de septiembre de 2017¹⁵, el Consejo de Estado negó las pretensiones de una demanda que perseguía la nulidad de los artículos 2º y 4º del Decreto 2489 de 25 de julio de 2006 «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». En la demanda se argumentaba que todos los defensores de familia ostentan el mismo perfil, esto es, se exigen los mismos requisitos y desempeñan las mismas funciones, por lo que no existe razón

¹⁴ Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, radicación No. 17001-23-33-000-2013-00193-01.

¹⁵ Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12).

alguna para que se haga una diferenciación en códigos y grados y así mismo en su escala salarial.

La negativa de las pretensiones estuvo sustentada en la tesis jurisprudencial antes expuesta, esto es, que la diferenciación salarial que recae en cada grado de defensor se justifica por las labores disimiles que ejercen cada uno de ellos y depende de la complejidad, experiencia y preparación de cada uno e inclusive de donde prestan sus servicios y la carga laboral que por asuntos puedan llegar a conocer, por tanto no pueden catalogarse como igualdad de funciones, siendo insuficiente la sola comparación entre requisitos y funciones. En tal sentido, concluyó:

“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 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.

Así las cosas, no se evidencia una ilegalidad en la norma acusada en tanto no existe una desigualdad que haga imperiosa la declaratoria de nulidad de dicho acto; por el contrario, se demostró que las funciones desarrolladas por los defensores de familia pueden llegar a ser tan disimiles que ameritan una clasificación como la efectuada en el decreto demandado, pues como se explicó, no basta la similitud en los requisitos exigidos para desempeñar un cargo ni un listado general de funciones aplicables a todos, ya que la propia Ley 4ª de 1992 es clara en determinar bajo cuales otros criterios se puede fijar la escala salarial y prestacional de los servidores públicos.”

Conforme al criterio jurisprudencial a que se acaba de hacer referencia, para la Sala, la previsión de los Grados dentro del Nivel Profesional –Defensor de Familia– variando la remuneración según sus responsabilidades y desempeño, se encuentra justificada, si se tiene en cuenta que los Defensores de Familia cuentan de conformidad con la Ley, con un marco general de funciones al cual deben sujetarse dentro del marco de la Jurisdicción en la cual se desempeñen.

De ahí que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el Gobierno tiene en cuenta, entre otros factores, la competitividad, el nivel de los cargos, entendido como la naturaleza de las funciones, competencias, responsabilidades y calidades exigidas, el establecimiento de rangos de remuneración para los niveles hoy en día directivo,

asesor, profesional, técnico y asistencial, productividad, eficiencia, desempeño y antigüedad, estructura de los empleos, funciones, escala y tipo de remuneración para cada cargo.

3.3.2.3.- Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁶, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental incorporada al proceso, encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, los siguientes aspectos:

a) La vinculación de las demandantes

De conformidad con las certificaciones expedidas por la Coordinadora del Grupo Administrativo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las demandantes han prestado sus servicios a esa entidad, así:

- La señora María Madeleine Castro Vargas presta sus servicios en el I.C.B.F., se vinculó en Provisionalidad desde el 5 de enero de 2010 como Defensor de Familia 2125-09 hasta el 11 de agosto de 2010; desde el 12 de agosto de 2010 hasta el 9 de septiembre de 2013 como Defensor Familiar 2125-15 y desde el 10 de septiembre de 2013 desempeña las funciones de Defensor de Familia 2125 grado 17 fl. 38).
- La señora Sonia Milena Labbao Toledo se vinculó en Provisionalidad desde el 8 de febrero de 2010 como Defensor de Familia 2125-15 hasta el 9 de septiembre de 2013, y desde el 10 de septiembre de 2013 desempeña las funciones de Defensor de Familia 2125 grado 17 (fl. 44).
- La señora Amparo del Socorro Calderón Fierro se vinculó en Provisionalidad desde el 1º de mayo de 2009 en el cargo de Defensora de Familia código 2125-11 hasta el 31 de enero de 2010; del 1º de febrero de 2010 al 09 de septiembre de 2013 desempeñó el cargo de Defensora de Familia Código

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

2125-15 y desde el 10 de septiembre de 2013 desempeña las funciones de Defensora de Familia código 2125 grado 17 (fl. 148).

- La señora Sandra Paola Artunduaga Tole se vinculó en Provisionalidad desde el 1º de febrero de 2010 en el cargo de Defensor de Familia 2125-15 hasta el 9 de septiembre de 2013, y desde el 10 de septiembre de 2013 desempeña las funciones de Defensora de Familia código 2125 grado 17 (fl. 159).

También fueron allegados certificados de salarios devengados y descuentos de las Defensoras de Familia Sonia Milena Labbao Toledo, María Madeleine Castro y Amparo del Socorro Calderon Fierro (fls. 143-177).

b) La actuación administrativa

Las demandantes solicitaron ante el I.C.B.F. el reconocimiento y pago de las diferencias salariales que consideran se generaron durante el lapso en que se desempeñaban como defensoras de familia grado 15 y realizaban iguales funciones de quienes ostentaban el grado 17, y que si bien, aquel fue reclasificado a éste último mediante Decreto 1863 de 2013, no se ordenó el pago de retroactivo que compensara la diferencia que se alega (fls. 30-33; 46-49; 54-57).

La entidad demandada - I.C.B.F.- emitió los actos administrativos contenidos en los Oficios No. S-2015-143610-0101 del 22 de abril de 2015, S-2015-204502-0101 del 2 de junio de 2015, S-2015-233979-0101 del 22 de junio de 2015 y S-2015-192433-0101 del 26 de mayo de 2015, a través de los cuales negó lo solicitado por las demandantes (folios 25-29; 40-43; 50-53; 60-63).

c) Las funciones de los Defensores de Familia

- Resolución No. 1542 del 12 de julio de 2007 "Por la cual se adopta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar" en la que se consignaron las funciones del empleo Defensor de Familia grados 15 y 17 (fls. 129-130), en el sentido que se transcribieron los requisitos y atribuciones establecidas de manera general para los Defensores de Familia en la Ley 1098 de 2006.
- Anexo manual de funciones y competencias laborales I.C.B.F. – Resolución No. 8404 del 26 de septiembre de 2013 (fls. 117-126).

- Resolución No. 4500 del 20 de mayo de 2016, "Por la cual se establece el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar" (fls. 184-186).

3.3.2.4.- Caso concreto

En materia de empleo público se encuentra demostrado el aspecto formal del cargo de Defensor de Familia, la nomenclatura y grado, su clasificación, la naturaleza de las funciones y los requisitos para su ejercicio, así mismo, que las atribuciones de carácter general establecidas por la Ley 1098 de 2006 para este cargo son variadas desde el punto de vista de complejidad, experiencia y preparación, las cuales fueron transcritas en la Resolución 1542 de 12 de julio de 2007, (Manual de Funciones Específicas y Competencias Laborales del ICBF), reglamento vigente para la fecha de vinculación de cada una de las demandantes.

De conformidad con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, la nomenclatura prevista en el Decreto 2489 de 2006 no generó desmejora salarial alguna por igualdad de funciones, en la medida que la diferenciación que en la escala de salarios recae en cada grado de defensor cuenta con justificación, dadas las labores disimiles que deban ejercerse, las cuales dependen de la complejidad, experiencia y preparación de cada servidor, incluso, hasta del lugar en el que debe prestarse el servicio y la carga laboral por los asuntos puedan llegar a conocer.

Ahora, a partir de la expedición del Decreto 1863 de 2013, que consagró la nivelación del cargo de Defensor de Familia grados 15, 13, 11 y 9 al grado 17 únicamente, tampoco puede considerarse que a las actoras, quienes venían ejerciendo la clasificación anterior (grado 15), les surgió el derecho a reclamar diferencias salariales por igualdad de funciones, pues se reitera que, de conformidad con el marco jurisprudencial expuesto en esta providencia, pese a que las atribuciones generales para el empleo de defensor de familia se encuentren establecidas en el artículo 82 y subsiguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia y en la Resolución 1542 de 12 de julio de 2007, la sola comparación entre requisitos y funciones resulta insuficiente.

En esa medida, era preciso que las demandantes, demostraran que los deberes que cumplían como Defensor Grado 15, efectivamente eran los ejercidos por quienes desempeñaban el cargo con Grado 17 antes de su nivelación, máxime si se tiene en

cuenta que, la asignación básica mensual dentro de la escala salarial progresiva obedece a la complejidad y responsabilidad inherentes al ejercicio de las funciones.

Revisado el expediente, se observa que para todos los cargos de Defensor de Familia, entre ellos los grados 17 y 15 fueron transcritos en el manual de funciones, tanto los requisitos como las atribuciones establecidas de manera general para los Defensores de Familia en la Ley 1098 de 2006 antes mencionada, que como lo afirma la demandada, no se constituye en un estatuto que regule el empleo público, sino en la normatividad que establece los preceptos sustantivos y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento¹⁷, y que consagra la figura del Defensor de Familia, como autoridad competente para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Si bien las demandantes, tanto en la demanda como en la alzada, aducen que se encuentra acreditado que cuando se desempeñaron como defensoras de familia grado 15 tenía iguales funciones del grado 17, dicha afirmación no encuentra respaldo probatorio, tal como lo estableció la A quo.

Al respecto es preciso señalar que, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, la conclusión del juez de primera instancia en la sentencia recurrida no resulta contradictoria con la decisión adoptada en la etapa de decreto a pruebas, en cuanto no se accedió a la pretendida por el extremo activo, dirigida a que la entidad demandada certificara cuáles eran las diferencias en las funciones para cada uno de los grados 15 y 17, y que fue suplida con la remisión de los manuales de funciones para tales empleos.

Lo anterior, en razón a que, precisamente, el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones fuesen iguales para los grados 15 y 17 no genera per se la configuración de la desigualdad para poder dar aplicación al principio «a trabajo igual, salario igual», y porque al proceso no se allegó prueba alguna que demuestre que antes de la entrada en vigencia del Decreto 1863 de 2013, las actoras,

¹⁷ Artículo 2º Ley 1098 de 2006.

materialmente, cumplieran con las especiales funciones de quienes ostentaban el grado 17.

En consecuencia, para efectos de la comparación funcional y a fin de determinar la vulneración al principio en comento, no basta con citar la norma que establece las funciones y los requisitos ni radicar en la entidad demanda la carga de probar la existencia de diferencias a partir, precisamente, del manual de funciones, como lo pretendía la parte demandante, ya que cada defensor debe desplegar unas funciones muy diferentes de acuerdo a su especialidad, y eran estas las que debieron ser traídas al debate para verificar una posible diferencia de trato injustificada, especificación que no probó la parte actora.

De ahí que, el hecho que las demandantes, que venían ejerciendo como defensoras de familia Grado 15, hayan sido niveladas al Grado 17, no demuestra una igualdad de funciones, mucho menos un trato diferenciado, pues la especificidad del cargo exige unas atribuciones adicionales para su desempeño laboral, circunstancia que no fue acreditada en el proceso y en ese sentido debe confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

3.3.- De la apelación del auto del 6 de abril de 2017, por el cual no se accedió a decretar una prueba pedida por la parte demandante

En la decisión objeto de censura, el A quo expuso que estimaba innecesario acceder a la práctica de una prueba que nada habría de aportar al tema de discusión del proceso, como quiera que la misma podía suplirse con el manual de funciones de los Defensores de Familia grados 15 y 17, y que de accederse a la prueba solicitada por la parte actora se trasladaría a la entidad demandada la emisión de un juicio de valor frente a las funciones que para los cargos antes señalados existen, incluso se trataría de un dictamen pericial que resulta improcedente, mientras que, si se allegan tales documentos, la valoración y el establecimiento de las diferencias correspondería al juzgador, previas las alegaciones de las partes.

Inconforme con la decisión, la parte actora presentó recurso de apelación en su contra, y sostuvo que el objeto de la prueba es que la entidad demandada establezca las diferencias esenciales que existen entre las funciones de los cargos de su planta global, ello para efectos de determinar no solo las calidades y requisitos de las

personas que ejercen la función pública sino también las diferencias en materia salarial.

Verificado lo anterior, colige la Sala que la discusión que se somete a estudio gira alrededor del mismo tema de debate que se dilucidó en el acápite precedente al resolver la apelación interpuesta contra el fallo, de tal manera que para decidir la impugnación del auto deben hacerse extensivos en su integridad los mismos planteamientos expuestos en precedencia y que hacen relación a que, para efectos de la comparación funcional del empleo Defensor de Familia en sus grados 15 y 17, y a fin de determinar la vulneración al principio «a trabajo igual, salario igual», no basta con citar la norma que establece las funciones y los requisitos del cargo de defensor de familia ni radicar en la entidad demandada la carga de probar la existencia de diferencias a partir, precisamente, del manual de funciones, como lo pretendía la parte demandante, pues se hacía necesario que la parte demandante acreditara que mientras se desempeñaron como defensoras de familia grado 15, ejecutaron funciones atribuidas al grado 17.

De ahí que la prueba denegada se dirigió a demostrar que correspondía al ICBF verificar por sus propios medios la diferencia en el ejercicio material de las funciones de cada una de las actoras, ello en orden a desvirtuar la legalidad de los actos que negaron el reconocimiento de una nivelación salarial, de lo que se desprende con claridad que la práctica del medio probatorio denegado resultaba infructuosa.

En este orden de ideas, tanto el auto proferido el 6 de abril de 2015, como la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2018 serán confirmados.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* condenó en costas a la parte demandante y vencida en el proceso, decisión que no fue apelada, en consecuencia, permanecerá incólume

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹⁸ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁹, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²⁰ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

¹⁸ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁹ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en 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."

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)” (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, que no observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hagan procedente a la imposición de costas en segunda instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso fueron asumidos gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 21 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Neiva, por las razones expuestas en precedencia.


SEGUNDO: CONFIRMAR el auto calendarado 6 de abril de 2017, por el cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Neiva no accedió a decretar una prueba pedida por la parte demandante, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: SIN condena en costas en esta instancia.

CUARTO: REMITIR el expediente al despacho de origen, previa las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en sesión de la fecha.


BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada


JOSE MILLER LUGO BARRERO
Magistrado


GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado