



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 08001-23-33-000-2013-00474-01 (5004-2015)
Demandante : **Maryuris Helena Padilla Hernández**
Demandado : Municipio de Soledad (Atlántico)
Tema : Pago de prestaciones sociales, cesantías y sanción moratoria por su pago tardío

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Soledad contra la sentencia de 9 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1-9). La señora Mayuris Helena Padilla Hernández, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Soledad para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) La demandante aspira a que se declare la nulidad del oficio de 31 de enero de 2013, del secretario de educación de Soledad (Atlántico), por medio del cual se le niega el pago de sus prestaciones sociales, el auxilio de cesantías y la respectiva sanción moratoria.



2) Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al ente demandado pagarle las primas de vacaciones y Navidad, las cesantías, intereses de cesantías y la sanción por la mora del no pago oportuno de las cesantías correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010.

3) Que se declare responsable al accionado por la omisión en la falta de protección del derecho a su estabilidad laboral reforzada, como empleada en estado de embarazo.

4) Que se ordene a la entidad territorial pagarle los salarios que dejó de recibir desde el momento de la terminación de su nombramiento, como docente en provisionalidad, hasta tres meses después del parto, por lucro cesante durante el tiempo en el que estuvo cesante sin justificación alguna.

5) Que se ordene al demandado cancelarle 60 días de salario establecidos en el artículo 239, numeral 3, del Código Sustantivo del Trabajo por la falta de protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada como trabajadora en estado de embarazo.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 1-3). Relata la accionante que fue nombrada en provisionalidad por la alcaldía de Soledad, mediante Resolución 148 de 22 de febrero de 2008, para cubrir al señor Alfredo Enrique Lora Meléndez, docente de tiempo completo en comisión de estudios, entre el 6 de febrero de ese año y el de 2009. Posteriormente, desde el 17 de febrero de 2009 hasta el 17 del mismo mes de 2010, de acuerdo con el Decreto 53 de 18 de febrero de 2009. Después, a través del Decreto 43 de 19 de marzo de 2010, se le volvió a designar como docente en provisionalidad, por un año, del primero de marzo de 2010 al de 2011.



Afirma que en ninguno de los períodos de su vinculación, la secretaría de educación de Soledad le solicitó el diligenciamiento y firma del formato de hoja de vida para la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no contó con reportes de cesantías por el tiempo laborado y tampoco le fueron canceladas las prestaciones sociales a las que tiene derecho; sin embargo, dicha secretaría le descontó cada mes un porcentaje del ocho por ciento (8%) del sueldo, con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El 8 de febrero de 2011, le comunicó a la secretaría de educación su estado de embarazo de 20 semanas y por no contar con la prestación del servicio de salud, por no estar afiliada al aludido fondo, debió iniciar los controles prenatales en una entidad diferente a las de salud aprobadas por el consejo directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para los docentes afiliados.

Mediante Decreto 120 de 15 de abril de 2011, del alcalde de Soledad, se nombró al señor Jean Carlos Yépez Yépez para reemplazar al mismo docente titular del cargo que ella desempeñaba, no obstante haber comunicado su embarazo.

Por ello, el 19 de mayo de 2011, reclamó de la secretaría de educación su desvinculación, a pesar de su estado de embarazo y de la falta de afiliación al fondo, a lo que esta le contestó que ello se debió por no haber aportado los documentos.

Agrega que no le fueron canceladas las primas de vacaciones y de Navidad, ni reportadas las cesantías y sus intereses de los años 2008 a 2010, así como tampoco la licencia de maternidad, desde el 2 de julio de 2011, fecha en la que



nació su hija. Por eso, el 14 de enero de 2013, pidió de la secretaría de educación de Soledad el pago de estas prestaciones, lo que fue negado porque la entidad consideró una irresponsabilidad el no haber legalizado los documentos para enviarlos a la Fiduprevisora, por lo que no es culpa de la secretaría de educación.

1.1.2 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: Constitución Política; Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003; y Decreto 3752 de 2003.

El concepto de la violación reside, en síntesis, en que al no ser la demandante afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se vulnera el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que establece que los docentes deben ser afiliados a dicho fondo a partir de la entrada en vigor de la mentada ley y que estos tendrán el régimen de prima media, estatuido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Asimismo, se desconoce el artículo 1.º del Decreto 3752 de 2003, que reglamenta la Ley 812 de 2003, en el sentido de que los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4.º y 5.º del citado Decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004, y que la falta de afiliación del personal al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que



correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

También prevé que los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales, de manera provisional, deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Por último, sostiene que el artículo 53 de la Constitución Política consagra los principios mínimos fundamentales a que están supeditadas las normas laborales, y, entre ellos, la estabilidad reforzada de que gozan las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 49-57). El municipio de Soledad guardó silencio. La fiduciaria La Previsora S. A., como tercera interesada, de acuerdo con el auto admisorio del libelo, de 20 de agosto de 2013 (ff. 130-132),¹ respondió, de manera extemporánea, la demanda (ff. 183-193).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de 9 de octubre de 2015, accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas, en cuanto ordenó al ente accionado pagar a la actora las primas de vacaciones y Navidad; las cesantías y sus intereses, durante los períodos comprendidos entre los días 6 de febrero de 2008 y 2009, 17 de febrero de 2009 y 2010, y primero de marzo de 2010 y 2011; la indemnización

¹ En el auto admisorio de la demanda, de 20 de agosto de 2013, se vincularon al proceso como terceros interesados a la fiduciaria La Previsora S. A. y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ff. 130-132).



por la desvinculación injustificada en estado de embarazo, y 12 semanas de descanso remunerado. La sentencia afirma en algunos de sus apartes:

[...] puede inferirse que sin importar el tipo de vínculo mediante el cual la docente haya prestado sus servicios, aunado al hecho de que el legislador no hizo distinción alguna al usar el término “vinculados”, y atendiendo a las condiciones y al desempeño de las labores en el cargo, surge el derecho en favor del docente a detentar sus prestaciones sociales, propias de una relación legal y reglamentaria, situación que no implica per se la inclusión automática a la carrera docente.

[...]

Así las cosas, y a manera de conclusión respecto al vínculo que surgió entre la señora Maryuris Padilla Hernández y el Municipio de Soledad, en los períodos comprendidos entre los años 2008-2009, 2009 - 2010 y 2010 - 2011 respectivamente, se precisa que fue de carácter laboral y que consecuentemente le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales propias de su relación de trabajo, conforme a lo anteriormente expuesto.

No obstante, frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria incoada por la demandante, se considera no tener asidero, toda vez que el régimen aplicable al caso es la ley 91 de 1989, y no el régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, Ley 244 de 1995 y la 1071 de 2006. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha expuesto [...].

Otro de los aspectos especiales a tratar de acuerdo a los hechos y las pretensiones expuestas por la parte demandante, es lo referente a su estado de embarazo y la protección que la legislación colombiana le ha dado a la mujer embarazada. Al respecto, la H. Corte Constitucional desde el año 1997 mediante sentencia de constitucionalidad del veinticinco (25) de septiembre, realizando un análisis del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, procedió a aplicar la regla de la unidad normativa con el fin de amparar la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas, al considerar que la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública [...]

[...]

En el sub iudice, se tiene que la desvinculación de la demandante, se dio por el nombramiento de otro docente para ocupar el cargo en provisionalidad que esta venía desempeñando, y que pese a haber sido informada la entidad territorial del estado de embarazo de la señora



Maryuris Padilla aun antes de haber nombrado otro docente, no obra dentro del plenario resolución motivada o cualquier otro medio prueba del cual pueda inferirse que su desvinculación se dio por alguna justa causa. Por lo anterior, esta sala en razón a la estabilidad laboral reforzada, la cual se les ha brindado a las trabajadoras embarazadas, ordenará el pago de la respectiva indemnización a que tiene derecho por su despido o desvinculación en razón a su estado de embarazo y el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado (ff. 267-281).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El municipio de Soledad, inconforme con la anterior providencia, interpuso recurso de apelación encaminado a su revocación porque la condena debió ser contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la fiduciaria La Previsora S. A., toda vez que la demandante no aportó los documentos necesarios ni diligenció los formatos para su afiliación ante tal fondo, lo cual lo exime de responsabilidad.

Conforme a las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, y el Decreto 2831 de 2005, *«se puede inferir en forma inequívoca que en tratándose del reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, esta facultad radica única y exclusivamente en el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumpliendo las Secretarías de Educación de los entes territoriales un papel meramente administrativo como es la recepción de documentos o la proyección de los actos administrativos de decisión, pero siempre encontrándose su labor sujeta a lo decidido por la sociedad fiduciaria que se encarga del manejo de los recursos del Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio».*

En consecuencia, al municipio de Soledad se debe absolver *«por falta de legitimación en la causa por pasiva, para responder por cualquier emolumento que se haya condenado parcialmente en la sentencia censurada,*



toda vez, que el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora, es quien debe de responder patrimonialmente por la condena impuesta; contrario sensu se estaría configurando por el FOMAG un enriquecimiento sin justa causa en detrimento del patrimonio de la demandante y del municipio que represento jurídicamente» (ff. 291-294).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el municipio de Soledad fue concedido, en audiencia de conciliación de 17 de noviembre de 2015, ante esta Corporación (ff. 306-307), y se admitió por proveído de 24 de junio de 2016 (f. 316); y, después, en providencia de 22 de septiembre de 2017, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 323), oportunidad aprovechada por la actora y la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La demandante (ff. 329-330) repite los argumentos expuestos en la demanda, en el sentido de que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena del ente accionado al pago de las primas de vacaciones y Navidad, y de las cesantías y sus intereses, mas no a la negativa de la imposición de la sanción moratoria.

La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ff. 332-337) se refiere a que «*las prestaciones sobre las cuales realiza aportes la docente como pensiones y auxilios, que se causen a partir de la vigencia de la norma [Decreto 3752 de 2003], se liquidarán únicamente con la asignación básica mensual y*



sobresueldo para los que tengan derecho a él, y siempre y cuando sobre ellos se realicen los aportes a favor del Fondo del Magisterio».

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si, en los términos del recurso de apelación, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Soledad, por cuanto arguye que no es responsable de que la actora haya dejado de afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, por lo tanto, la condena al pago de prestaciones sociales debió recaer sobre la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Oficio de 31 de enero de 2013, del secretario de educación de Soledad, en que se le niega a la actora el reclamo formulado, el 14 de enero anterior, sobre el pago de sus prestaciones sociales, que es el acto acusado (f. 99).

b) Resolución 148 de 22 de febrero de 2008, del alcalde de Soledad, en que vincula provisionalmente a la demandante, entre los días 6 de febrero de 2008



y 2009, «en el cargo docente de tiempo completo en el área de matemáticas en la Institución Educativa Técnico Industrial del Atlántico, en reemplazo de ALFEDO ENRIQUE LORA MELÉNDEZ, titular del cargo y quien se encuentra en comisión de estudios no remunerado».

c) Decreto 53 de 18 de febrero de 2009, del alcalde de Soledad, por medio del cual vincula provisionalmente a la actora, entre los días 17 de febrero de 2009 y 2010, en el mismo empleo antes relacionado (f. 20).

d) Decreto 43 de 19 de marzo de 2010, del alcalde de Soledad, a través del cual nuevamente se vincula provisionalmente a la demandante en el mismo cargo antes señalado, entre los días primero de marzo de 2010 y 2011 (f. 25).

e) Decreto 120 de 15 de abril de 2011, del alcalde de Soledad, en que vincula provisionalmente en vacancia temporal al señor Jean Carlos Yépez Yépez en el empleo que desempeñaba la accionante, entre los días 9 de mayo de 2011 y 2012 (ff. 33-34).

f) Certificación de la Fiduprevisora, del gerente de servicios en salud, de 30 de enero de 2013, en que declara que la actora se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 14 de mayo de 2012 (f. 95).

g) Escrito de la demandante, de 8 de febrero de 2011, en que informa a la secretaría de educación de Soledad que tiene 20 de semanas de embarazo (f. 30).

h) Comunicación de la actora, de 19 de mayo de 2011, dirigida a la secretaría de educación de Soledad, en que reclama las razones de su desvinculación del



empleo que fungía, a pesar de su estado de embarazo (ff. 79-80).

i) Oficio sin número, de junio de 2011, de la secretaría de educación de Soledad, por medio del cual despachan desfavorablemente la petición que precede (f. 81).

De las pruebas que obran en el expediente, se deduce que la demandante fue vinculada, de manera provisional, en tres períodos, cada uno de un año (6 de febrero 2008-2009, 17 de febrero de 2009-2010 y primero de marzo de 2010-2011), como docente de tiempo completo en el área de matemáticas en la Institución Educativa Técnico Industrial del Atlántico, en reemplazo del señor Alfredo Enrique Lora Meléndez, titular del cargo, quien estaba en comisión de estudios no remunerada.

El 8 de febrero de 2011, la accionante comunicó a la secretaría de educación de Soledad que tenía 20 semanas de embarazo y, por lo tanto, alega que no podía ser desvinculada del empleo que ejercía por encontrarse en una situación de estabilidad laboral reforzada; sin embargo, el nominador, por medio de Decreto 120 de 15 de abril de 2011 la reemplazó, a partir del 9 de mayo siguiente, por otro docente.

En vista de ello, en escrito de 19 de mayo del mismo año, además de solicitar copia de algunos documentos, pide que le expliquen el motivo de la separación del empleo, no obstante haber comunicado, el 8 de febrero de 2011, su estado de gravidez, y, además, por qué no fue afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la secretaría de educación le responde, al mes siguiente, en oficio sin número (f. 81), que *«su nombramiento no fue provisional, sino temporal, o sea, que está sujeto a un período determinado y cierto de un año a partir del 1 de marzo de 2010 al 1*



de marzo de 2011, terminación que fue notificada por conducta concluyente desde el día en que aceptó y recibió su nombramiento temporal».

También le manifiesta que *«para hacer efectiva la respectiva afiliación a la seguridad social, usted debió aportar los documentos necesarios y diligenciarlos en los formatos expedidos por la fiduprevisora para que la secretaría efectuara el trámite correspondiente; por lo tanto, al finalizar su nombramiento temporal, usted debe asumir la seguridad social».*

Por último, la accionante, el 14 de enero de 2013, exige del municipio de Soledad el pago de sus prestaciones sociales (primas de vacaciones y Navidad, cesantías y sus intereses y sanción moratoria por su pago tardío), lo cual es negado, a través de oficio de 31 de enero de 2013, del secretario de educación, que es el acto demandado (f. 94).

En la sentencia recurrida, se dispuso, en el ordinal segundo de la parte decisoria: *«Condénese al Municipio de Soledad al pago de las prestaciones sociales concernientes a las primas de vacaciones, navidad, cesantías e intereses de cesantías por los años en los que estuvo vinculada como docente, esto es, del seis (06) de febrero de 2008 a seis (06) de febrero de 2009, del diecisiete (17) de febrero de 2009 a diecisiete (17) de febrero de 2010 y del día primero (01) de marzo de 2010 al primero (01) de marzo de 2011; y la indemnización a que tiene derecho respecto de la desvinculación injustificada sin mediar resolución motivada por su estado de embarazo y al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado».*

Contra esta decisión, el municipio de Soledad formuló recurso de apelación, en condición de apelante único, orientado a sostener que existe en su favor falta de legitimación en la causa por pasiva, y, por ende, la condena debió ser



impuesta a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la fiduciaria La Previsora S. A.

En este orden de ideas, el artículo 31, inciso 2.º, de la Constitución Política preceptúa que *«[e]l superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único»*, o sea, que no puede empeorarse la situación jurídica inicial del recurrente (*non reformatio in pejus*). Dicho axioma también se encuentra plasmado en el cuarto inciso del citado artículo 328 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: *«El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella»*.

En efecto, el superior no puede agravar la situación del apelante único y su competencia en la apelación se limita a lo desfavorable, lo que significa que no puede reformar la providencia en cualquier sentido. Y, a su vez, el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP) establece que *«el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión»* (negritas fuera de texto).

Así las cosas, el ente territorial alega, como único reparo, la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la carencia de afiliación de la actora al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es responsabilidad de él, sino de ella, por no aportar los documentos y no tramitar los respectivos formatos y, además, el *«reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, esta facultad radica única y exclusivamente en el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones*



Sociales del Magisterio, cumpliendo las Secretarías de Educación de los entes territoriales un papel meramente administrativo como es la recepción de documentos o la proyección de los actos administrativos de decisión, pero siempre encontrándose su labor sujeta a lo decidido por la sociedad fiduciaria que se encarga del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», es decir, que no es la persona jurídica que puede contradecir las pretensiones de la demanda; no es sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial establecida en el proceso.

Sin embargo, el Decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003,² en su artículo 1.º, estatuye la obligación a los entes territoriales de afiliar, de manera provisional, a los docentes vinculados, en la misma condición, en sus plantas de personal, o sea, no definitiva. Dice la norma:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2º. Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

² «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».



Como se puede observar, el párrafo 1.º del artículo transcrito es categórico al instituir que *«[l]a falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar»*.

Y, a su vez, el artículo 4.º de la misma disposición señala que *«[p]ara la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes vinculados a plantas de personal de entidades territoriales, deberá presentarse por parte de la respectiva entidad territorial la solicitud de afiliación ante la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, de acuerdo con el formato que se elabore para el efecto [...]»*, lo cual significa que el ente territorial tiene la obligación, mas no el docente vinculado, de tramitar ante la sociedad fiduciaria la solicitud de afiliación, sin perjuicio de las medidas que adopte dicho municipio frente al educador, puesto que, de lo contrario, responde por la totalidad de las prestaciones sociales, de conformidad con el párrafo 1.º, tal como lo determinó el *a quo*.

Por otra parte, en lo que concierne a las costas del proceso, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016,³ en el sentido de que *«corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a*

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



una aplicación razonable de la norma».

Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que no se observa en el proceso y, por lo tanto, no se impondrá a la parte demandada condena en costas.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia proferida el 9 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por la señora Maryuris Helena Padilla Hernández contra el municipio de Soledad (Atlántico), conforme a lo expuesto en la parte motiva.



Rad. 08001-23-33-000-2013-00474-01 (5004-2015)
Actora: Maryuris Helena Padilla Hernández

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.



CARMELO PERDOMO CUETER



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS

