

ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD – Procedencia / SIMPLE NULIDAD PROCEDE CONTRA LOS ACTOS DE CARÁCTER GENERAL Y PARTICULAR - Cuando comporte un especial interés para la comunidad y, cuando no se esté en presencia de una pretensión litigiosa

[L]a acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular, caso este último cuando comporte un especial interés para la comunidad y, cuando no se esté en presencia de una pretensión litigiosa. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 estableció el medio de control de nulidad para los actos administrativos de carácter general y excepcionalmente previó esta misma acción contra actos administrativos de carácter particular, en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente. Las reglas a las que alude el párrafo de la norma transcrita son las señaladas en el artículo 138 ibidem para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En el caso sub iudice de las pretensiones del actor se desprende que propugna la declaratoria de nulidad de normas que establecen el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos públicos, y específicamente de aquellas que señalaron diferentes grados de defensor de familia, por lo que no cabe duda de que su contenido y objetivos trascienden su mero interés particular y que su proyección va más allá en cuanto afectan derechos de un amplio sector de la comunidad, circunstancia ésta que legitima la acción de simple nulidad. Es decir, la decisión que eventualmente se adopte tendría repercusiones de orden social y económico en un importante número de personas. Así las cosas y sin necesidad de más consideraciones, es claro para la Sala que el actor estaba en su derecho de incoar la acción de simple nulidad contemplada en el artículo 84 del CCA, por lo que se declarará no probada la excepción de inepta demanda propuesta por las entidades demandadas.

DEFENSOR DE FAMILIA – Sistema de nomenclatura / DEFENSOR DE FAMILIA – Labores y funciones / REQUISITOS Y FUNCIONES – Iguales en diferentes grados / FUNCIONES DESARROLLADAS – Justifica la escala de nomenclatura / DERECHO A LA IGUALDAD – No vulnerado al tener sistema de nomenclatura

[N]o puede concluirse que porque los requisitos sean los mismos para desempeñar el cargo de defensor de familia y sus funciones se enlisten de manera general para dicho empleo, se esté frente a una clasificación discriminatoria o sin justificación alguna, puesto que, se repite, el decreto demandado se expidió con fundamento en la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 2.º, como ya se explicó, atiende criterios adicionales como lo son la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales y la naturaleza de las funciones, sus competencias y responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, entre otras. En otras palabras, tal como se precisó en la sentencia referida, no es dable concluir que por el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones sean iguales en determinados grados, se configure una desigualdad de grado sumo que haga anulable el decreto acusado. Tampoco es viable pregonar una desigualdad en materia salarial en cuanto, esa igualdad que pretende el actor, no se limita simplemente a una similitud numérica 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.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2489 DE 2006 (25 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 2 (NO NULO) / DECRETO 2489 DE 2006 (25 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 4 (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12)

Actor: DARÍO GAITÁN GARCIA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

NULIDAD SIMPLE

Conoce la Sala en única instancia de la demanda de simple nulidad instaurada por el actor en contra de los artículos 2.º y 4.º del Decreto 2489 de 25 de julio de 2006 proferido por el ministro de Hacienda y Crédito Público y el director del Departamento Administrativo de la Función Pública «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» y de la Resolución 1542 de 12 de julio de 2007 expedida por la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar «Por la cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta Global de

Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1 Pretensiones

Se demandan los artículos 2.º y 4.º del Decreto 2489 de 2006 solo en lo que respecta a los grados de defensor de familia, en los apartes que se transcriben a continuación:

Artículo 2.º De la nomenclatura y clasificación de los 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
		09

...

Artículo 4.º.Equivalencias de empleos. Establécense a partir de la vigencia del presente decreto, las siguientes equivalencias de empleos:

...

SITUACIÓN ANTERIOR NIVEL PROFESIONAL			SITUACIÓN NUEVA NIVEL PROFESIONAL		
Denominación	Código	Grado	Denominación	Código	Grado
Defensor de familia	3125	22	Defensor de familia	2125	19
		21			18
		20			17
		19			16
		18			15
		17			14
		16			13
		14			11
		12			09
		10			07

Así mismo, dice que como consecuencia de la nulidad solicitada, también se debe declarar la nulidad de la Resolución 1542 del 12 de julio de 2007 «Por medio de la cual se adopta el Manual específico de Funciones y Competencias Laborales para

los empleos de la Panta global del Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar» en la que se establece la identificación, el propósito principal, la descripción de funciones esenciales, las contribuciones individuales, los conocimientos básicos y los requisitos de estudios para el desempeño del cargo de defensor de familia en los diferentes grados existentes.

Solicita que en consecuencia se establezca un grado único para el citado cargo, cuyo grado sea el codificado como el máximo en la escala salarial correspondiente, que para la época de la presentación de la demanda correspondía al grado 19 y que, en tal sentido, sea modificada la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

1.1.2. Hechos.

Expuso, luego de hacer una síntesis de las denominaciones que ha tenido el cargo de defensor de familia, inclusive desde antes de la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y de explicar que el rotulo de defensor de familia surge desde la expedición del decreto 2272 de 1989, por medio del cual se creó la jurisdicción de familia, que los grados diferenciados establecidos a través del decreto acusado no responden a criterios técnicos objetivos previamente establecidos en las normas generales de administración de personal y de carrera administrativa aplicables a los servidores públicos y, por consiguiente, carecen de contenido legal, en tanto no existe diferencia funcional ni de requisitos, ya que para todos se exige la misma formación profesional, especialización y desarrollan idénticas funciones, por lo que la diferencia salarial entre uno y otro resulta discriminatoria.

Estimó que, en consecuencia, los requisitos, funciones y responsabilidades detallados para el empleo de defensor de familia no justifican que exista una diferenciación en grados que implique diferencia salarial entre unos y otros.

A manera de ejemplo transcribió el artículo 277 del Decreto 2737 de 1989 «Por medio del cual se expidió el Código del Menor» que contiene las funciones del defensor de familia y las consagradas en el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y Adolescencia- para evidenciar que en uno y otro caso las funciones a desempeñar son similares, con el fin de reforzar su argumentación según la cual ante similitud de funciones no debe existir diferenciación en grados

que signifique un trato salarial diferente.

Así mismo señaló que son idénticos los requisitos exigibles al defensor de familia según lo establecido en los artículos 278 del Decreto 2737 de 1989 y 80 de la Ley 1098 de 2006, por lo que no existe justificación para su diferenciación en materia salarial, además de que son los mismos que se exigen, sin modificación alguna, en la Resolución 1542 de 2007, demandada en este caso.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Estimó como vulnerados los artículos 13, 122 y 123 de la Constitución Política; 2.º de la Ley 4.ª de 1992; 1.º, 2.º y 3.º de la Ley 909 de 2004.

Al momento de desarrollar el concepto de violación consideró que los actos administrativos que se demandan no respetaron los requisitos fijados en la Ley 1098 de 2006 por la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, en cuanto no señalan grados entre los defensores de familia como sí lo hace el decreto demandado que en su artículo 2.º establece el empleo en mención con codificación 2125 y grados 20, 19, 18, 17, 16, 15, 14, 13, 11 y 09 con una asignación salarial independiente sin justificación alguna, no obstante que los requisitos y funciones son los mismos.

1.2. La contestación de la demanda

1.2.1. El apoderado del **Departamento Administrativo de la Función Pública** dio contestación a la demanda¹ para lo cual propuso en primera medida la excepción de ineptitud sustantiva por cuanto los actos demandados no integran una proposición jurídica completa con los Decretos 3265 de 2002, 423 de 2008 y 4482 de 2009, que sustentan y materializan su existencia, pues consagran la existencia de distintos niveles de cargos de defensor de familia en la planta de personal del ICBF.

Como segunda medida estimó que la acción incoada tiene como propósito principal la nulidad de los actos administrativos en busca de la preservación del orden jurídico, pero para obtener un beneficio particular y concreto, y para ello existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹ Folios 108 a 116

Como tercera medida, en cuanto al fondo del asunto, expresó que según la ley 4.^a de 1992 el sistema salarial está integrado por la estructura de los empleos que comprenden nomenclatura, la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de empleo de acuerdo con los niveles jerárquicos determinados por las normas vigentes, razón por la cual se expiden los decretos de nomenclaturas de las distintas denominaciones y categorías de empleos, sin lo cual no sería posible materializar las escalas o tablas salariales; que en el caso del ICBF rige la materia la Ley 909 de 2004, y los Decretos 770 de 2005, 1227 y 2539 de 2005, así como el Decreto 2489 de 2006 modificado y actualizado por los Decretos 1227, 2892 y 4061 de 2011, 3650 y 4747 de 2010, 3365 de 2009, 4682 de 2008, 3043 y 4137 de 2007, y 3070 de 2006, y no la citada Ley de Infancia y Adolescencia o el referido Código del Menor.

1.2.2. Por su parte el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** igualmente propuso como excepción la de ineptitud sustantiva de la demanda² toda vez que como consecuencia de la declaratoria de nulidad deprecada el actor pretende que «(...) se adopte uno solo para el grado único de Defensor de Familia demandado...», lo cual es propio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, consideró que las pretensiones de la demanda son claras en dejar ver que la finalidad no se limita al análisis de legalidad del acto administrativo sino que tuvieron un alcance mayor en los derechos subjetivos de quienes ostentan el cargo de defensor de familia para la creación de un cargo único, es decir que hay un grupo específico cuyo interés se ve reflejado en la demanda instaurada por el señor Gaitán García.

En cuanto a la legalidad del acto demandado, estimó que éste se encuentra en consonancia con los principios y reglas generales existiendo justificación legal para la constitución de grados del nivel profesional -defensor de familia- variando su remuneración, según sus responsabilidades y desempeño, sin que por el hecho de ser exigibles los mismos requisitos o funciones se predique una igualdad material *per se*.

De igual manera manifestó que los antecedentes del decreto demandado se

² Folios 120 a 125

fundamentan en la supresión del nivel ejecutivo, según las jerarquías que establecía el Decreto 2503 de 1998, supresión que se da con la expedición del Decreto 770 de 2005 en la simplificación de grados salariales que ocurre con la expedición del Decreto 2488 de 2006 y a un menú de opciones que ha de ofrecerse a las entidades y organismos públicos a las cuales se les aplica el Decreto 2489 de 2006 para que se puedan atender las responsabilidades y cargas de trabajo asociadas a competencias o a estudios y experiencias exigibles para el desempeño de un empleo público, según el manual específico de funciones y de competencias laborales que debe expedir cada entidad y organismo público.

1.2.3. A su turno el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** al momento de ejercer su derecho de defensa se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso también la excepción de ineptitud sustantiva por improcedencia del medio de control ejercido³.

Explicó que la figura del defensor de familia tiene una existencia de más de 40 años y se encuentra sometida a diferentes normas de orden legal y reglamentario. Agregó que no es cierto la afirmación del actor según la cual los grados 15 y 17 son iguales, habida cuenta de que el grado 17 corresponde al antiguo grado 20 y fue incorporado al ICBF conforme los requisitos de experiencia y profesión establecidos en el Código del Menor, en tanto que los defensores de familia grado 15 fueron creados a partir del año 2008 e incorporados al ICBF conforme los requisitos exigibles en la Ley 1098 de 2006, luego los supuestos de hecho en cada uno de los grados enlistados en el artículo 2.º del acto acusado son diferentes.

Dijo que en efecto, los requisitos de acceso a los empleos son distintos, por lo que no resulta aplicable en este caso el principio de «a trabajo igual, salario igual».

Expuso que los actos acusados se expidieron con base en las normas en que debían fundarse y que regulan el ingreso y permanencia en el servicio público, luego ningún vicio de nulidad se puede concluir de ellos.

1.2.4. Finalmente el ciudadano **Erwin Rodríguez Molina**, quien dijo intervenir en calidad de tercero interesado en las resultas del proceso, manifestando su condición de defensor de familia⁴, consideró que las pretensiones de la demanda

³ Folios 158 a 166

⁴ Folios 167 a 169

están llamadas a prosperar en razón a que la asignación de un grado a un cargo como forma de acceso al servicio no es la justificación para negar la unificación de grado de los defensores de familia inobservando los artículos 15, 53, 122 y 123 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992, presupuestos normativos que no se concretaron en el caso de los cargos que ostenta el interviniente.

Resaltó que todos los defensores de familia del país cumplen un mínimo de requisitos para ocupar el cargo sin que al momento de determinar las funciones se haya efectuado alguna diferencia que justifique la remuneración existente entre los diferentes grados establecidos en el Decreto demandado.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. La parte demandante al descorrer su traslado reiteró los argumentos de la demanda⁵, agregando como novedad el hecho sobreviniente relacionado con la expedición de los Decretos 1863 y 1928 de 2013, por los cuales se suprimieron los empleos de defensor de familia 2125 grados 20, 19, 18, 16, 15, 14, 13, 11 y 09 y se nivelaron al grado 17 los grados 17, 15, 13, 11 y 09, lo que a su juicio no eliminó la discriminación y desigualdad por cuando tal proceder no niveló a un grado superior, esto es el 19, el cargo de defensor de familia, quedando remunerados por debajo de lo que podían estar en atención a la igualdad que se predica en los requisitos para su desempeño y el ejercicio de funciones.

1.3.2. El ICBF, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteraron los argumentos expuestos al momento de ejercer su derecho de defensa⁶.

1.3.3. El coadyuvante Erwin Rodríguez Molina, reconocido como tal a folio 174, reiteró lo dicho al momento de su intervención relacionado con la igualdad respecto de los derechos laborales de quienes desempeñan las mismas labores y ejercicio de funciones, fundado esta vez en lo establecido en la Declaración de Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Solicitó, además, que una vez declarada la nulidad de los actos demandados se exhorte a las entidades demandadas para que desarrollen la correspondiente

⁵ Folios 196 a 200

⁶ Folios 201-210, 211-212, 215-216

planta de personal en la que se reconozcan las cualidades que la ley exige al defensor de familia para ocupar el cargo, las funciones y competencias y su importancia en el ámbito de la justicia y la protección a la familia y a la infancia, y también la condición de garante de derechos de la infancia que le imponen las normas internacionales. Lo anterior lo pide en virtud de la obligación que le es atribuible al Estado en el ámbito de los derechos humanos, en el sentido de garantizar la igualdad y buscar el restablecimiento en el evento de haberse quebrantado tal derecho fundamental.

1.3.4. La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda⁷.

En primera medida estimó que la acción incoada, de simple nulidad, tiene por objeto verificar la legalidad de la norma demandada sin que en dicho análisis se debatan pretensiones de carácter particular y concreto, pues el juicio debe hacerse únicamente frente a las normas en que ha debido sujetarse. Sin embargo, consideró que en este caso la parte demandante establece una pretensión que va más allá de la simple nulidad cual es la de establecer un grado único para el cargo de defensor de familia, la cual indudablemente tiene características subjetivas que por sí solas se alejan del simple control normativo, pues para ello el actor o los actores involucrados cuentan con otro tipo de acciones diferentes a la que se impetró.

Adicionalmente dijo que el decreto demandado fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª. de 1992, ley marco de salarios y prestaciones de los servidores públicos, donde en desarrollo del artículo 150 [19] letras e) y f) de la Constitución Política se señalaron las disposiciones y criterios que debe observar el Gobierno para fijar regímenes teniendo como objetivos, entre otros, el mejoramiento de la prestación de servicios por parte del Estado, la modernización, tecnificación y eficiencias de la administración pública, el nivel de los cargos, en cuanto a la naturaleza de sus funciones, sus responsabilidades y las calidades para su desempeño, y el establecimiento de rangos de remuneración para los niveles profesionales, asesor, ejecutivo y directivo.

Así mismo señaló que el decreto acusado está plenamente soportado en las normas en que debía fundarse y, en razón a ello, no se encuentra vulneración

⁷ Folios 218 a 231

legal alguna en cuanto dispuso para el cargo de nivel profesional denominado defensor de familia código 2125, los grados 20, 19, 18, 17, 16, 15, 14, 13, 11 y 09, frente a los cuales se hicieron las respectivas equivalencias.

Agregó que la norma respecto de la cual se predica vulneración -Ley 1098 de 2006- es posterior a la norma acusada, lo cual hace inviable su estudio en lo pertinente a la supuesta violación de cara a la norma en que debía fundarse.

Por último, esgrimió que respecto de la Resolución 1542 de 2007 no se señalaron las normas supuestamente vulneradas, por lo que en ese sentido debe prosperar la ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por las entidades enjuiciadas.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico.

Consiste en establecer si el Decreto 2489 de 2006 fue expedido con desconocimiento de las normas constitucionales y legales en que debería fundarse, al establecer para el empleo de defensor de familia código 2125 unos grados (20, 19, 18, 17, 16, 15, 14, 13, 11 y 09) con una asignación salarial independiente respecto de cada uno de ellos, en criterio del actor sin justificación alguna, pues los requisitos y funciones son los mismos para el desempeño del cargo de defensor de familia.

2.2.1. De la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Previo a abordar el estudio del problema jurídico planteado, es menester que la Sala analice la excepción propuesta por las entidades demandadas en cuanto coinciden en la ineptitud sustantiva de la demanda, lo anterior por así disponerlo el artículo 164 del CCA.

La excepción se sustenta en varios argumentos, y todos ellos tienen como elemento común que las pretensiones del libelo son propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que haría improcedente la acción de simple nulidad incoada.

Para descifrar lo anterior es menester determinar los actos susceptibles de ser demandados mediante la acción de simple nulidad de conformidad con el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, vigente al momento de presentarse el libelo inicial.

Los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la administración, encaminadas a producir efectos jurídicos creadores, modificadores o extintores de situaciones jurídicas, están sometidos al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones de «nulidad» y «nulidad y restablecimiento del derecho» consagradas en los artículos 84 y 85 *ibidem*⁸, dependiendo de la naturaleza que éstos tengan -generales o particulares-, la cual, a su vez, emana de los efectos ínsitos a las disposiciones de los mismos, ya fueren abstractos e impersonales, o subjetivos y concretos.

Así, según el artículo 84 «toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos», ante cualquiera de las siguientes circunstancias: que infrinjan las normas en que deberían fundarse, que se hayan expedido por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

A su turno, el artículo 85 dispuso que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, puede pedir la anulación del acto administrativo y el restablecimiento de su derecho, como también la reparación del daño. La misma acción la tiene quien pretenda la modificación de una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

Según los parámetros de procedencia de las acciones señaladas, es evidente que operan por razón de las mismas causales, pero el punto distintivo entre una y otra lo marca la pretensión de restablecimiento del derecho, la cual se motiva en el fin perseguido por el accionante, pues mientras en el contencioso de restablecimiento debe existir un interés particular de quien se cree lesionado en su derecho por el acto cuya nulidad se reclama, el de simple nulidad solo pretende su anulación, a la que indudablemente accede un conntaural efecto restablecedor del orden jurídico quebrantado por el acto anulado, sin que se quiera obtener una orden de

⁸ Hoy medios de control establecidos en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011

restablecimiento concreta para quien se vea lesionado por dicho acto.

No puede desconocerse que la naturaleza de los actos demandados incide determinadamente en la acción elegida, pues tratándose de actos generales cuyas disposiciones se dirigen al común de administrados, sin crear, modificar ni extinguir alguna condición personal individualizada, no puede configurarse la lesión concreta que supone el artículo 85 para el interés del restablecimiento, y, por tanto, como regla general, tales actos son demandables mediante la acción de simple nulidad. Por el contrario, los actos particulares que sí crean, modifican o extinguen condiciones personales individualizadas, de las que bien puede derivarse la lesión concreta que prevé la norma citada, lo son a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En casos excepcionales exclusivamente ligados a la finalidad perseguida por quien ejerce la acción, la regla en comento se altera para permitir que la acción de simple nulidad se impetre contra actos administrativos particulares, los cuales surgieron en el contexto de la elaboración jurisprudencial que perfiló la «Teoría de los móviles y de los fines».

En punto de esta teoría, se tiene que entre 1941 y 1959, cuando el legislador contemplaba las acciones de nulidad y plena jurisdicción, ligaba la procedencia de las acciones contenciosas a la naturaleza o **contenido** del acto cuestionado, que, a su vez, aparecía como criterio diferenciador entre unas y otras. Bajo ese lineamiento, cuando el acto administrativo creaba una situación jurídica general, su enjuiciamiento sólo era posible a través de la acción de simple nulidad; pero si lo que se regulaba era una situación jurídica de carácter particular y concreto, la acción procedente era la de plena jurisdicción.

A partir del 1959 la jurisprudencia de esta Corporación introdujo una modificación al considerar que el criterio del legislador para distinguir las acciones de nulidad y de plena jurisdicción era el de la preexistencia del derecho. En tal sentido se expresó en aquella oportunidad² que «La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción ... la nulidad del acto jurídico que se dice

² Sentencia de 1 de diciembre de 1959, Tomo LXII, Anales del Consejo de Estado.

causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley 'restablecimiento del derecho', no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial.» .

El 10 de agosto de 1961 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carlos Gustavo Arrieta, sostuvo que la procedencia de las acciones contencioso administrativas dependía de los «móviles y finalidades» que la ley le asignaba a cada una de ellas, los cuales debían estar en consonancia con los móviles y finalidades del acto, sin perjuicio de que una y otra defendieran la legalidad y la tutela del orden jurídico abstracto. En efecto, allí se señaló:

Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificar [la acción] jurídicamente y para calificar su procedencia. En los artículos 62 a 66 se repite insistentemente que 'los motivos' que dan oportunidad a su ejercicio son la violación de la Constitución, de la ley y de las otras disposiciones superiores de derecho. Dentro de ese concepto de infracción de los estatutos quedan incluidos el abuso, la desviación de poder y la irregularidad formal, porque estas nociones, en realidad, son simples aspectos del fenómeno de la violación legal.

De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo (...)

Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. (...) Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.

En consecuencia, si el acto demandado tenía contenido particular y la declaratoria de nulidad implicaba el restablecimiento automático del derecho, la acción de

simple nulidad sería improcedente, salvo que se intentara dentro de los cuatro meses siguientes a su expedición. Y si lo buscado era la protección de derechos particulares, la acción no podría ser otra distinta a la de plena jurisdicción.

El 8 de agosto de 1972³, con ponencia del Magistrado Humberto Mora Osejo se introdujo el argumento de la «pretensión litigiosa» por el cual se reiteró la teoría de los motivos y finalidades bajo el supuesto de que la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares señalados por el legislador, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, no obstante ello, si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, se estaría en presencia de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debía hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción.

En 1996, ya en vigencia del Decreto 01 de 1984 que consagró las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala Plena mediante sentencia del 29 de octubre con ponencia del magistrado Daniel Suarez Hernández precisó que, además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando «la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.».

La Corte Constitucional⁹, al estudiar la exequibilidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la condicionó a que se entendiera que la acción de nulidad también procedía contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión fuera exclusivamente el control de la legalidad en abstracto. Lo anterior porque el sentido normativo que había atribuido el Consejo de Estado a esta norma en el contexto de la tesis de los móviles y las finalidades vulneraba

³ Anales, Tomo LXXXIII, Números 435-436, Págs. 372 a 381

⁹ Sentencia C-426 de 2002

los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, en la medida en que establecía una interpretación restrictiva, que formulaba requisitos adicionales no contenidos en el texto de la misma y que tampoco se derivaban de su verdadero espíritu y alcance.

Así, la acción de simple nulidad procedería contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión fuera exclusivamente la tutela del orden jurídico, pero si se extendía a la reparación de los daños antijurídicos causados por tales actos, la procedente era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; en otras palabras, si la pretensión procesal del administrado al acudir a la jurisdicción era la de sólo impugnar la legalidad del acto administrativo, no existía razón para desconocer el interés por el orden jurídico y privarlo del acceso a la administración de justicia.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de marzo de 2003¹⁰ discrepó de las razones que motivaron la providencia constitucional y reafirmó la doctrina de móviles y finalidades esbozada en el fallo de octubre de 1996. En efecto, adujo que esta teoría permite mediante el ejercicio de la acción de simple nulidad el estudio de la legalidad de actos administrativos de carácter particular, únicamente en los casos previstos en la ley, y cuando el acto administrativo acusado comporte un especial interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando «se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.».

Esta última postura se ha reiterado por la Corporación en sentencias como la 2001-00145-01 IJ del 8 de marzo de 2005, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en la que se precisó: «En cuanto a que no obstante que se esté en presencia de actos creadores de situaciones jurídicas individuales, es procedente controvertir su legalidad por vía de la acción de simple nulidad “cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia, que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto”.», y en la del 22 de mayo de 2008, magistrado ponente Gerardo Arenas

¹⁰ expediente 5683, magistrado ponente Manuel Santiago Urueta

Monsalve, la cual dispuso que «de conformidad con la Teoría de los Motivos y Finalidades, sostenida por esta Corporación, no es la naturaleza del acto que se demanda el que determina el tipo de acción incoada sino los objetivos y las consecuencias que de ella se derivan, las que finalmente estructuran la clase de acción propuesta. La acción objetiva de nulidad tiene como finalidad única la de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta y la subjetiva de nulidad y restablecimiento, adicional a lo anterior, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.».

En este orden de ideas, la acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular, caso este último cuando comporte un especial interés para la comunidad y, cuando no se esté en presencia de una pretensión litigiosa.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 estableció el medio de control de nulidad para los actos administrativos de carácter general y excepcionalmente previó esta misma acción contra actos administrativos de carácter particular, en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

Las reglas a las que alude el párrafo de la norma transcrita son las señaladas en el artículo 138 *ibidem* para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso *sub judice* de las pretensiones del actor se desprende que propugna la declaratoria de nulidad de normas que establecen el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos públicos, y específicamente de aquellas que señalaron diferentes grados de defensor de familia, por lo que no cabe duda de que su

contenido y objetivos trascienden su mero interés particular y que su proyección va más allá en cuanto afectan derechos de un amplio sector de la comunidad, circunstancia ésta que legitima la acción de simple nulidad. Es decir, la decisión que eventualmente se adopte tendría repercusiones de orden social y económico en un importante número de personas.

Así las cosas y sin necesidad de más consideraciones, es claro para la Sala que el actor estaba en su derecho de incoar la acción de simple nulidad contemplada en el artículo 84 del CCA, por lo que se declarará no probada la excepción de inepta demanda propuesta por las entidades demandadas.

2.2.2. Estudio de fondo.

En el presente asunto se solicita la nulidad de los artículos 2.º y 4.º 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» bajo el argumento de 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 alguna para que se haga una diferenciación en códigos y grados y así mismo en su escala salarial, como la que existe en los artículos demandados.

Pues bien, el decreto acusado «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», fue expedido por el presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, cuyo artículo 2.º estableció los criterios que el Gobierno Nacional debe tener en cuenta al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional, así:

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

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán

desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b. El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c. La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;

d. La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;

e. La utilización eficiente del recurso humano;

f. La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;

g. La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;

h. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

k. El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;

l. La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;

ll. El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa

A continuación el artículo 3.º explicó que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Desde ya se puede ir evidenciando que el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos los de la Rama Ejecutiva, debe atender, además de los requisitos y competencias exigidos para el cargo a desempeñar, factores y criterios como la modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública, la competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales y la naturaleza de las

funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

Ahora bien, previo a abordar el estudio del decreto demandado y la diferenciación que hace entre los diferentes cargos de defensor de familia, es menester explicar las funciones y requisitos que de antaño ha tenido este cargo.

El artículo 277 del Decreto 2737 de 1989, por medio del cual se expide el Código del Menor, estableció las siguientes funciones del defensor de familia:

El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

1. Intervenir 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 1.989 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 el 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;
 - 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 a 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 9º de 1.989 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.

Por su parte el Decreto 2737 de 1989 estableció en el artículo 278 los requisitos para ser defensor de familia, en los siguientes términos:

Para ser Defensor de Familia se requiere, además de ser ciudadano en ejercicio:

1. Ser abogado inscrito.
2. Tener especialización en Derecho de Familia o de Menores, o experiencia no inferior a dos (2) años en actividades relacionadas con el Derecho de Familia o de Menores.
3. No tener antecedentes penales ni disciplinarios y observar conducta ejemplar.

Parágrafo. Los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y especialmente el Defensor de Familia, durante las actuaciones o audiencias que se celebren en el cumplimiento de las funciones consagradas en este Código, podrán utilizar el sistema de grabación magnetofónica o electrónica y en el acta se dejará constancia únicamente de quienes intervinieron en la audiencia, de los documentos que se hayan producido y de las decisiones tomadas.

Quienes tengan interés legítimo podrán pedir reproducción magnetofónica de las grabaciones, proporcionando los medios necesarios para el efecto. La reproducción será autorizada por el Defensor de Familia respectivo.

Las grabaciones se conservarán en el archivo de la entidad.

Posteriormente el Decreto 496 de 1995, «Por el cual se modifica la nomenclatura de empleos de que tratan los decretos-leyes 1042 de 1978, 90 de 1988 y demás

normas modificatorias», respecto de los Defensores de Familia dispuso adicionar la nomenclatura del empleo de defensor de familia en grados 22, 21, 20 y 19.

Analizado 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» se advierte que en su artículo 2º estableció la nomenclatura y clasificación de los empleos públicos, entre los cuales se encuentra en el nivel profesional, el denominado defensor de familia, así:

Artículo 2.º De la nomenclatura y clasificación de los 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
		09

...

Así mismo, previó en su artículo 4º equivalencias para ocupar el referido empleo.

Un estudio armónico y sistemático de las anteriores normas con la Ley que sustenta la expedición del Decreto acusado (4ª de 1992), permite inferir 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.

Cabe destacar que la Ley 1098 de 2006 «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia»¹¹, es explícita en demostrar las labores y funciones que desempeña un defensor de familia, en cuanto los define como un servidor público que actúa en diferentes frentes; ejerce distintas competencias; tiene funciones de Policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la Infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad o cuando decide sobre el estado civil de los niños o decide sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones.

De igual forma el artículo 80 *ibidem* estableció los requisitos para ser defensor de familia y en el 82 *ib.* las funciones para su desempeño, señalamientos que en ningún caso interfieren con el sistema de nomenclatura que al respecto siempre ha existido para el empleo de defensor de familia, sistema que opera en forma paralela con la norma que define la naturaleza y funciones del respectivo cargo.

Pues bien, en un caso de contornos similares al *sub lite* en el que se reclamó una diferencia salarial por cuanto las labores desempeñadas por los defensores de familia, indistintamente del grado que ostentaban, eran iguales, esta Sección¹² concluyó que la diferenciación salarial que recae en cada grado de defensor se justifica por las labores disímiles 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 podían catalogarse como igualdad de funciones, siendo insuficiente la sola comparación entre requisitos y funciones. En efecto, allí se dijo:

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

¹¹ Esta norma si bien es posterior al decreto que se acusa, sirve de referente para resolver este caso

¹² Sentencia del 15 de junio de 2011, radicado 76001-23-31-00-2004-02610-01(0801-10), magistrada ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez

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.

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

En otras palabras, tal como se precisó en la sentencia referida, no es dable concluir que por el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones sean iguales en determinados grados, se configure una desigualdad de grado sumo que haga anulable el decreto acusado.

Tampoco es viable pregonar una desigualdad en materia salarial en cuanto, esa igualdad que pretende el actor, no se limita simplemente a una similitud numérica 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.

Por último, respecto de la solicitud de nulidad que depreca el actor de la Resolución 1542 de 2007, que adopta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta global del ICBF, en lo que hace referencia al cargo de defensor de familia, es pertinente señalar que, de un lado, no se indicaron en la demanda las normas de rango superior presuntamente infringidas o desconocidas que permitan realizar el estudio de legalidad respectivo y, de otro, si se acepta que lo pretendido por el actor es la declaratoria de nulidad de la citada Resolución 1542 «como consecuencia»¹³ de la anulación del referido Decreto 2489, ante la denegatoria de las pretensiones de nulidad de este último, se hace inane el estudio de aquella pretensión.

3. Conclusión

Por lo expuesto la Sala declarará no probada la excepción de ineptitud sustantiva propuesta por las entidades demandadas y denegará la declaratoria de nulidad de las disposiciones acusadas.

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

F A L L A

DECLARAR no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda

¹³ Folio 54 vuelto

propuesta por las entidades demandadas.

DENEGAR la nulidad de los artículos 2.º y 4.º del Decreto 2489 del 25 de julio de 2006 y de la Resolución 1542 del 12 de julio de 2007.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
En comisión

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoria JORM