



**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

**ACUERDO No**

**002 DE 3 DE DICIEMBRE 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»

**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 la 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 política sobre la 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 el numeral 6° del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 consagra que es función de los Comités de Conciliación: *«...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 los 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 decida no instaurar la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en 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 la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como *«[...] una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad*

Continuación del Acuerdo: «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»

*fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital».*

Que conforme al artículo 5 de la Ley 91 de 1989 se consagran los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

“1.- *Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*

*(...)*

3.- *Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*

4.- *Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

5.- *Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones...”*

Que respecto del procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 estableció que: «...*Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentra vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial...*».

Que a su vez, el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, entre otros aspectos, señala:

“...**Artículo 2°.** *Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.*

**Artículo 3°.** *Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el*

Continuación del Acuerdo: «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»

-----  
*Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

*Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:*

*(...)*

*3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior al presente artículo.*

*4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

*5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para los efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme...”*

Que con la expedición de la Ley 1955 de 2019 “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la equidad”, el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías tuvo un cambio estructural, y en el artículo 57 se estableció lo siguiente:

**“...Artículo 57°. Eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*(...)*

*Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

**Parágrafo:** La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el

Continuación del Acuerdo: «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»

*Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías...*

Que como consecuencia de las múltiples contradicciones ocasionadas por las decisiones que sobre la sanción moratoria se profirieron en la jurisdicción contencioso administrativa —ya que existía una interpretación polémica de la aplicabilidad de la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 para regímenes especiales como lo es el docente, considerándose que dicha norma solo cobijada a servidores públicos del orden territorial—, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU-336 de 2017<sup>1</sup> en donde concluyó que, en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público.

Que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018<sup>2</sup>, señaló que al docente oficial, por tratarse de un servidor público, le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias como la Ley 1071 de 2006, estableciendo además lo siguiente: i. La inaplicación por ilegal del Decreto 2831 de 2005 y en consecuencia instar a los entes territoriales y al FOMAG a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías presentadas por los docentes, sean tramitadas en atención a lo previsto en la Ley 1071 de 2006, y ii. El efecto del fallo de unificación como retrospectivo y por lo tanto aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver.

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 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.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 192 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 la acción de repetición, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se puede incoar a partir de las siguientes hipótesis:

- a) Que se haya ordenado un reconocimiento indemnizatorio a favor de un particular por parte del Estado, de conformidad con una condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-336 de 2017. Magistrado Ponente: Ivan Humberto Escrucería Mayolo.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-2015.

Continuación del Acuerdo: «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»

- b) Que el reconocimiento indemnizatorio tenga origen en la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público, ex servidor público, o particular investido de funciones públicas.
- c) Que la entidad pública haya realizado el pago total de la condena impuesta o de la suma fijada por el acuerdo conciliatorio u otro mecanismo de terminación de conflictos.

Que corresponde al Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional estudiar y determinar la procedencia de la acción de repetición respecto de conciliaciones o condenas que hayan sido pagadas con ocasión a la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el entendimiento de que es el Ministerio de Educación quien delega en las Secretarías de Educación de los entes territoriales la función de reconocimiento de esta prestación, en virtud de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, según la cual las prestaciones de los docentes deben ser pagadas por el FOMAG y *“reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales”*.

Aunado a lo anterior, se tiene que en virtud de la representación que de la Nación-FOMAG ejerce el Ministerio de Educación Nacional, procesalmente la autoridad judicial los ha situado como sujetos pasivos en los procesos judiciales de reclamación de la sanción moratoria, dirigiendo las condenas a la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG y a Fiduprevisora S.A. como administradora del fondo.

Así mismo, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Educación Nacional), el llamado a incoar la acción de repetición sería el Ministerio de Educación Nacional como representante de la Nación en el contrato fiduciario, y en virtud de la actividad de supervisión que sobre el mismo ejerce.

Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, en sesión No. 29 de 15 de julio de 2020 determinó que, para efectos de avanzar en el estudio y determinación de la procedencia de las acciones de repetición por conciliaciones o condenas acaecidas como consecuencia de la configuración de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se documentara la posición general del comité respecto a esta problemática a través de un concepto jurídico. Conforme a lo anterior, en sesión No. 50 del 4 de noviembre de 2020 el Comité de Conciliación aprobó la interpretación y lineamientos presentados por la Oficina Asesora Jurídica, los cuales se encuentran contenidos en el concepto jurídico de 28 de julio de 2020, alcance de fecha 12 de noviembre de 2020 y aclaración del 1 de diciembre de 2020, como fundamento para determinar si se inicia o no la acción de repetición dentro de cada uno de los casos en donde haya lugar a realizar el estudio. Así mismo, dispuso que dichos lineamientos fueran plasmados en un Acuerdo del Comité de Conciliación que fijara las directrices generales para el estudio de los casos concretos.

Que, en mérito de lo expuesto,

Continuación del Acuerdo: «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»

## ACUERDA

**Artículo 1. Objeto.** El presente acuerdo tiene por objeto sentar los lineamientos necesarios para estructurar los estudios jurídicos (fichas técnicas) que determinen la procedencia o improcedencia de iniciar la acción de repetición por condenas judiciales, conciliaciones o cualquier otra forma de terminación de los conflictos que se susciten en torno al reconocimiento de la sanción moratoria que se genere por el pago tardío de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que deberán ser estudiados por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional previo a emitir su voto sobre la procedencia o no de promover la acción de repetición en caso de que cumpla con los parámetros definidos en el presente acuerdo.

**Artículo 2. Principios.** El presente acuerdo se orienta en los principios de resarcimiento del daño antijurídico (artículo 90 de la Constitución Política), de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política), los principios de que trata el artículo 3 de la Ley 678 de 2001, los principios consignados en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y los referenciados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

**Artículo 3. Competencia del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación:** es competente el Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional para abocar el estudio de las acciones de repetición asociadas al pago de sanción moratoria, en virtud a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 que señala que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, realiza el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, función que se encuentra delegada a las entidades territoriales.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional es el representante de la Nación en el contrato de fiducia mercantil que, para la administración del fondo y por disposición legal, se tiene suscrito con Fiduprevisora S.A.

**Parágrafo 1:** al tenor de lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo “*Pacto por Colombia, Pacto por la equidad*”), esta competencia se contrae al estudio de las acciones de repetición por la mora causada hasta diciembre de 2019, ya que su pago se hará con los Títulos de Tesorería emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

**Parágrafo 2:** no será competencia del Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional estudiar la procedencia de la acción de repetición respecto a la mora causada con posterioridad a enero de 2020, en razón a que el parágrafo del artículo 57 establece que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción mora que se genere por el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Artículo 4. Lineamientos para realizar los estudios de procedencia de la acción de repetición.** Para establecer la procedencia o no de promover la acción de repetición con fundamento en las condenas judiciales, conciliaciones o cualquier forma de terminación de conflictos, el análisis jurídico deberá observar con rigor los siguientes criterios:

Continuación del Acuerdo: «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»

#### 4.1. Caducidad de la acción de repetición:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 678 de 2001: «*La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas*». En iguales condiciones se pronuncia el CPACA en su artículo 164 respecto de la oportunidad para presentar la demanda de repetición.

Unido a lo anterior, se tiene presente lo previsto por el artículo 192 del CPACA respecto del plazo oportuno para el pago de condenas, establecido en 10 meses contado a partir de la ejecutoria.

Se concluye que el término de caducidad de la acción de repetición de 2 años debe estimarse a partir del día siguiente a la fecha de pago de la condena, siempre que este pago se haya llevado a cabo dentro de los 10 meses que establece el CPACA como término con que cuenta la administración para realizar el pago de la condena; y en caso de que el pago de la condena se haya llevado a cabo con posterioridad a que se hayan cumplido los 10 meses mencionados, los 2 años de término de caducidad deben considerarse desde la fecha de vencimiento de los meses establecidos por la norma para el cumplimiento de la sentencia.

Sin perjuicio de lo previsto en la norma general, corresponde al Comité de Conciliación, a la luz de lo establecido en el Decreto 1069 de 2016, artículo 2.2.4.3.1.2.12., tener en cuenta el término allí señalado, como a continuación se transcribe:

*“...Los Comités de Conciliación de las entidades públicas deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición.*

*Para ello, el ordenador del gasto, al día siguiente al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, de una conciliación, condena o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación, para que en un término no superior a cuatro (4) meses se adopte la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición y se presente la correspondiente demanda, cuando la misma resulte procedente, dentro de los dos (2) meses siguientes a la decisión.*

**Parágrafo.** *La Oficina de Control Interno de las entidades o quien haga sus veces, deberá verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este artículo...*”

Conforme a lo enunciado en precedencia, el Comité de Conciliación cuenta con cuatro (4) meses para adoptar la decisión de “repetir” o “no repetir” respecto de los pagos de conciliaciones, condenas o cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial, contados a partir de la fecha en que se traslade al Comité los soportes enunciados en la norma, lo cual deberá realizar al día siguiente de haberse efectuado el pago. En caso de determinarse la procedencia del inicio de la acción, la demanda deberá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que el Comité de Conciliación se pronuncie respecto del cada caso.

Para el caso de los soportes de pago de las condenas de sanción mora por pago extemporáneo de cesantías debe precisarse que no es el Ministerio de Educación

Continuación del Acuerdo: «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»

Nacional la entidad competente para expedirlos, pues tampoco es la entidad llamada a realizar el pago.

En este caso, quien ostenta la competencia para realizar el pago es Fiduprevisora S.A. de conformidad con las obligaciones y funciones que tiene respecto de la administración del FOMAG. De acuerdo con lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional, una vez enterado del pago del reconocimiento indemnizatorio procederá, a través de la Oficina Asesora Jurídica a solicitar a la fiduciaria la remisión del respectivo soporte de pago en cada caso.

#### 4.2. Requisitos para evaluar la procedencia de la acción de repetición por sanción moratoria:

De acuerdo con lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>3</sup> sobre la materia, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos:

- a) La existencia de una condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de conflicto que imponga a la entidad estatal el pago de una suma de dinero;
- b) Que el pago se haya realizado;
- c) La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado, y
- d) Enmarcar la conducta del agente o ex agente dentro de las presunciones de dolo o culpa grave que establece la normativa vigente.

Para verificar el cumplimiento de los requisitos enunciados en los numerales a) y b), se tendrán como soportes las certificaciones que emita la Dirección de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) en donde conste que se hicieron desembolsos de recursos para el cumplimiento de una condena judicial, acuerdo conciliatorio o cualquier otra forma de terminación de los conflictos que haya implicado el pago de una suma líquida de dinero.

#### 4.3. Evaluación de la calidad de agente o ex agente del Estado:

Al estar dirigida la acción de repetición a un sujeto cualificado, resulta necesario establecer tal calidad, como también la responsabilidad funcional que le asistía en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo.

Para el caso del presente acuerdo, el estudio jurídico deberá determinar tal calidad respecto de los funcionarios responsables en las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y/o Fiduprevisora S.A. según corresponda.

#### 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*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, sentencia del 19 de julio de 2018. Sección Tercera – Subsección A. Consejero ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. No. 11001-33-31-034-2007-00262-01(54845)



Continuación del Acuerdo: «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»

*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 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 condena hubiere actuado con dolo o culpa grave. Debe resaltarse en este punto, que la sentencia en contra de la entidad pública no constituye prueba idónea 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, lo cual será el fundamento para la conclusión que se realice en el estudio jurídico, más no se podrá entender que se trata de la tipificación de la conducta del agente o del ex agente estatal, facultad que recae exclusivamente en el juez que conozca del proceso, a quien también corresponde realizar la valoración probatoria en estricto sentido.

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 a sanción mora por el pago tardío de la prestación.

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 docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria”.

Al respecto, el Consejo de Estado en su providencia adicionó que los efectos de la misma son 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.

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.

Continuación del Acuerdo: «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»

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.

**Parágrafo 2:** en caso de que el fallo condenatorio haya concluido expresamente la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del agente o ex agente estatal (y demás funcionarios que relacione la sentencia) a cargo del trámite, la recomendación que se incorpore a la ficha 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 5. Vigencia.** El presente acuerdo rige a partir de su publicación.

### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los



**LESLIE RODRÍGUEZ MUÑOZ**

Presidente

Comité de Conciliación y Defensa Judicial



**JAIME LUIS CHARRIS PIZARRO**

Secretario Técnico

Comité de Conciliación y Defensa Judicial

Aprobó: Comité de Conciliación y Defensa Judicial en Sesión No. 60 de 02 a 03-12-2020

Revisó: Luis Gustavo Fierro Maya – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Jaime Luis Charris – Secretario Técnico Comité de Conciliación y Defensa Judicial

Cecilia María Ocampo – Abogada Externa OAJ - MEN