

APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 / RÉGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES OFICIALES / LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE DOCENTES OFICIALES / FACTORES DEVENGADOS EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS / FACTORES SALARIALES DEVENGADOS EN EL ÚLTIMO AÑO DE SU STATUS PENSIONAL

En la mencionada providencia 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: -.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. -.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. [...] [S]i bien no procedía la reliquidación pensional pretendida, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se realizaron aportes al sistema como se solicitó en la demanda, sí se omitió incluir el factor relacionado con las horas extras, en atención a que fue efectivamente devengado y se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985. En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada en cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación (...) teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de su status pensional, para en su lugar, reconocer la reliquidación pensional con base, únicamente, en las horas extras devengadas por el actor, en el último año de servicio. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el régimen pensional de docentes oficiales ver Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019, Expediente: 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17) de 25 de abril de 2019.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985 / LEY 91 DE 1989 / LEY 100 DE 1993 / LEY 797 DE 2003 / 812 DE 2003 / DECRETO 1158 DE 1994

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00310-01(0092-17)

Actor: FRANCISCO JAVIER SALAZAR MÁRQUEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE RISARALDA Y DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, contra la sentencia de doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Francisco Javier Salazar Márquez contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del Departamento de Risaralda y el Departamento de Risaralda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

El señor Francisco Javier Salazar Márquez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita mediante demanda¹ declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución N.º 0288 de 25 de abril de 2007, emitida por la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación; ii) Resolución N.º 588 de 13 de octubre de 2009, proferida por la entidad referida, a través de la cual se le reliquidó, de manera parcial, la mesada pensional; y iii) acto ficto, que surgió por no haber contestado, en tiempo oportuno, la solicitud que hizo en su momento para la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales efectivamente devengados.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a que reconozca el reajuste de su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, a partir del 22 de mayo de 2006, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el

¹ Folios 15 a 20.

último año de servicio como docente (doceavas de las primas de navidad, vacacional y 75% de horas extras); ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron sus pretensiones, son los siguientes:

a. Mediante Resolución N°. 0288 de 25 de abril de 2007, la Secretaría de Educación Municipal de Pereira reconoció a su favor la pensión de jubilación como docente nacionalizado, tomando como ingreso base de liquidación el salario y el sobresueldo.

b. El 10 de noviembre de 2008, solicitó ante la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, la reliquidación de su mesada pensional.

c. A través de Resolución N.º 588 de 13 de octubre de 2009, la entidad referida reajustó su mesada pensional, teniendo en cuenta su doble y triple jornada como directivo docente (rector).

d. En atención a que en dicho acto administrativo se hizo caso omiso a la inclusión de los factores salariales antes mencionados, el 28 de marzo de 2014 solicitó nuevamente ante la Secretaría de Educación Municipal de Pereira la reliquidación de su pensión, frente a lo cual dicha entidad guardó silencio.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como tales se señalaron los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; 73, 85, 737, 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo; 1 y 3 de las Leyes 33 y 62 de 1985; 45 del Decreto 1045 de 1978; y Ley 71 de 1988.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que en aplicación del derecho al trabajo, su mesada pensional debía liquidarse sobre el 75% del último año de servicios.

Manifestó que en cuanto a los factores salariales, debía tenerse en cuenta la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso

administrativo, relacionada con liquidar la mesada pensional no sobre los factores salariales taxativamente consagrados en las normas aplicables, sino sobre los devengados, razón por la cual tenía derecho a que su pensión de jubilación fuera reliquidada con base no solo en el porcentaje antes mencionado, sino sobre los factores salariales que efectivamente devengó como docente nacionalizado.

Aunado a lo anterior, sostuvo que en la liquidación de su mesada pensional debieron incluirse los factores salariales que percibió como docente de medio tiempo, de conformidad con lo establecido en la Ley 1045 de 1978.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Municipio de Pereira²

La apoderada del Municipio de Pereira se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:

Sostuvo que se configuró una falta de legitimación en la causa por pasiva de su parte, en tanto que fue una simple intermediaria en el reconocimiento pensional y que fue el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de emitir las decisiones ahora cuestionadas, motivo por el cual no es competente para intervenir en el presente litigio.

Finalmente, propuso como excepción, la falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de integración del litisconsorcio

1.2.2. Nación, Ministerio de Educación Nacional³

La apoderada de la Nación, Ministerio de Educación Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que no interviene de manera alguna en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, debido a que esto está cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, propuso como excepciones, la inexistencia de la obligación demandada, inexistencia de nexo causal, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

1.2.3. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

² Folios 70 a 82.

³ Folios 110 a 119.

La apoderada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Afirmó que el acto administrativo a través del cual se liquidó la mesada pensional de la parte actora se encontraba ajustado a derecho y que, por lo tanto, la pensión no podía reliquidarse conforme a lo pretendido, sobre factores salariales que no fueron cotizados en su momento.

Propuso como excepciones, inexistencia de la obligación y prescripción.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia de 12 de septiembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda⁵.

En consecuencia, dispuso declarar la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0288 de 25 de abril de 2008 y 13 de octubre de 2009; y total del acto ficto.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Nación, Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio i) reliquidar la pensión de jubilación del señor Francisco Javier Salazar Márquez incorporando para su liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, para lo cual la entidad podrá realizar los descuentos necesarios de los factores sobre los cuales no se hubieren realizado los respectivos aportes, en el porcentaje que le corresponda asumir a la parte actora; y ii) reconocer y pagar las diferencias que resulten de la reliquidación de la pensión de jubilación a favor de la actora, a partir del 28 de marzo de 2011, en virtud de la prescripción; y iii) condenar en costas a la entidad demandada.

Expresó que teniendo en cuenta el material probatorio obrante dentro del expediente, era dable concluir que para efectos de la liquidación de la pensión del señor Salazar Márquez se debía aplicar lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, calculando su monto con base en el 75% del promedio de lo cotizado en el último año de servicio en que adquirió el status pensional.

⁴ Folios 130 a 135.

⁵ Folios 177 a 185.

Manifestó que con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, deben tenerse en cuenta todos y cada uno de los factores devengados en el último año de servicio, pues el listado de aquéllos consagrado en la Ley 62 de 1985, es simplemente enunciativo y no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

1.4. La apelación

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, inconforme con la decisión, apeló la sentencia⁶.

Adujo que, de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, los factores del ingreso base de liquidación solo son los taxativamente señalados en estas normas.

Finalmente, indicó que no es dable imputarle condena alguna, en la medida en que el reconocimiento y pago de parte actora le corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.

1.5. Alegatos de conclusión

Pese a que mediante Auto de 21 de abril de 2017⁷, el Despacho corrió traslado a la parte interesada y a las entidades demandadas para que presentara alegatos de conclusión, estas guardaron silencio.

1.5.1. Del Ministerio Público

El procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por lo siguiente⁸:

Afirmó que el análisis por parte del tribunal de primera instancia fue ajustado a derecho, toda vez que quedó demostrado que el actor cumplió con los requisitos necesarios para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y con ello que se le aplicara lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y, por lo tanto, como base para la liquidación de la pensión, debió tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, estos son, prima especial y prima de navidad.

⁶ Folios 189 a 194.

⁷ Folio 220.

⁸ Folios 227 a 231.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar, de conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, si el señor Francisco Javier Salazar Márquez tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

2.2. Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente al régimen pensional de docentes oficiales⁹

En la mencionada providencia 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.

⁹Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17) de 25 de abril de 2019.

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

De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, resulta oportuno sostener lo siguiente:

El señor Francisco Javier Salazar Márquez nació 21 de mayo de 1951¹⁰ y prestó sus servicios, como docente de tiempo completo, a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, desde el 1 de febrero de 1976 hasta el 21 de mayo de 2006¹¹.

¹⁰ Folio 94.

¹¹ Folios 2 a 4.

Durante su vinculación laboral, en el último año de servicios, esto es, 2006 devengó los siguientes factores salariales: asignación básica; sobresueldo 30%, horas extras, doble y triple jornada, prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial¹².

Mediante Resolución N.º 0288 de 25 de abril de 2007, la Secretaría de Educación Municipal de Pereira reconoció la pensión de jubilación en favor del Francisco Javier Salazar Márquez por sus 20 años de servicio prestados como docente de vinculación nacionalizado, sobre el 75% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta la asignación básica y el sobresueldo, a partir de que adquirió el status pensional, 22 de mayo de 2006¹³.

El 10 de noviembre de 2008, el señor Mazo Chavarría solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, la revisión y ajuste de su mesada pensional, teniendo en cuenta las horas extras promedio del último año y la doble y triple jornada laborada¹⁴.

A través de Resolución N.º 588 de 13 de octubre de 2009, la Secretaría de Educación Municipal de Pereira reliquidó la pensión de jubilación del actor, incluyendo la doble y triple jornada y el valor promedio nuevo¹⁵.

El 28 de marzo de 2014, solicitó nuevamente ante la Secretaría de Educación Municipal de Pereira el reajuste de su mesada pensional, con el fin de que se tuvieran en cuenta como factores salariales, la prima de navidad, vacacional y horas extras¹⁶. Frente a lo cual no obtuvo ninguna respuesta.

En la sentencia apelada el *a quo* ordenó incluir en la liquidación, además de la asignación básica, el sobresueldo y la doble y triple jornada; las horas extras, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, devengadas entre el 21 de mayo de 2005 hasta el 21 de mayo de 2006, de conformidad con la posición adoptada el 4 de agosto de 2010¹⁷ por la Sección Segunda de esta corporación, vigente para el momento en el que se profirió la providencia.

¹² Folio 92.

¹³ Folios 2 a 4.

¹⁴ Folio 103.

¹⁵ Folios 103 y 104.

¹⁶ Folios 7 y 8.

¹⁷ 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.

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 2018¹⁸ 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 juzgada, 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 del actor, quien ingresó al servicio el 1.º de febrero de 1976– 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.

En este orden, las primas de navidad, vacaciones y de alimentación, no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto no constituyen base de liquidación de los aportes.

No obstante, lo anterior no puede predicarse frente a las horas extras, en tanto que además de estar enlistado como un factor dentro de la Ley 62 de 1985, fue efectivamente devengado por el actor, tal y como consta en la certificación de servicios, razón por la cual la mesada pensional deberá reajustarse incluyendo las horas extras.

En atención a lo anterior, podría concluirse que la liquidación de la pensión del señor Salazar Márquez se ajustó parcialmente a derecho, por cuanto la entidad si bien tuvo en cuenta los factores que devengó y sobre los cuales cotizó en el último año de servicio, omitió incluir las horas extras, factor sobre el cual sí tiene derecho.

4. Conclusión

¹⁸ Por medio del cual la Sala Plena de la Sección Segunda avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia de unificación.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que si bien no procedía la reliquidación pensional pretendida, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se realizaron aportes al sistema como se solicitó en la demanda, sí se omitió incluir el factor relacionado con las horas extras, en atención a que fue efectivamente devengado y se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada en cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación del señor Francisco Javier Salazar Márquez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de su status pensional, para en su lugar, reconocer la reliquidación pensional con base, únicamente, en las horas extras devengadas por el actor, en el último año de servicio.

5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁹, 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

¹⁹ 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.

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 Proceso²⁰, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, en tanto que al analizar las actuaciones procesales en esta etapa, se observa que efectivamente no se generaron.

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,

F A L L A

REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 6.6.3 de la sentencia proferida el doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) por el Tribunal Administrativo de Risaralda, a través del cual se ordenó al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación a favor del señor Francisco Javier Salazar Márquez, incluyendo todos los factores salariales devengados entre el 21 de mayo de 2005 y el 21 de mayo de 2006, para en su lugar, ordenar a dicha entidad, reliquidar la mesada pensional, teniendo en cuenta, además de los factores ya incluidos en el acto de reconocimiento, el factor de horas extras, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida el doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Sin condena en costas en segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

²⁰ «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».

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

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ