



## MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

### ACUERDO No.

**003 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2022**

*“Por el cual se modifica el numeral 4.4. del artículo 4 del Acuerdo No. 002 de 3 de diciembre de 2020, modificado por el Acuerdo 002 del 8 de julio de 2022”.*

### **EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL,**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 2.2.4.3.1.2.2. y numeral 6 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, y

### **CONSIDERANDO**

Que mediante Resolución 2455 de 2000, se creó el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, como una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad.

Que las actuaciones del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional están orientadas por los principios que rigen la función administrativa, consagrados en los artículos 209 de la Constitución Política y 3 de la Ley 1437 de 2011, especialmente por los de legalidad, defensa, protección del patrimonio público y buena administración del Estado.

Que la Constitución Política de Colombia en su artículo 90 preceptúa: «En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este». En desarrollo de este mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 678 de 2001, modificada por la Ley 2195 de 18 de enero de 2022, a través de la cual se reglamentaron los aspectos sustanciales y procesales para ejercer la acción de repetición, estableciendo en su artículo 4 la obligación de las entidades y organismos públicos el deber de hacer uso efectivo de esta acción, constituyéndose como mecanismo idóneo para resarcir el detrimento patrimonial, causado por el dolo o culpa grave de un agente estatal.

Que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 142 señala: “Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”.

Que el numeral 6 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto No. 1069 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho” consagra que es función de los Comités de Conciliación y Defensa Judicial «Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decide no instaurar la acción de repetición (...)».

Que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SE-SUJ-SII-012-2018, notificada el 10 de agosto de 2018, unificó jurisprudencia para definir que a los docentes oficiales en su calidad de servidores públicos les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006. En consecuencia, sentó jurisprudencia en los siguientes asuntos:

“SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.”

Que para el estudio de las acciones de repetición relacionadas con las condenas u otras formas de terminación de conflictos generados por el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de los docentes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional expidió el Acuerdo No. 002 de 3 de diciembre de 2020 “Por el cual se fijan los lineamientos para el estudio de procedencia de la acción de repetición de las condenas u otras formas de terminación de conflictos generados por el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Que el Acuerdo No. 002 de 3 de diciembre de 2020, artículo 4, numeral 4.4., referido al “Análisis y valoración del dolo o culpa grave”, señaló en el inciso séptimo y siguientes:

“Por lo anterior, a efectos de determinar la configuración de las causales de dolo o culpa grave respecto del comportamiento del agente o ex agente estatal, el estudio jurídico del caso concreto, debe tener en cuenta que las causales de dolo y culpa grave se pueden configurar en los casos de solicitud de reconocimiento y pago de cesantías que:

- i. Se encontraban en trámite para el 10 de agosto de 2018.
- ii. Solicitudes de reconocimiento y pago radicadas a partir del 10 de agosto de 2018.

En estos casos se evaluará si la conducta de los agentes o ex agentes del Estado se enmarca dentro de las presunciones del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, dejando en el estudio constancia expresa y justificada de la recomendación de “Repetir” o “No repetir” según sea el caso, sin que ello implique calificación o tipificación de la conducta, atribución exclusiva del juez de conocimiento.

Parágrafo 1: para los trámites de reconocimiento y pago de cesantías terminados antes del 10 de agosto de 2018, entendiendo este hito como el pago efectivo de la prestación, no habrá lugar a establecer responsabilidad a cargo de los agentes o ex agentes estatales vinculados al trámite de la prestación, en tanto la normativa y jurisprudencia no establecían consecuencia patrimonial por la mora en el pago de las cesantías en favor de los docentes.”

Que posteriormente el Acuerdo 002 del 8 de julio de 2022 del Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional indicó lo siguiente:

“se identificó la dificultad de encuadrar en las presunciones de dolo o culpa grave los casos que se encuentran en la hipótesis de que trata el inciso transcrito, puntualmente en lo que se refiere a las solicitudes de cesantías que “i. Se encontraban en trámite para el 10 de agosto de 2018”. Si bien la sentencia de unificación 00580 de 2018 del Consejo de Estado tiene efectos de carácter retrospectivo, la Oficina Asesora Jurídica estimó que, de cara a un juicio de repetición, sería inviable atribuirle responsabilidad a los funcionarios que tramitaron las solicitudes de cesantías radicadas con anterioridad a que la decisión judicial referida hiciera exigible el cumplimiento de los plazos contenidos en la Ley 1076 de 2015 (sic) para las cesantías de los docentes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG- (...) En ese sentido, el estudio recomienda que, para efectos de

-----

tener certeza concreta y objetiva para valorar la existencia del dolo o culpa grave, la misma sea analizada y valorada a partir de solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías radicadas con posterioridad al 10 de agosto de 2018, fecha a partir de la cual resultó obligatoria, por virtud de la sentencia del Consejo de Estado, la aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del FOMAG”.

Que en sesión No. 053 de 22 de junio de 2022, el Comité de Conciliación aprobó la modificación del numeral 4.4. del artículo 4 del Acuerdo No. 002 de 3 de diciembre de 2020 en el siguiente sentido:

“Por lo anterior, a efectos de determinar las presunciones de dolo o culpa grave respecto del comportamiento del agente o ex agente estatal, el estudio del caso concreto debe tener en cuenta que estas presunciones sólo podrían configurarse en aquellos eventos en que las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías fueron radicadas con posterioridad al 10 de agosto de 2018.

Parágrafo 1: Para las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías radicadas hasta el 10 de agosto de 2018 no habrá lugar a establecer la procedencia de acción de repetición en contra de los agentes o ex agentes estatales vinculados al trámite de la prestación, en tanto la normativa y jurisprudencia no establecían consecuencia patrimonial por la mora en el pago de las cesantías en favor de los docentes”.

Que en sesión del 22 de diciembre de 2022 el Comité de Conciliación discutió la necesidad de comprender dentro del análisis, para la definición de lineamientos, la Sentencia SU-041 de 2020, en la cual la Corte Constitucional definió un régimen de transición, hasta el 31 de diciembre de 2020, para el pago de la sanción moratoria causada a 31 de diciembre de 2019.

Que lo anterior resulta de especial relevancia en atención a que en la mencionada sentencia la Corte Constitucional reconoce la existencia de un bloqueo institucional y de una falla estructural que se generan, entre otras causas, por las mismas sentencias que decidieron la aplicación de la Ley 244 de 1995 al régimen especial de docentes, pues éstas no establecieron plazos para el pago de las deudas que se produjeron de manera retrospectiva, ni determinaron un régimen de transición como el establecido por el legislador al definir una nueva regulación.

Al respecto dijo la Sentencia SU-041 de 2020:

“2.3. La situación antes descrita **produjo para el FOMAG-FIDUPREVISORA S.A. un panorama incierto a nivel financiero y operativo.** A nivel financiero, el fondo no contaba con los recursos necesarios para efectuar el pago de dicha sanción estimada en principio en 1.1. billones de pesos, cifra que se redujo a \$809.5 mil millones [137]; además, la entidad no contaba con un rubro presupuestal específico al cual pudiera imputar el pago de la sanción y en los casos en los que el fondo satisfizo el pago de esta obligación, lo hizo con sus propios recursos, los cuales están destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes, tal como lo estipula el artículo 5 de la Ley 91 de 1989. **A nivel operativo, ni las entidades territoriales certificadas en educación ni el FOMAG-FIDUPREVISORA S.A. tenían la capacidad administrativa para dar respuesta oportuna -al mismo tiempo- a las solicitudes de reconocimiento y pago de la sanción por mora y de las cesantías, ocasionando más represamiento en su trámite, lo que a su vez generaba más sanción moratoria.**

(...) Cabe resaltar que en las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, **no se estableció un período de transición** para que las entidades que intervienen en el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (a) tomaran medidas para pagar las cesantías atrasadas y (b) no se causara sanción moratoria, **como en su momento lo dispuso el parágrafo transitorio del artículo 3 de la Ley 244 de 1995 [140] para el pago de las cesantías definitivas**. Tampoco se consideró la necesidad de otorgar **un plazo determinado** para que las entidades referidas (c) dieran respuesta a las solicitudes pendientes de reconocimiento y pago de dicha sanción por vía administrativa, y (d) cumplieran con las órdenes de los jueces ordinarios y de tutela en relación con el pago de la sanción moratoria.

(...) la Sala Plena encuentra que la falta de respuesta de fondo a las peticiones formuladas por los accionantes no es una situación que los afecte exclusivamente a ellos, ya que **se evidencia una problemática estructural** que ha impedido a las entidades concernidas, esto es, FOMAG-FIDUPREVISORA y secretarías de educación certificadas, cumplir en términos generales las disposiciones existentes sobre reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, con ocasión de la interpretación jurisprudencial sobre la materia, debido a los obstáculos jurídicos, financieros, y administrativos que enfrentan dichas entidades.

El panorama expuesto ha conducido a **un bloqueo institucional** para responder las reclamaciones masivas que presentan los docentes oficiales con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, que alcanzaron la cifra de 49.724 por vía administrativa entre 2017 y 2019.” (Subrayado por fuera del texto original)

Al anterior panorama general, se suma el análisis realizado por la Sala Plena en la mencionada sentencia, sobre la capacidad operativa y financiera del Fomag-Fiduprevisora y de las secretarías de educación certificadas, en el cual se concluye que no existían las condiciones financieras, operativas, ni administrativas para tramitar y pagar la sanción moratoria y al mismo tiempo dar trámite a las solicitudes de retiro de cesantías, a las peticiones y a los requerimientos judiciales:

“Lo expuesto permite concluir que, debido a la **dificultades financieras y administrativas estructurales que afronta el FOMAG**, la sanción por mora, en lugar de procurar el pago oportuno de las cesantías, en este momento puede ocasionar retrasos en los trámites de expedición del acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías, por la necesidad de priorizar la atención de la sanción moratoria.

(...) Durante el trámite de revisión se pudo conocer que para responder de fondo las solicitudes de sanción por mora por parte de las accionadas **existen serias dificultades operativas para la articulación y el intercambio de información entre las Secretarías de Educación certificadas y el FOMAG** sobre los casos concretos de los peticionarios, lo que ha llevado -incluso- a la **imposibilidad de contar con herramientas para llevar el control de la radicación de las solicitudes**, y a no tener claro el deber de responder las solicitudes de los afiliados al fondo.

(...) la Sala Plena concluye que el represamiento del pasado sumado al elevado aumento de nuevas solicitudes y la **debilidad operativa del**

-----

**FOMAG-FIDUPREVISORA S.A. y de las Secretarías de Educación territoriales certificadas para tramitar y evacuar todas estas reclamaciones**, derivó en la problemática actual que, entre otras cosas, ha incorporado la interposición de la acción de tutela como un mecanismo para presionar su resolución.

(...) A juicio de la Corte, la presencia de **obstáculos financieros y administrativos** que han venido afectando los recursos del FOMAG (...) impiden el cumplimiento de los términos legales para resolver peticiones y acatar órdenes judiciales en materia de sanción moratoria, constituyen razones suficientes para adoptar órdenes generales que permitan mitigar el **impacto desproporcionado** que el pago de la sanción moratoria está causando en las finanzas públicas.

(...) No obstante, **en un escenario de bloqueo institucional ocasionado por la incapacidad de respuesta oportuna de las entidades estatales, como es el caso**, se produce un menoscabo a los derechos de los reclamantes que deben esperar por una respuesta o por la resolución de sus casos durante amplios periodos de espera.

Luego, como consecuencia de la necesidad de **superar las dificultades financieras y operativas que ha desencadenado la extensión a los docentes oficiales del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecido en la Ley 244 de 1995** modificada por la Ley 1071 de 2006, que operó por vía jurisprudencial, en especial por las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, sin afectar los derechos fundamentales a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones de los afiliados al FOMAG, en la parte resolutive de esta providencia se dispondrá un **periodo de transición hasta el 31 de diciembre de 2020**, durante el cual el pago de la sanción por mora que se haya causado hasta el 31 de diciembre de 2019 se hará de acuerdo con el cronograma que formule FIDUPREVISORA S.A., en el que se priorizará el trámite de reconocimiento y pago de las solicitudes de auxilio de cesantías que se encuentran pendientes de resolver. (Subrayado por fuera del texto original)

Que, a juicio del Comité de Conciliación, la jurisprudencia reseñada permite concluir que, por los factores anotados y analizados en los fallos respectivos, en el trámite de las solicitudes de cesantías de los docentes se configuró una circunstancia SOBREVINIENTE por vía jurisprudencial a partir de la cual se dio certeza sobre el derecho reclamado, este es, la sanción mora por el pago tardío de las cesantías. Aunado a lo anterior, las dificultades presupuestales y administrativas que de manera general impidieron y/o retrasaron el pago de la sanción mora y el cumplimiento de sus deberes funcionales, permiten desvirtuar la existencia de culpa grave, en el marco de los requisitos que para la misma fija el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, para los casos de sanción moratoria causada hasta el 31 de diciembre de 2019, plazo durante el cual se reconoce una falla estructural generalizada y un bloqueo institucional entre las secretarías de educación certificadas y la Fiduprevisora-Fomag que hizo imposible a los servidores públicos cumplir cabalmente con las responsabilidades asignadas.

Que no obstante lo anterior, el Comité de Conciliación considera que existen casos que, aun en el contexto de la falla estructural y el bloqueo institucional reconocidos en la jurisprudencia constitucional, deben ser estudiados a fin de establecer la procedencia de la acción de repetición, teniendo en cuenta criterios de

proporcionalidad y razonabilidad en el cumplimiento de los plazos exigidos por la jurisprudencia y la mora en la respuesta a las solicitudes de los docentes.

Que teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional reconoce la inexistencia de las condiciones financieras y operativas mínimas para que la Fiduprevisora-Fomag pudiera cumplir adecuadamente con su obligación de pago de la sanción moratoria, y que incluso se establece un periodo de transición durante todo el año 2020 para que se pague paulatinamente la mora causada hasta el 31 de diciembre de 2019, el Comité de Conciliación considera que en cualquier evento en el estudio de la procedencia de la acción de repetición por la sanción moratoria causada hasta esta fecha en cabeza de la Fiduprevisora-Fomag, se encuentra desvirtuada la culpa grave de sus agentes.

Que en el caso de las Secretarías de Educación Certificadas, aunque se evidencia también por la jurisprudencia constitucional la existencia de fallas estructurales y deficiencias operativas y administrativas, el Comité de Conciliación, atendiendo a criterios de razonabilidad para la determinación de la culpa grave, definirá que la presunción de culpa grave se sostendrá y por lo tanto, será procedente el estudio de la acción de repetición en todos aquellos casos en los que la emisión del acto administrativo de reconocimiento de cesantías se haya efectuado después de ciento ochenta (180) días calendario contados desde la radicación de la solicitud de retiro de cesantías en debida forma.

Que el plazo de ciento ochenta (180) días calendario se establece a partir de los datos suministrados por la Fiduprevisora al Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con los cuales, de una muestra de 81.271 pagos de sanción moratoria, se calcula que en el 84% de los mismos se produjo el acto administrativo de reconocimiento de cesantías en un promedio de 87 días desde el momento de radicación de la solicitud.

Que por lo anterior, a juicio del Comité de Conciliación, en aquellos casos de mora causada y pagada que se presenten desviaciones significativas de este promedio, no puede considerarse que se desvirtúa la presunción de culpa grave, pues en los mismos se puede presumir, por el contrario, una “imprudencia calificada” o “arbitrariedad”<sup>1</sup>. Por ello, las desviaciones estándar más cercanas al promedio (entre tres meses y seis meses) se consideran en estos lineamientos como casos que pueden enmarcarse en grados de culpabilidad o negligencia atenuados, que estarían desvirtuados por la falla estructural y el bloqueo institucional que se presentó en el caso de la sanción moratoria que se ha expuesto en esta parte considerativa. Esta graduación responde a los “estrictos estándares de atribución de la responsabilidad subjetiva” exigida por la jurisprudencia constitucional para adelantar las acciones de repetición:

“Finalmente, esta Sala evidencia que si bien al tenor del artículo 4° de la Ley 678 de 2001 es un deber de las entidades ejercitar la acción de repetición so pena de responsabilidades disciplinarias y fiscales, lo cierto es que en razón del carácter subsidiario de la pretensión de regreso, su impulso por parte de la administración sólo debe procurarse cuando se acredite, con estrictos estándares de atribución de responsabilidad subjetiva, el dolo o la culpa

<sup>1</sup> De acuerdo con la Sentencia SU 354 de 2020 el componente subjetivo de la responsabilidad de los agentes del Estado debe considerar que “la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, por lo que no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de regreso, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de imprudencia calificada o de arbitrariedad”.

---

grave del agente estatal, evitando su interposición cuando únicamente existan fundamentos precarios o altamente discutibles.”<sup>2</sup>

Que con la modificación de los presentes lineamientos, el Comité de Conciliación evita que los casos más graves en la generación de la sanción moratoria se excluyan del estudio de acción de repetición.

Que, en mérito de lo expuesto,

**ACUERDA:**

**ARTÍCULO 1. Modificación del Acuerdo No. 002 del 3 de diciembre de 2020, artículo 4, numeral 4.4.** Modifíquese el numeral 4.4. del artículo 4 del Acuerdo No. 002 de 3 de diciembre de 2020, el cual quedará de la siguiente manera:

“4.4. Análisis y valoración del dolo o culpa grave:

El artículo 4 de la Ley 678 de 2001 consagra como una obligación de las entidades públicas “(...) ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes”. En tal sentido, el inciso segundo de la misma norma precisa: “El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión al respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

En tal sentido, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordenamiento legal, para el análisis y valoración de las condenas judiciales, conciliaciones o cualquier otra forma de terminación de conflicto que se haya originado por cuenta de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, se debe partir de la premisa de que no toda condena procedente de acción judicial o de una conciliación u otro medio alternativo de solución de conflictos genera de por sí acción de repetición, pues para que esta se produzca, será necesario que el servidor o ex servidor público cuya actuación se vincula al origen de la conducta hubiere actuado con dolo o culpa grave. Debe resaltarse en este punto, que la sentencia en contra de la entidad pública no constituye prueba plena para constatar la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del agente estatal contra quien se dirige la acción de repetición.

Así mismo, de la interpretación de los documentos que eventualmente constituirán las pruebas a presentar, se establecerá la presencia de alguno de los elementos presuntivos de que tratan los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, modificados por la Ley 2195 de 18 de enero de 2022, lo cual será el fundamento para la conclusión que se realice de la tipificación de la conducta del agente o ex agente estatal, facultad que recae exclusivamente en el juez que conozca del proceso, a quien también corresponde realizar la valoración probatoria.

Respecto del reconocimiento de sanción mora por pago extemporáneo de cesantías, los estudios jurídicos de las acciones de repetición deben tener en cuenta que previo al 10 de agosto de 2018 se encontraba vigente el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, que regulaba el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del FOMAG, y no establecía reconocimiento de sanción mora por el pago tardío de la prestación.

---

<sup>2</sup> Ibidem.



-----

A partir de la sentencia SE-SUJ-SII-012-2018, el Consejo de Estado determinó la aplicación de la Ley 1071 de 2006 para el trámite de cesantías de los docentes y el reconocimiento de sanción mora por el pago tardío de dicha prestación, indicando que: "...dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria".

Al respecto, el Consejo de Estado en su providencia adicionó -sin establecer un régimen de transición para su aplicación- que los efectos de esta serían retrospectivos, es decir, que las reglas establecidas en dicho fallo deben aplicarse no solo a las futuras solicitudes de reconocimiento y pago de las cesantías y sanción moratoria, sino a las elevadas para la fecha de la decisión, pero que se encontraban pendientes de decisión tanto en sede judicial como administrativa.

Adicionalmente, de conformidad con la Sentencia SU-041 de 2020 de la Corte Constitucional, se identificaron bloqueos institucionales y fallas estructurales para el reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción moratoria causada a 31 de diciembre de 2019, principalmente debido a la ausencia de un régimen de transición adecuado que hubiera permitido la preparación para la aplicación del nuevo marco regulatorio establecido jurisprudencialmente.

Las circunstancias anotadas permiten concluir que en el caso específico se configuró un evento sobreviniente de orden jurisprudencial generalizado no imputable a los agentes, que hizo imposible a los servidores públicos encargados de tramitar todas las solicitudes de los docentes gestionaron oportunamente el inusitado incremento de las reclamaciones, lo que los exime de responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes específicos y desvirtúa la presunción de culpa grave en la configuración de la mora motivada en el solo incumplimiento de la normativa.

No obstante lo anterior, en aplicación de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, en los casos en los que la emisión de los actos de reconocimiento por las Secretarías de Educación Certificadas superaron de manera irrazonable los plazos definidos por el Consejo de Estado en la Sentencia SE-SUJ-SII-012-2018, no se considerará desvirtuada la culpa grave por los argumentos de la Corte Constitucional y por lo tanto estos casos deberán ser objeto de estudio de la acción de repetición.

Por lo anterior, a efectos de determinar las presunciones de dolo o culpa grave respecto del comportamiento del agente o exagente estatal, el estudio del caso concreto debe tener en cuenta que estas presunciones sólo podrían configurarse en aquellos eventos en que para la emisión del acto administrativo de reconocimiento de cesantías la respectiva entidad territorial certificada se haya tomado más de ciento ochenta (180) días después de radicada la solicitud de retiro en debida forma, lo anterior a partir de los datos suministrados por la Fiduprevisora al Ministerio de Educación Nacional, en los que se indica que de una muestra de 81.271 pagos de sanción moratoria, se calcula que en el 84% de los mismos se produjo el acto de reconocimiento de cesantías en un promedio de 87 días contados a partir de la radicación de la solicitud. El anterior plazo tiene en consideración que:

1. Una vez notificada la Sentencia del Consejo de Estado SE-SUJ-SII-012-2018 no se contaba con las condiciones necesarias ni con un plazo prudencial para ajustar los requerimientos administrativos ni operativos de la respectiva Secretaría de Educación Certificada.

2. Hasta la expedición de la Ley 1955 se tenía previsto un procedimiento que permitía la devolución indefinida por parte de la Fiduciaria de los respectivos actos administrativos a las Secretarías de Educación Certificadas.

**Parágrafo:** En caso de que el fallo condenatorio haya concluido expresamente que existió dolo o culpa grave en la conducta del agente o ex agente estatal (y demás funcionarios que relacione la sentencia) a cargo del trámite, o la existencia de las causas determinadas en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001, la recomendación que se incorpore a la ficha técnica será la de “Repetir”, dejándose constancia expresa que fue la misma sentencia la que así lo determinó y una vez se haya verificado lo dispuesto en el artículo 57 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 (Ley 1955 de 2019), respecto de la competencia del Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional aquí señalada.”

**Artículo 2. Transitoriedad.** Las acciones de repetición que se hayan iniciado en vigencia de la política establecida en el Acuerdo 002 del 8 de julio de 2022, que modificó el Acuerdo 002 del 3 de diciembre de 2020, continuarán su curso procesal regular. Los casos sobre los que no se haya iniciado acción de repetición deberán ser revisados bajo los estándares establecidos en el presente Acuerdo.

**Artículo 3. Revisión periódica.** Los lineamientos contenidos en el Acuerdo 002 del 3 de diciembre de 2020 deberán revisarse por lo menos con una periodicidad semestral por el Comité de Conciliación, con el fin de determinar la necesidad de realizar ajustes de acuerdo con los efectos observados de aplicación en el tiempo de las reglas que se definen y con la actualización de datos que presente la Fiduprevisora-Fomag.

**ARTÍCULO 4. Vigencia.** El presente acuerdo rige a partir de su publicación y modifica el Acuerdo 002 del 3 de diciembre de 2020, modificado por el Acuerdo 002 del 8 de julio de 2022.

### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022).



**LESLIE RODRIGUEZ MUÑOZ**  
Presidente

**Comité de Conciliación y Defensa Judicial**



**SEBASTIÁN SILGADO VERGARA**  
Secretario Técnico

**Comité de Conciliación y Defensa Judicial**