

PENSION DE JUBILACIÓN DOCENTES – Reliquidación / PRECEDENTE JUDICIAL – Aplicación sentencia de unificación de 25 de abril de 2019

[A]plicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas: a.- En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b.- Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-02096-01(5149-16)

Actor: MARÍA OFELIA ÚSUGA PÉREZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 10 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

La señora María Ofelia Úsuga Pérez, por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo

138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005, expedida por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional de Antioquia, por la cual se le reconoció la pensión de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se declare que ordene a la accionada reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionada; que se inaplique, por constitucional, el artículo 3 del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, por violentar ostensiblemente la Constitución Política y la ley; y que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre las sumas que resulten de la condena.

1.1.2. Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante expuso los siguientes:

Por sus servicios prestados como docente nacionalizada durante más de 20 años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional de Antioquia, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005, efectiva a partir del 09 de marzo del mismo año.

Para la liquidación de la mencionada pensión de jubilación únicamente tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales, como lo son: la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de vida cara, la prima de clima y la prima de licenciado.

Comoquiera que el recurso de reposición que procedía contra dicho acto no es obligatorio, no recurrió la decisión allí contenida.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Citó como disposiciones violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989. Además, indicó que se aplicaron indebidamente la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

Al desarrollar el concepto de la violación manifestó que la demandada le reconoció la pensión ordinaria de jubilación con fundamento en la Ley 6 de 1945, artículo 17 -literal b- y la Ley 33 de 1985, por haber cumplido 50 años de edad y 20 años de servicio.

Dijo que no existe discusión alguna en cuanto al monto de la mesada pensional, pero sí se presenta una discusión frente a los factores que se deben tener en cuenta para su liquidación.

Alegó que la entidad demandada desconoció principios como el de la dignidad humana y los del Estado Social de Derecho al negarle el derecho de incluir todos los factores salariales en el reconocimiento de la prestación, razón por la cual la Resolución acusada es ilegal por infracción manifiesta de la Ley 91 de 1989, artículo 15 numerales 1 y 2 -literal b- y violación al derecho a la igualdad.

Adujo que en la liquidación de la pensión se debe incluir todos los factores salariales (asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de clima, la prima de licenciado y la prima de vida cara) que devengó durante el último año, aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

1.2. Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora.

Afirmó que quien tiene la competencia y la responsabilidad para constatar, aceptar o negar la presente petición es el representante legal de la entidad territorial o su delegado, como prestador del servicio educativo estatal.

Dijo que por estar en cabeza de la entidad territorial la prestación del servicio educativo, es esta la responsable de custodiar, recaudar, gestionar, administrar, certificar y dar constancia de los antecedentes administrativos y tiempo de servicios de los docentes oficiales, situación administrativa que es de conocimiento público. Agregó que son las entidades territoriales las que ostentan y ejercen la facultad de nominar y, por ende, se encuentran, obligadas a reconocer y pagar las primas de navidad, vacaciones, servicios y alimentación. De igual forma, están obligadas a reconocer y pagar el valor generado por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión de la docente.

Alegó que si la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no está obligada a reconocer y pagar factores salariales de origen legal (primas de navidad y vacaciones, servicios y alimentación, entre otras) ni el valor que se genera por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión del docente accionante y en la liquidación de otras prestaciones laborales, tampoco está obligada a reconocer y pagar primas extralegales (vida cara y otras) y menos aún el valor que se genera por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión de la docente y en la liquidación de otras prestaciones laborales.

Propuso las siguientes excepciones: i) no comprender la demandada todos los litisconsortes necesarios; ii) falta de legitimación en la causa pasiva; iii) genérica; iv) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley; v) adecuación de los actos administrativos demandados a los principios de legalidad, expedición regular, competencia, motivación y debido proceso y presunción de legalidad; vi) falta de agotamiento de la vía gubernativa y la conciliación prejudicial; y prescripción.

1.3. La sentencia

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda.

Del estudio del marco normativo que rige al sector docente, en conjunto con la jurisprudencia sobre la materia y la resolución acusada, concluyó que la actora adquirió el estatus de pensionada el 9 de marzo de 2005 y, por consiguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación, pero para la liquidación de dicha prestación solo tuvo en cuenta la asignación básica percibida durante el último año de servicios, anterior al estatus de pensionada, circunstancia que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye un desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto.

Aclaró que para la reliquidación solicitada solo se deben tener en cuenta los factores salariales que la ley ha señalado, en tanto deben tener la condición de retribuir en forma habitual y periódica los servicios prestados, como son las primas de vacaciones, navidad y alimentación, por expresa disposición del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Advirtió que la accionada se encuentra en la obligación de reconocer y pagar las primas legales, tales como vacaciones y navidad, demostradas dentro del proceso y devengadas en el último año de servicio y precisó que dicha obligación no corresponde a las entidades territoriales debido a que estas actúan como meras facilitadoras del trámite.

Respecto de las primas ordenanzales, como la prima de vida cara, explicó que, dada su naturaleza extralegal, las entidades territoriales no tenían competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos; por lo tanto, expresó, en caso de que la demandante hubiese percibido una prima con estas características, la entidad debe abstenerse de realizar su inclusión en el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación. Determinó que los factores salariales derivados de acuerdos municipales u ordenanzas departamentales no se deben incluir en la reliquidación de la pensión de jubilación, por ir en contra de las disposiciones constitucionales.

Declaró la nulidad parcial de la Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005 y condenó a la accionada a reliquidar la mesada pensional de la señora María Ofelia Úsuga Pérez, incorporando para su liquidación las primas de creación legal, devengadas en el último año de prestación del servicio, es decir, las primas de

navidad y vacaciones. Declaró la prescripción de las mesadas que se causaron con anterioridad al 07 de noviembre de 2011.

1.4. El recurso de apelación

La entidad demandada, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación.

Expresó que la decisión tomada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante, por cuanto no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Hizo un recuento de las normas que regulan lo correspondiente a primas, para advertir que el legislador limitó su ámbito a los empleados públicos y negó claramente la aplicación de algunas disposiciones a los docentes oficiales, en razón de régimen especial que los cobija.

Dijo que el derecho a la seguridad social se encuentra establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Agregó que de acuerdo con lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general del pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la Ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Precisó que por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijaron las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del estado, las cuales, en virtud de la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2767 del mismo año, se hacen extensivas a los servidores públicos del ente territorial.

Aclaró que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6 de 1945 y en el Decreto 1045 de 1978, «que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso de los servidores públicos, por disposición legal, en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, estas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley les correspondan».

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. La entidad accionada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Dijo que con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989 se expidió, entre otras normas, la Ley 812 de 2003 o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, la cual en su artículo 81 estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el educador al FOMAG. Así, esta ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Advirtió que teniendo en cuenta la fecha de publicación de dicha norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual y el sobresueldo.

1.5.2. La demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.¹

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

El asunto se contrae a establecer si es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, reconocida mediante Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005, con la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

2.2. Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente al régimen pensional de docentes oficiales

Para resolver el problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado², en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas:

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

¹ *Ibidem*

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17)

- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Las reglas fijadas por la Sección Segunda, que tienen carácter vinculante y obligatorio, se sustentaron en los siguientes argumentos:

(...)

51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8 % equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual,

en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”*. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

3. Caso concreto

En el expediente se encuentra probado que el departamento de Antioquia, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005³, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora María Ofelia Úsuga Pérez, a partir del 9

³ Folios 25 y ss.

de marzo de 2005, por haber acreditado el tiempo de servicio y la edad⁴ exigida para obtener la pensión de jubilación conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1985.

Para liquidar la cuantía de la prestación, en la referida resolución solo se tuvo en cuenta la asignación básica.

Según el certificado expedido por la Secretaría de Educación de Antioquia⁵, la señora María Ofelia Úsuga Pérez, durante el último año de servicios, anterior a la consolidación del estatus, además del sueldo básico, devengó las primas de navidad, vacaciones, vida cara, clima y licenciado. El único factor de aporte fue el sueldo.

En la sentencia apelada el *a quo* ordenó incluir en la liquidación, además de la asignación básica, las primas de navidad y vacaciones, de conformidad con la posición adoptada el 4 de agosto de 2010⁶ por la Sección Segunda de esta corporación, vigente para el momento en el que se profirió la providencia.

Sin embargo, como se advirtió al abordar el problema jurídico, en esta instancia a la Sala le corresponde dar aplicación a la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, por una parte, porque la tesis del 4 de agosto de 2010 fue replanteada en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto de 2018⁷ y, por otra parte, porque tal como allí se estableció, aquella se constituye en precedente vinculante y obligatorio para los casos que guardan identidad fáctica y que se encuentran pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, siempre que no se haya configurado el fenómeno de la cosa juzgada⁸, como sucede en el *sub judice*, dado que la providencia apelada no ha quedado ejecutoriada.

Así las cosas, de acuerdo con la regla establecida respecto del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la actora, quien ingresó al servicio el 21 de julio de 1977⁹, según la cual los factores que deben tenerse en cuenta son únicamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dado que la prima de navidad y la prima vacacional no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto no constituyen base de liquidación de los aportes, en este caso solo habrá de tenerse en cuenta la asignación básica del último año de servicios, a la que se aplicará la tasa de reemplazo del 75 %, según lo previsto en la aludida sentencia.

⁴ Nació el 8 de marzo de 1955

⁵ Folios 30-31

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Radicación Número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

⁷ Por medio del cual la Sala Plena de la Sección Segunda avocó el conocimiento del presente proceso para profirir sentencia de unificación.

⁸ Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-2017), Demandante: Abadía Reynel Toloza, acápite «Efectos de la decisión».

⁹ Información contenida en la Resolución 20061 del 16 de diciembre de 2005 (folio 72)

En consecuencia, la sentencia del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda será revocada y, en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁰, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8.º del artículo 365 del Código General del Proceso¹¹, la Sala se abstendrá de condenar en costas, en cuanto no resultaron probadas.

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

Revócase la sentencia del 10 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora María Ofelia Úsuga Pérez.

En su lugar, se dispone:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

¹¹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Sin condena en costas

Notifíquese y cúmplase

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS