



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 41001-23-33-000-2016-00146-01 (1752-2021)
Demandante: DIANA CRISTINA ORTIZ LÓPEZ
Demandada: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR¹

Temas: Nivelación salarial de defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11, frente a este mismo empleo en el grado 17 al interior del ICBF. Carga de la prueba. Ausencia de medios de convicción que demuestren la equivalencia de condiciones entre cargos.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011 (Modificada Ley 2080 de 2021)

O-055-2022

ASUNTO

Decide la Subsección A el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021 por el Tribunal Administrativo del Huila, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Diana Cristina Ortiz López en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 37 a 38)

1. Que se declare la nulidad del Oficio 12100-E-2015-319223-0101 SIM 1760453984 del 25 de agosto de 2015, por medio del cual el ICBF negó la solicitud de nivelación salarial presentada por la demandante el 3 de agosto del mismo año.
2. Que como consecuencia de esta declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reconocer y pagar a favor de la libelista, la diferencia salarial y prestacional existente entre la remuneración que percibió como defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11, y el mismo cargo, pero del grado 17, esto con los respectivos ajustes monetarios e intereses a que haya lugar.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 38 a 39)

¹ En adelante ICBF.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



1. La demandante fue vinculada al ICBF en calidad de defensora de familia código 2125, grado 09, esto desde el 1.º de enero de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2009. Posteriormente fue nombrada como defensora de familia, código 2125, grado 11 del 14 de diciembre de 2010 al 9 de septiembre de 2013. Finalmente, con la expedición del Decreto 1863 del 29 de agosto de 2013, aquella desempeñó el referido cargo en el grado 17 a partir del 12 de octubre de 2013 y al menos hasta la fecha de expedición de la certificación laboral del 3 de agosto de 2015.
2. Durante el lapso comprendido entre el 1.º de enero de 2005 y el 29 de agosto de 2013, la libelista ejerció labores como defensora de familia, pero con una asignación básica inferior a la de sus pares en grados superiores como el 17, lo cual solo fue subsanado con la entrada en vigencia del Decreto 1863 de 2013.
3. La señora Ortiz López formuló petición ante la entidad demandada el 3 de agosto de 2015, ello con el fin de que le fuera reconocida la nivelación salarial y prestacional por el tiempo durante el cual ocupó el cargo de defensora de familia en un grado inferior al 17. Dicha reclamación fue denegada por el ICBF a través del Oficio 12100-E-2015-319223-0101 SIM 1760453984 del 25 de agosto de 2015, en el sentido de que no existía igualdad de condiciones entre la posición ejercida por la demandante y la pretendida, pues se trataba de plazas con requisitos y responsabilidades diferentes.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»³, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 1.º de marzo de 2017.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] **1. Inepta demanda.** La apoderada del ICBF manifiesta que solo son susceptibles de control jurisdiccional los actos administrativos definitivos en los términos del artículo 43 del CPACA, esto es, un acto que contenga una manifestación unilateral de la voluntad de la administración que crea, modifica o extingue derechos para el administrado o en su contra, y en el presente asunto el oficio demandado es simplemente la respuesta a un derecho de petición que no reviste tales características, ya que no constituye una manifestación de la voluntad unilateral de administración tendiente a producir efectos jurídicos, sino que es una contestación al derecho de petición dada bajo los parámetros establecidos por la ley y la

³ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



jurisprudencia, replicando normas preestablecidas al tipo de vinculación del defensor de familia. Afirma que con el oficio demandado no se decide de fondo el asunto, y en consecuencia al no ser un acto administrativo definitivo, existe ineptitud de la demanda por falta de requisitos sustanciales para acudir a esta Jurisdicción. [...]

EL DESPACHO CONSIDERA:

La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de control judicial. El artículo 43 del CPACA establece que "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación". [...]

Así las cosas, al descender al presente asunto se advierte que si bien el oficio demandado constituye la respuesta a un derecho de petición elevado por la demandante, en él la entidad demandada adoptó una decisión que produce efectos jurídicos, pues como también lo resalta el Consejo de Estado en la misma sentencia citada "En general la respuesta negativa a las peticiones implica la extinción de la situación jurídica, la negación del derecho pretendido y en ese orden de ideas constituye un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional".

Y es que al analizar el contenido del oficio demandado se advierte que la entidad además de hacer el análisis normativo y jurisprudencial de la situación laboral y salarial de los defensores de familia, decide de manera definitiva no acceder a la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional solicitada invocando como argumento tal análisis y afirmando que no existe norma que faculte dicho reconocimiento. Así las cosas, expresamente señala que "En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el ICBF le ha pagado los salarios y prestaciones sociales que legalmente fueron establecidos por el Gobierno Nacional para los cargos que usted ha desempeñado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **no se accede a sus pretensiones**".

[...] **2. Falta de legitimación en la causa por pasiva.** El ICBF afirma que dicha entidad se ha acogido a los preceptos legales emanados del orden nacional, razón por la cual no debió haberse accionado contra el ICBF, ya que esta entidad solamente está cumpliendo las normas y directrices impartidas por instancias superiores y competentes para ello. [...]

EL DESPACHO CONSIDERA:

[...] al realizar el análisis desde la legitimación material por pasiva, el Despacho advierte que el ICBF es efectivamente la entidad empleadora de la demandante y la razón de la demanda precisamente tiene que ver con dicha relación laboral.

No es un argumento de recibo para fundamentar esta excepción el que el ICBF se ajuste o no a la norma nacional en la materia, pues la legitimación en la causa lo que demuestra precisamente es que existe una relación entre las partes y con las pretensiones de la demanda, y no si la entidad actuó o no ajustada a derecho, más aun si se tiene en cuenta que, como se estableció en los autos que rechazaron los llamamientos en garantía, fue el ICBF el que negó la nivelación salarial solicitada, y como establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (D. 4156 de 2011), cuenta con patrimonio propio para responder por sus obligaciones y de llegarse a dar la condena del reconocimiento y pago de la deprecada diferencia salarial y prestacional estaría a su cargo.

[...] **3. Prescripción.** La entidad demandada manifiesta que conforme al artículo 41 del decreto 3135 de 1968 las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescriben en 3 años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por lo que en el evento de ser acogidas las pretensiones de la demanda debe darse estricta aplicación a dicha norma.

[...] EL DESPACHO CONSIDERA:



La prescripción invocada por la apoderada de la entidad demandada, hace alusión a los derechos laborales que reclama la accionante los cuales requieren inicialmente la declaratoria de su existencia, por tal razón no se puede adoptar decisión en esta etapa procesal, toda vez que para resolver dicha excepción necesariamente se tendría que abarcar el fondo del asunto y una vez establecido o no el derecho se podrá definir la existencia o no de la prescripción. [...]». (Negrilla, mayúscula y subrayado del texto original. Folios 110 a 112 y CD visible a folio 116 del expediente).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Corresponde determinar si es nulo el oficio No. 12100 - E-2015-319223-0101 SIM del 25 de agosto de 2015 que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional solicitada por la demandante.

En particular se debe determinar si la demandante Diana Cristina Ortiz López tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las diferencias salariales y prestaciones existentes ente la antigua nomenclatura a la que pertenecía su cargo de Defensora de familia y la nueva situación jurídica creada para este cargo por el Decreto 1863 de 2013 desde el 1 de enero de 2005 hasta la fecha en que se clasificó su cargo de Defensor de familia en el grado 17 con base en lo dispuesto en dicho decreto. [...]» (Folio 112, y CD obrante a folio 116 del plenario).

SENTENCIA APELADA (Folios 148 a 153)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 2 de marzo de 2021, por medio de la cual negó las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal de primera instancia indicó que, la libelista alega como fundamento de sus pedimentos, que el Decreto 1863 del 29 de agosto de 2013 eliminó las diferencias existentes en el cargo de defensor de familiar, código 2125, grados 20, 19, 18, 16, 15, 14, 13, 11, y 09; y por lo tanto, fijó la equivalencia de dicha plaza en los grados 17, 15, 13, 11 y 09 al del grado 17. Resaltó que la señora Ortiz López sostiene que durante el lapso comprendido entre su vinculación inicial con la entidad demandada y la fecha en que se hizo efectiva la normativa aludida, su remuneración se mantuvo por debajo de los grados superiores de otros defensores de familia a quienes les aplicaban los mismos requisitos y funciones.

Al respecto manifestó que si bien no existe discusión en cuanto a que la demandante ha estado vinculada en el cargo de defensora de familia, código 2125 en los grados 9, 11, y 17, y que en efecto, en esta última posición recibe una asignación salarial mayor, lo cierto es que no acreditó que en las dos primeras plazas en mención hubiera ejercido las mismas funciones previstas para la tercera, pues solo indicó en su escrito de demanda y subsanación que tanto los requisitos para ocupar el empleo como las labores asignadas para todos sus pares eran exactamente iguales, pero sin acreditar este argumento.

Destacó que en virtud de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado a la cual se acoge, para aplicar el derecho a la igualdad en estos casos no basta con señalar la existencia de similitud en las funciones de los cargos comparados, pues quien alega lo propio tiene el deber de acreditar, por ejemplo, que como defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11 desempeñaba las actividades propias y correspondientes al cargo de defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual no ocurrió en este caso.



Añadió que si bien las funciones para el empleo de defensor de familia se encuentran reguladas 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, ello no supone que en todos los cargos serán ejecutadas de manera uniforme, pues estas son proporcionales a las responsabilidades y a la asignación salarial fijada en cada caso.

Aseveró que en este sentido, como incumbe a la parte activa probar la presunta violación del derecho a la igualdad según lo previsto en el artículo 167 del CGP, pero aun así se observa que esta no lo hizo, tampoco podría encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del Oficio 12100-E-2015-319223-0101 SIM 1760453984 del 25 de agosto de 2015, de suerte que debe tenerse como ajustada a derecho la decisión de negar la solicitud de nivelación salarial y prestacional de la libelista como defensora de familia.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN (Renglón 8 del índice 2 del registro en SAMAI)

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada a fin de que se acceda a sus pretensiones.

Para ello adujo que, como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia SU 510 del 9 de noviembre de 1995, «[...] una cosa es la discriminación y otra el trato diferente que, por hallarse justificado objetiva y razonablemente, es permitido, sin que se advierta en ello violación del derecho a la igualdad. La misma Constitución señala que la remuneración "es proporcional a la cantidad y calidad del trabajo", de donde surge la posibilidad de otorgar una mayor retribución al operario que produce más y mejor, empero, como lo ha enfatizado la Corporación, no basta la simple afirmación patronal de que unos trabajadores son más eficaces que otros ya que es al empleador a quien corresponde probar que el trato diferente que dispensa se halla objetiva y razonablemente justificado y que, por ende, no constituye discriminación". [...]».

Con base en este entendimiento jurisprudencial, recordó que el 29 de agosto de 2013 se expidió el Decreto 1863, por medio del cual se modificó el Decreto 2489 de 2006, en el sentido de suprimir de la nomenclatura y clasificación de empleos al interior del ICBF, los cargos de defensor de familia, código 2125, grados 20, 19, 18, 16, 15, 14, 13, 11 y 9. A su vez, señaló que dicha normativa fijó la equivalencia de las plazas denominadas bajo el mismo nombre y codificación anterior, pero en los grados 15, 13, 11 y 9, esto para que pasaran a ubicarse únicamente como defensores de familia, código 2125, grado 17.

Sobre el punto sostuvo que, el fundamento real de la expedición del referido Decreto 1863 de 2013, fue la necesaria observancia del Convenio Internacional del Trabajo 111 (aprobado por la República de Colombia mediante la Ley 22 de 1967), el cual buscaba eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación, es decir, suprimir los tratos violatorios del derecho a la igualdad como a los que se vio sometida la libelista al haber ocupado el cargo de defensora de familia con rangos salariales inferiores a los de sus pares en grados superiores como el 17, situaciones que la misma Corte Constitucional ha concebido como injustificados desde el punto de vista laboral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN



En el asunto *sub examine* no se presentaron alegaciones finales ni concepto del Ministerio Público, dado que tampoco fue necesario decretar ni practicar pruebas de segunda instancia. La ausencia de un período probatorio en esta oportunidad tornaba improcedente agotar el referido trámite, de acuerdo con lo previsto en el artículo 247, numeral 5.º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, vigente para la época de interposición del recurso de apelación objeto de estudio).

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada, la cual en el presente caso fue presentada únicamente por la parte demandante.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

¿La señora Diana Cristina Ortiz López demostró el supuesto tratamiento salarial y prestacional discriminatorio entre el cargo de defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11 para el cual había sido nombrada y posesionada, y el mismo empleo en mención en cuanto a denominación y código pero del grado 17, ello al interior de la planta de personal Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y durante el lapso comprendido desde el 1.º de enero de 2005 hasta el 29 de agosto de 2013 cuando se expidió el Decreto 1863 que determinó la equivalencia entre ambas plazas?

Sobre este cuestionamiento la Subsección tendrá como tesis que: la demandante no logró comprobar a plenitud ni con suficiencia los supuestos de hecho con base en los cuales sustentó sus pretensiones para sostener un criterio de semejanza entre los cargos comparados, a fin de realizar un juicio de igualdad material en punto a una eventual nivelación salarial y prestacional, tal como se expone a continuación:

➤ **El régimen jurídico y línea jurisprudencial aplicable para los cargos de defensores de familia del ICBF**

Sobre el punto debe advertirse inicialmente que el Decreto 2737 de 1989 «Por el cual se expide el Código del Menor», en su artículo 277 determinó tanto la noción como las funciones generales correspondientes al empleo de defensor de familia, así:

«ARTICULO 277. El defensor de familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

1. Invertir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales y extrajudiciales, de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 y en el presente código.
2. Asistir al menor infractor en las diligencias ante el juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación.



3. Citar al presunto padre para procurar el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial.

4. Aprobar, con efecto vinculante, cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares, sobre los siguientes asuntos:

- a) Fijación provisional de residencia separada;
- b) Fijación de cauciones de comportamiento conyugal;
- c) Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores;
- d) Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos, y
- e) Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor.

Fracasada la conciliación o al no poderse llevar a cabo y en caso de urgencia, el defensor de familia podrá adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces sobre las materias citadas en este numeral.

5. Conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares establecidas en este código.

6. Conceder permiso a menores para salir del país, de acuerdo con lo establecido para el efecto por el presente código.

7. Presentar las denuncias penales ante las autoridades competentes por la comisión de delitos donde aparezca como ofendido un menor.

8. Autorizar la adopción del menor en los casos señalados por la ley.

9. Solicitar la inscripción o corrección del nacimiento en el registro del estado civil, de los menores de dieciocho (18) años en situación irregular.

10. Solicitar la práctica de los exámenes antropoheredobiológicos para preconstituir la prueba en los procesos de filiación.

11. Solicitar a las entidades oficiales y privadas las certificaciones, informes, dictámenes y demás pruebas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

12. Otorgar autorización para la venta de inmuebles de menores en los casos señalados por la Ley 9ª de 1989 de reforma urbana, siempre que no se vulneren los derechos del menor.

13. Conocer privativamente de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores de doce (12) años y de las contravenciones cometidas por menores de dieciocho (18) años.

14. Ejercer las funciones de policía señaladas en este código.

15. Emitir los conceptos en las actuaciones judiciales o administrativas ordenados por la ley.

16. Solicitar a los jueces y funcionarios administrativos, la práctica de pruebas que sean necesarias en el cumplimiento de sus funciones.

17. Las demás que expresamente le señale este código, la ley o la dirección general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».

Ahora bien, con posterioridad a esta normativa, la Ley 1098 de 2006 «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia» con base en la cual se derogó la regulación anterior, determinó en el artículo 79 que el defensor de familia formaría parte de una dependencia de naturaleza multidisciplinaria



que se encargaría de manera general de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Puntualmente el artículo 82 *ibidem* enlistó cuáles serían las labores específicas de estos funcionarios:

«Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.
7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.
9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.
11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.
12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.



14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente
15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
19. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia».

Como se observa de estos apartes normativos, la misma ley ha sido la fuente de indicación de funciones para los defensores de familia del ICBF, sin que se haya hecho una diferenciación en razón de la clasificación y nomenclatura interna que adoptó la entidad. Es precisamente por esta razón que en la Resolución 1542 de 2007⁴ se contemplaron como funciones de manera general las mismas para las plazas de defensor de familia, código 2125, grados 11, 13, 15 y 17. No obstante, lo anterior no conlleva imperiosamente a la estimación de una paridad absoluta entre dichos empleos a pesar de la jerarquía en la que se encuentran, dado que al margen de la regulación legal existen previsiones internas de la administración que justifican la variedad de grados para una misma posición, esto en razón de las responsabilidades, requisitos, calidades y labores específicas asignadas a cada uno.

De hecho, el cargo de defensor de familia efectivamente fue objeto de un proceso de nomenclatura y clasificación previsto en el Decreto 2502 de 1998 para los grados 10, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, y 22; en el Decreto 2489 de 2006 para los grados 09, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 y finalmente en el Decreto 1863 de 2013 para el grado 17 que equiparó bajo tal denominación el aludido empleo para los grados 15, 13, 11 y 9.

En virtud de esta categorización en un rango jerárquico al interior de la planta de personal del ICBF, debe entenderse que, en efecto existen elementos diferenciadores de responsabilidad y desempeño de las funciones para la plaza denominada defensor de familia, tal como el Consejo de Estado⁵ lo advirtió en sentencia del 15 de junio de 2011 cuando planteó lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la Ley 4ª de 1992, estableció criterios objetivos para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional particular de los Servidores Públicos del Orden Nacional (art. 2) según la competitividad, funciones, responsabilidades y calidades exigidas según los niveles de los cargos. Por lo tanto, existe justificación legal para la previsión de los Grados dentro del Nivel Profesional – Defensor de Familia- variando la remuneración según sus responsabilidades y desempeño sin que encuentre la Sala una igualdad material por el solo hecho de que los requisitos y funciones generales del Defensor de Familia sean las mismas. [...]».

⁴ «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»

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de junio de 2011. Radicación: 760012331000200402610 01 (0801-2010).



Como ratificación de la postura en comento, resulta destacable que esta misma Subsección en sentencia del 21 de septiembre de 2017⁶, examinó los requisitos exigibles al funcionario que desempeñe el empleo de defensor de familia conforme a lo previsto en los artículos 278 del Decreto 2737 de 1989 y 80 de la Ley 1098 de 2006, así como las implicaciones que ello traería en punto al tratamiento diferencial (no discriminatorio), en lo que respecta a los salarios y prestaciones para los distintos grados correspondientes a esa misma plaza.

En el proceso aludido se pretendía la anulación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2489 de 25 de julio de 2006, esto bajo el entendido de que los defensores de familia del ICBF, en términos generales acreditaban un perfil común que junto con el cumplimiento de idénticas funciones previstas incluso de manera legal conllevaban en sentir de la parte activa de dicho litigio, que no se encontraba justificada la jerarquía remunerativa determinada por los grados de la misma plaza en cuestión.

Sin perjuicio de tales planteamientos, lo cierto es que esta Alta Corte en la providencia referida negó las pretensiones de nulidad al sostener que no se configuraba: «[...] 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 [...]». (Líneas intencionales).

➤ **El ejercicio de comparación exigido jurisprudencialmente para verificar la equivalencia de características entre empleos a nivelar**

En primer lugar, es necesario resaltar el hecho de que la demandante en su calidad de defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11 del ICBF, pretende la nivelación salarial con fundamento en un parangón con el mismo cargo en comento en punto a la denominación y codificación, pero del grado 17, ello al asegurar que esta se desempeñó desde el 1.º de enero de 2005 hasta el 29 de agosto de 2013 bajo las mismas condiciones de la última posición aludida pero en un nivel jerárquico inferior.

Pues bien, en materia de equivalencia de esquemas remunerativos cuando se alega por la parte activa el desempeño «de facto» de otro empleo con mejor nivel y grado en el esquema salarial de la propia entidad, esta Subsección precisó las condiciones para la procedencia de tal clase de pretensiones en sentencia del 9 de diciembre de 2019⁷, al indicar que:

«Quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar que: a) Cumplía las mismas funciones que este, b) contaba con la misma preparación y c) debe acreditar los requisitos que exige el empleo. El incumplimiento de esta carga procesal trae consecuencias desfavorables para la parte por cuanto al no probar los supuestos de hecho que alega se somete a que la decisión se profiera en su contra, ya sea con fundamento en lo probado por la otra parte o por la ausencia de pruebas que avalen sus alegatos.» (Negrita fuera de texto).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de septiembre de 2017. Radicación: 110010325000201200177 00 (0753-12).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de diciembre de 2019. Radicado: 76001-23-31-000-2011-00572-01 (4858-18).



Respecto de este planteamiento, la Corte Constitucional⁸ también indicó lo siguiente:

«[...] En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales...”

(....)

7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: **i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales** [...]» (Negrita de la Sala).

Lo anterior se sustenta en la medida en que el juicio de igualdad en el ámbito de las controversias derivadas del trabajo, no puede ser formal sino objetivo y material, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional⁹, así:

«De ahí pues que la igualdad de trato en la relación laboral no sólo deriva de una regla elemental de justicia en los estados democráticos sino de la esencia de la garantía superior al trabajo, ya sea que éste se preste ante entidades públicas o privadas. (...) Por lo tanto no toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente. En consecuencia no toda diferencia salarial entre trabajadores que desempeñan el mismo cargo vulnera el principio “a trabajo igual salario igual”, como quiera que es posible encontrar razones objetivas que autorizan el trato diferente.»

6. El principio *a trabajo igual, salario igual*, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación.

Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras **(i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos.**» (Cursiva según la transcripción. Negrita de la Subsección).

⁸ Sentencias T-027 de 1997, SU-111 de 1997 y T-272 de 1997 Corte Constitucional. Esta corporación también señaló al respecto en la sentencia del 19 de julio de 2007 Radicado 454 A-2007 lo siguiente: «[...] Al respecto, se ha afirmado que “en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo” Sentencia SU-519 de 1997 [...]» (Subraya y negrilla de la Sala).

⁹ Corte Constitucional. Sala novena de revisión. Sentencia T-833 del 23 de octubre de 2012. Expediente: T-3.561.818 y sentencia C-071 del 25 de febrero de 1993 de la Sala Plena de dicha corporación en el expediente: D-113. Se aclara en este punto que a pesar de que la primera de las providencias referidas es de revisión de tutela con efectos *inter partes*, lo cierto es que dentro de su parte considerativa se desarrolló una regla jurisprudencial de aplicación homogénea en clave de precedente relacionada con lo casos en los que se invoca la igualdad para efectos de nivelación salarial.



Estas consideraciones implican que en los asuntos donde se afirma una presunta igualdad basada en el ejercicio homogéneo de funciones que le corresponden a un empleo con mejor remuneración, y en el cumplimiento exacto de requisitos o perfiles para desempeñar la misma actividad, tales hechos tendrán que valorarse en conjunto con todas las condiciones particulares de cada cargo en contraste desde diferentes aristas objetivas, en orden de fijar un criterio de equiparación viable en lo relativo a la nivelación salarial, en tanto un examen adecuado para hallar un trato discriminatorio únicamente puede ser predicado entre pares y no entre similares con ciertas diferencias¹⁰.

Conforme a lo esbozado, se precisa que quien pretenda el pago de una diferencia en su remuneración porque considera que las funciones y demás condiciones que cumple resultan asimilables a las de otro empleo cuya asignación es mayor, debe acreditar que existe un criterio de igualdad entre los dos para poder evidenciar si se presenta un trato disímil injustificado, aspecto que solo se logra si se comprueba fehacientemente que quien está en la supuesta situación desfavorable: a) cumplía las mismas funciones y tenía iguales responsabilidades que las de la plaza comparada, b) contaba con idéntica preparación o perfil al de un funcionario que ocupa el cargo contrastado, y c) acreditaba la totalidad de requisitos exigidos para desempeñar el empleo cotejado¹¹.

➤ De la situación particular de la libelista

Acorde con las precisiones jurídicas expuestas, es imperioso valorar los únicos elementos probatorios aportados y practicados en el proceso. Al respecto, en el expediente solo obran los siguientes medios de convicción:

• Certificado laboral emitido por la coordinadora del grupo administrativo del ICBF el 3 de agosto de 2015, en el que se indica que la señora Diana Cristina Ortiz López ha laborado para dicha entidad en los siguientes períodos y cargos: i) del 1.º de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2009 como defensora de familia, código 2125, grado 09; ii) del 14 de diciembre de 2010 al 9 de septiembre de 2013 como defensora de familia, código 2125, grado 11; y iii) del 12 de octubre de 2013 a la fecha de expedición de la mentada certificación como defensora de familia, código 2125, grado 17. (Folios 45 a 46).

• Petición de fecha julio de 2015 radicada por el demandante ante la directora nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la cual solicitó la nivelación salarial y prestacional correspondiente al pago de las diferencias por tales conceptos entre los cargos de defensores de familia, código 2125, grados 9 y 11, en comparación con aquel empleo, pero del grado 17. (Folios 5 a 8).

• Oficio 12100-E-2015-319223-0101 SIM 1760453984 del 25 de agosto de 2015 expedido por la directora de gestión humana del ICBF, en virtud del cual dicha entidad negó la nivelación salarial deprecada por la parte activa, ello con base en la siguiente motivación:

«[...] Al respecto me permito manifestarle que, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no puede reconocer y pagar la diferencia salarial y prestacional solicitada por usted, toda vez que no existe norma que lo faculte para ello, ya que el Decreto 1863 de 2013, reclasificó el grado de los Defensores de Familia en el ICBF, con efectos a futuro a partir de la fecha de su publicación y no se dispuso en ninguno de sus artículos el pago de diferencias salariales.

[...] De acuerdo con esto, no puede afirmarse que existe una igualdad material, pese a que pudiesen considerarse similares las funciones y calidades de los diferentes

¹⁰ La mentada tesis jurídica ya fue advertida por esta misma Subsección en sentencia del 15 de julio de 2021, proferida en el proceso con radicado: 73001-23-33-000-2016-00616-01 (0047-2018).

¹¹ *Idem*.



Defensores de Familia, ya que, existen otros criterios que la ley ha determinado para clasificar el empleo y por ende su remuneración [...]

En el presente caso, se pretende a través de su petición, acceder a un cargo superior sin haber realizado el respectivo concurso, o sin haber agotado las etapas para su otorgamiento. Pretermisión que, amén no estar justificada, se constituiría como una verdadera forma de violación al principio de igualdad respecto a aquellas personas que concursaron y superaron las etapas de evaluación para acceder al grado 17. Acceder a su requerimiento sería tanto como pasar por encima del sistema de carrera administrativa fundada en la llamada meritocracia, generando así una transgresión al principio de igualdad material.

El grado del cargo de Defensor de Familia en el que se le vinculó en el ICBF, fue el grado 12 y con el cambio de nomenclatura se convirtió en grado 09, posteriormente en un segundo ingreso nombrada en grado 11 y no el 17, razón por la cual, no es viable en este momento pretender un grado mayor al que se le nombró, sin que haya concursado para dicho cargo. [...]». (Folios 2 a 3).

Una vez realizado el examen probatorio del caso, es posible inferir como lo hizo el *a quo* que, la parte demandante mantuvo una actitud probatoria pasiva frente a la acreditación de los supuestos de hecho con los cuales soportaba la tesis jurídica de sus pretensiones. Por cuanto al verificar las evidencias documentales allegadas al proceso *sub lite*, solo se advierte una certificación laboral sobre los tiempos y forma de vinculación, así como la petición y el acto administrativo reprochado.

Si bien la apelante sostiene que el supuesto trato discriminatorio se evidencia del simple fundamento de expedición del Decreto 1863 de 2013 que otorgó equivalencia al grado 17 a ciertos empleos de defensor de familia de grados inferiores como el 15, 11, 13 y 9, de los cuales dos de ellos los detentó la señora Ortiz López, lo cierto es que los efectos de esta normativa solo operaron hacia futuro desde el momento de su entrada en vigor el 29 de agosto de 2013, tal como se desprende del artículo 2.º *ejusdem* que reza:

«ARTÍCULO 2. Establécese a partir de la vigencia del presente decreto, la siguiente equivalencia de empleos:

Situación anterior		Situación nueva	
Denominación	CódigoGrado	Denominación	CódigoGrado
	17		17
	15		17
Defensor de Familia	2125 13	Defensor de Familia	2125 17
	11		17
	09		17

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.

A los empleados públicos que al entrar en vigencia el presente decreto estén desempeñando empleos de Defensor de Familia no se les exigirán requisitos distintos a los ya acreditados.». (Subrayado fuera de texto).

La ausencia de regulación retroactiva de este postulado denota que con dicha norma no se buscó efectuar una homologación a los defensores de familia que se encontraban en una situación jerárquica inferior a la de un empleado en grado 17, sino realizar un cambio estructural en la nomenclatura y clasificación de una parte de la planta de personal del ICBF, tanto así que en el artículo 1.º *ibidem* se suprimieron precisamente los cargos de defensores de familia,



código 2125, grados 11 y 9.

Lo expuesto implica que la determinación del Decreto 1863 de 2013 obedeció a una decisión propia de la administración en virtud de su potestad reglamentaria derivada de la Ley 4.^a de 1992, ello con el fin de unificar algunas plazas bajo una misma denominación, lo cual implicaba el consecuente cambio de funciones, responsabilidades y salario, pero no para subsanar un presunto trato discriminatorio, sino para reformular el régimen funcional interno desde una fecha específica en adelante, esto respecto de quienes ocupaban el cargo de defensor de familia bajo otras condiciones diferentes.

La existencia de dicha divergencia entre plazas de una misma denominación, pero de distinto grado, hace necesario que en caso de pretender una nivelación salarial como la deprecada por la libelista, esta última se encuentre obligada a comprobar su tesis de vulneración del derecho a la igualdad, bajo el entendido de que debió estar en una situación de paridad en todos los aspectos frente al empleo con el que se compara.

Sin perjuicio de lo anterior, también es indispensable destacar que como se precisó anteriormente en punto a los criterios jurisprudenciales para la procedencia de los pedimentos bajo estudio, para este tipo de casos no basta asegurar y demostrar el cumplimiento de hecho de funciones diferentes a las de la plaza en la que la demandante fue designada y que aquellas están previstas para una posición laboral superior en la estructura jerárquica de la planta de personal de una entidad, sino que además deben comprobarse otros elementos de juicio objetivos como los siguientes: «[...] i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales. [...]»¹².

En suma, debe resaltarse que en el presente asunto no fueron aportadas ni solicitadas con la demanda las mínimas pruebas necesarias, útiles y conducentes para determinar aspectos tan relevantes y fundamentales de la *litis* como: i) las funciones, condiciones salariales y demás criterios de comparación respecto del empleo de defensor de familia, código 2125, grado 17; ii) el horario y forma de trabajo contemplada para las plazas en comparación; iii) la preparación académica, experiencia o trayectoria del libelista y las exigencias en tal sentido consagradas para la posición superior aludida; y iv) las responsabilidades asignadas a cada una.

Por lo expuesto, esta situación impide materialmente realizar cualquier tipo de análisis de contraste, pues no reposan medios de convicción con los que sea posible inferir al menos un grado de similitud en los aspectos que jurisprudencialmente se aducen indispensables como elementos estructurales de una nivelación salarial.

Al respecto basta recordar que en casos de contornos fácticos y jurídicos similares al *sub lite*, donde se discute una equiparación remunerativa de un defensor de familia del ICBF, el Consejo de Estado se ha pronunciado con claridad en lo atinente a la falta de actividad probatoria sobre el punto, así:

«[...] Ahora bien en este asunto se probó que la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de defensora de familia, código 2125, grado 13, el 13 de octubre de 2010. (ff. 32). De igual manera, que a través de oficio S-2013-006184-NAC de 22 de febrero de 2013 se le negó la nivelación salarial respecto del cargo defensor de familia, código 2125 grado 17. (ff. 20-21).

¹² Corte Constitucional. Sala novena de revisión. Sentencia T-833 del 23 de octubre de 2012. Expediente: T-3.561.818.



Por certificación del coordinador del grupo administrativo del ICBF, Regional Caldas, de 24 de noviembre de 2011, se probaron las funciones, salario mensual y horario de trabajo del empleo de defensor de familia, desempeñado por la actora, código 2125, grado 13, (ff. 32).

También se probó que esas funciones son similares a las del defensor de familia código 2125, grado 17, de conformidad con lo señalado en la Resolución No. 01542 de 2007. Se comprobó además que la accionante fue vinculada posteriormente en el cargo de defensora de familia, código 2125, grado 17, con una remuneración mensual equivalente a \$3'461.791, a partir del 10 de septiembre de 2013. (ff. 104).

[...] De acuerdo a todo lo anterior, se concluye que el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones fuesen iguales para los grados 13 y 17 no se evidencia *per se* la configuración de la desigualdad para poder dar aplicación al principio «a trabajo igual, salario igual», pues pese a que las funciones generales para el empleo de defensor de familia, 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) no significa que todos los defensores de familia las ejerzan pues la especificidad de sus cargos, les exigen unas adicionales, como bien lo precisó el Tribunal de origen. [...]»¹³.

«[...] 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 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*.

[...] Así las cosas, no se encuentra desvirtuada la presunción de 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 con 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 injustificada. [...]»¹⁴

Conforme a esta línea de intelección y debido a la falta de evidencia que respalde la tesis de la parte activa sobre la supuesta discriminación salarial a la que se vio sometida, para la Subsección resulta evidente que se configura un incumplimiento frente a la carga probatoria de la demandante en lo que respecta a la demostración de los supuestos de hecho y jurídicos que alega para el reclamo de su derecho. El referido mandato se deriva del contenido del artículo 167 del Código General del Proceso que consagra lo siguiente:

«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.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 1.º de marzo de 2018. Radicado: 17001-23-33-000-2013-00150-01(0408-14).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 25 de abril de 2019. Radicado: 52001-23-33-000-2016-00265-01(4375-17).



determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. [...]»

La normativa citada impone una carga procesal¹⁵ a las partes dentro del proceso judicial, consistente en la necesidad de presentar las pruebas demostrativas de los hechos señalados en la demanda o de las excepciones que se aleguen en la contestación para su respectivo éxito.

Ahora, si bien existen algunas variables excepcionales a la regla general en comento como lo son la carga dinámica de la prueba o la facultad oficiosa del juez, en el *sub lite* estas no se configuran, habida cuenta de que a la entidad demandada solo le correspondía y tenía la facilidad de evidenciar en el proceso cómo tiene estructurada su planta de personal, mientras que para el libelista resultaba necesario y factible demostrar que ejerció sendas actividades, tenía el mismo perfil, asumió responsabilidades idénticas a las de un defensor de familia, código 2125, grado 17 con el que buscaba compararse, y que el salario de este era superior.

Aquellas circunstancias no pueden simplemente asumirse como iguales para ambos cargos por afirmarse lo propio en la demanda o por la sola comparación de manuales de funciones como si se tratara de una presunción de derecho, más aun cuando aquellos no fueron aportados.

Por lo expuesto, debe tenerse en cuenta que es la libelista quien aduce que se encontraba en una situación de equiparación salarial con fundamento en el aparente ejercicio de las mismas funciones de un defensor de familia, código 2125, grado 17, a pesar de asegurar que había sido nombrada en la misma plaza pero en el grado 9 y 11, de modo que aquella debía tener la evidencia documental o testimonial de ese supuesto, sin que pueda pensarse que es la entidad empleadora la que está en mejores condiciones para corroborar aquello, pues ese presunto trato discriminatorio no solo debe ser funcional, sino en las demás condiciones como perfil, experiencia y otros requisitos que únicamente puede acreditar quien alega que los cumple.

En todo caso, el enfoque de convicción en este punto, más que unos hechos específicos es la imputación del supuesto actuar ilegal de la autoridad demandada, el cual inicialmente se presume ajustado a derecho. Tal punto hace inviable reasignar la carga probatoria a la entidad y exonerar de ella a la libelista, pues transgrediría las garantías constitucionales del debido proceso y de la no autoincriminación, tal como esta misma Subsección¹⁶ lo planteó en sentencia del 8 de octubre de 2020 bajo la siguiente intelección:

«[...] A pesar de ser cierta la dificultad que comporta el tener que probar aquel punto factual, debe tenerse en cuenta que esto no se torna en una mayor facilidad para aportar el medio demostrativo por parte del sujeto endilgado y en la consecuente dinamicidad de la carga en comento tendiente a que sea aquel

¹⁵ La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han diferenciado los conceptos de «deberes procesales», «obligaciones procesales» y «cargas procesales». Los primeros hacen alusión a los imperativos ordenados en la ley para el adecuado desarrollo del proceso y que incumben tanto al juez como a las partes. Los segundos son las obligaciones de contenido patrimonial impuestas a los sujetos procesales con ocasión del adelantamiento del proceso, como las costas. Finalmente, las cargas procesales son situaciones que fija la ley que implican una realización de una conducta facultativa de las partes y en su propio beneficio y cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables en su contra, verbigracia, no aportar pruebas. Al respecto ver Auto del 17 de septiembre de 1985, Sala de Casación Civil, que resolvió una reposición. Gaceta Judicial tomo CLXXX – N.º 2419, Bogotá, Colombia, año de 1985, pág. 427. También ver la sentencia de la Corte Constitucional C-1512 de 2000.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 8 de octubre de 2020. Radicado: 25000-23-42-000-2013-02283-01 (0093-17).



quien haga evidente la posición contraria. Lo anunciado porque al no tratarse de un hecho en sí mismo sino una suerte de imputación fáctica y jurídica, sería violatorio de las garantías constitucionales de prohibición de autoincriminación y particularmente en el caso de las entidades del estado, del precepto de inoperancia de la confesión, cuyo sustento es precisamente la legalidad inherente a sus actos, que solo puede ser enervada con un adecuado ejercicio probatorio, el cual que por antonomasia no le puede corresponder a la propia administración al no tratarse de un régimen objetivo de judicialización donde se asuma desde el principio la arbitrariedad del Estado. [...]

Por otra parte y sin perjuicio de lo expuesto, también se descarta la posibilidad de que ante la falta de pruebas aportadas por la señora Ortiz López, sería el juez quien tendría la obligación de actuar *ex officio* a su favor para decretar y buscar la práctica de los medios de convicción que se consideraran pertinentes para corroborar la tesis jurídica con la que respalda sus pretensiones.

Al respecto, se observa que esta Sala¹⁷ en sentencia de tutela contra una providencia que asumió la referida improcedencia en un caso con similitudes fácticas y jurídicas, puntualizó que no se presenta un defecto fáctico y tampoco constituye un deber del juzgador intervenir en tal sentido. Se rescata de dicho fallo lo siguiente:

«[...] Se advierte que, como ciertamente lo manifestó el Tribunal, dentro del plenario no obra ninguna prueba relativa a las funciones asignadas al cargo cuya nivelación pretendía la demandante y las que efectivamente desempeñaba, lo cual impedía determinar si, como aquella lo afirmaba, cumplía las mismas obligaciones de dicho cargo y a pesar de ello recibía una remuneración menor (...) la accionante discurre que el juez, en ejercicio de sus facultades, tenía el deber de solicitar de oficio las pruebas requeridas para comprobar lo afirmado en la demanda. **No obstante, debe aclararse que si bien es cierto los jueces pueden decretar pruebas de oficio, también lo es que no pueden suplir el deber probatorio de alguna de las partes, pues ello equivaldría a favorecer a una de ellas y desconocer los derechos de la otra, con lo cual se generaría una parcialidad y un desequilibrio procesal.** Lo sostenido en precedencia cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la demandante contó con las oportunidades procesales necesarias para acreditar que ejercía las mismas funciones que las asignadas al cargo de auxiliar de servicios generales (...) las cuales fueron debidamente garantizadas por el Tribunal. De hecho, en la demanda solicitó las pruebas que en su criterio reunían los requisitos para brindar convencimiento al juez, quien las decretó en la audiencia inicial. Ahora bien, si el municipio demandado no allegó las pruebas requeridas o las remitió de forma incompleta, la demandante podía, una vez el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué puso en conocimiento el contenido de los documentos presentados, informar la ausencia de ellas y/o insistir la práctica de las mismas. Empero, decidió no pronunciarse (...) En ese orden de ideas, no se aprecia la configuración de un defecto fáctico en ninguna de sus dimensiones. Por el contrario, se denota que el Tribunal Administrativo del Tolima valoró las pruebas obrantes en el expediente, de conformidad con las reglas de la sana crítica y con base en ellas adoptó una decisión ajustada a derecho. [...]». (Negrita fuera del texto original)

Como se desprende de lo transcrito *ut supra*, no es posible que el juez decrete pruebas de oficio en casos como el particular cuando se configura una clara inactividad de la parte activa para aportar e incluso para solicitar elementos de evidencia que demuestren sus supuestos de hecho, habida cuenta de que ello implicaría una suerte de parcialidad proscrita para el tercero objetivo que decide de fondo el litigio.

Es decir, la conducta judicial oficiosa en controversias donde se requiere la práctica de determinados medios de convicción está limitada a buscar la

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicado: 11001-03-15-000-2018-01606-00(AC).



verdad y esclarecer puntos oscuros del debate cuando las partes han cumplido adecuadamente su respectiva carga, pero esta no ha sido suficiente y definitivamente resulta indispensable demostrar un punto clave a fin de emitir una decisión de mérito ajustada a derecho.

Según lo anterior, la falta de interés así como de acciones afirmativas y contundentes de las partes para acreditar los elementos fácticos y jurídicos que se alegan con la demanda o su contestación, no puede ser suplida por las facultades oficiosas del juez, lo cual acontece en el presente caso donde se verifica que la parte activa solo allegó y solicitó las pruebas documentales enlistadas previamente, más aun cuando adujo con total precisión que aquellas eran suficientes para evidenciar el supuesto trato salarial discriminatorio que habilitaba la nivelación remunerativa deprecada. Por lo anterior, se hace patente que la demandante incumplió con la carga procesal que solo le correspondía a aquella.

Al respecto, es dable precisar que el referido postulado adjetivo sobre la carga de la prueba se compone de tres principios fundamentales: i) el *onus probandi incumbit actori*, esto es, al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta la demanda; ii) *reus, in excipiendo, fit actor*, relativo a que la parte demandada una vez presenta excepciones actúa como actor y, por ende, debe probar los hechos en que basa su defensa y; iii) *actore non probante, reus absolvitur*, que predica la absolución del demandado si la parte activa no prueba los supuestos de hecho en que fundamentó la demanda¹⁸.

Bajo esta línea de intelección, se resalta que la inobservancia de la mentada carga trae consecuencias desfavorables para la parte que no la satisface, puesto que al no probar los supuestos de hecho que alega, se somete a que la decisión se profiera en su contra, ya sea con fundamento en lo demostrado por el otro extremo litigioso o por la ausencia de medios de comprobación, tal como se advierte en el presente caso y se convalida frente al análisis del tribunal de primera instancia.

En conclusión: la demandante no cumplió con la carga probatoria para demostrar el supuesto tratamiento salarial discriminatorio entre esta, en calidad de defensora de familia, código 2125, grados 9 y 11, y un empleo de la misma denominación pero en grado 17 al interior de la planta de personal del ICBF, toda vez que de los únicos medios de convicción allegados a la actuación, no es posible realizar el ejercicio comparativo que permita evidenciar cada uno de los elementos objetivos de análisis previstos jurisprudencialmente para que proceda una nivelación remunerativa como la deprecada.

En todo caso, tampoco era viable redistribuir dicha imposición para que fuera suplida por la autoridad demandada, debido a que tales postulados de hecho solo pueden ser conocidos y demostrados por la interesada quien tiene la facilidad y acceso a las evidencias de su propia afirmación. Lo mismo se sostiene acerca de la improcedencia para que el juez decretara pruebas de oficio tendientes a acreditar los puntos en litigio, toda vez que asentir en ello constituiría un acto parcializado ante la debilidad o inactividad de la parte demandante para sustentar la tesis jurídica de sus pretensiones.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia del 2 de marzo de

¹⁸ En la sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 1993 se analizó la evolución de las reglas de la carga de la prueba contempladas en el artículo 177 del CPC. Ver también la sentencia del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2016. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-01739-01(1634-13).



2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que denegó las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por la libelista.

De la condena en costas en segunda instancia

Esta subsección en providencia del 7 de abril de 2016¹⁹, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de dicha carga, bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público²¹.

Ahora, aun bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la demandante, en la medida que a pesar de haber resultado vencida en esta oportunidad, conforme el numeral 8.º del artículo 365 del CGP no es posible la comprobación de dicha carga, en tanto no hubo intervención de las partes en segunda instancia ante la ausencia de un período probatorio y el consecuente traslado de alegatos de conclusión según lo previsto en el artículo 247, numeral 5.º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), tal como se indica en la constancia secretarial visible en el índice 8 del registro en SAMAI.

¹⁹ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

²⁰ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».

²¹ Regula la norma lo siguiente: “[...] 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 [...]».



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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 2 de marzo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que negó las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Diana Cristina Ortiz López contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el sistema de registro SAMAI, y una vez ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Ausente con permiso

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

