

CONCEPTO / COMITÉS DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS – Funciones de los comités de conciliación de las entidades públicas

De acuerdo con el Decreto 1069 de 2015, Reglamentario Único del Sector Justicia, el comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, y que decide, “en cada caso específico”, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, “evitando lesionar el patrimonio público” (artículo 2.2.4.3.1.2.2.). (...) [C]uando existen fallos reiterados que rechazan esa causal de defensa y condenan a la entidad por considerarla legitimada por pasiva, el comité de conciliación de la entidad debe tener en cuenta esos precedentes para replantear su defensa y las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición en casos similares. Al respecto, el numeral 5º del artículo 2.2.4.3.1.2.5. anteriormente citado señala expresamente que el Comité de Conciliación “deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”. (...) [L]a Sala advierte que los comités de conciliación deben analizar el impacto de las decisiones judiciales anteriores que han resuelto casos similares, más aún si han sido proferidas contra la misma entidad, de modo que sean tenidas en cuenta para la adopción de sus decisiones sobre conciliación, llamamiento en garantía y ejercicio de la acción de repetición, así como para cumplir sus funciones de prevención del daño antijurídico y de definición de las políticas de defensa de la entidad.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1991 – ARTÍCULO – 65B / LEY 446 DE 1998 / DECRETO 1069 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.4.3.1.2.2 / DECRETO 1069 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.4.3.1.2.5 NUMERAL 5

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) – Naturaleza jurídica y funcionamiento

[L]a Sala ha señalado que el FOMAG es un sistema presupuestal de manejo de recursos públicos (conocida como fondo-cuenta), cuya administración debe hacerse de acuerdo con la norma que lo ha creado y las disposiciones presupuestales y de control fiscal aplicables a este tipo de figuras jurídico-administrativas. También ha indicado que en razón de las competencias a su cargo “se encuentra sometido a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.” Cabe advertir entonces que no obstante su atipicidad y con independencia de su administración a través de fiducia, el FOMAG, antes que patrimonio autónomo, es un fondo cuenta de la Nación. Esto permite distinguir: (i) La representación del FOMAG como fondo cuenta de la Nación, la cual corresponde al Ministerio de Educación Nacional, tal como se ha expresado; y (ii) La representación del patrimonio autónomo surgido del contrato de fiducia suscrito entre la Nación y la Fiduprevisora, la cual corresponde por regla general a esta última entidad en virtud de las reglas generales que regulan dicha modalidad contractual, salvo en lo relativo a la función de reconocimiento de prestaciones sociales, la cual, como ya se anunció y como se desarrollará más adelante, corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional. (...) [L]e asiste razón al organismo consultante cuando recuerda que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001, invirtieron el proceso de nacionalización del servicio público educativo y dispusieron que su prestación se haría de manera descentralizada mediante el traslado de competencias y recursos a las entidades territoriales. En ese sentido

es cierto, como lo ha analizado esta Sala en diversas oportunidades y lo advierte la consulta, que dicha descentralización comporta que la vinculación y la competencia para la realización de concursos, nombramiento, remoción, traslado, sanción, estímulos y permisos de los docentes, directivos docentes y personal administrativo, corresponde hoy en día a las entidades territoriales certificadas y no a la Nación-Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo, es pertinente indicar que este proceso de descentralización no comprendió la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, la cual, sin perjuicio de la colaboración que prestan las entidades territoriales (según se revisa enseguida), ha conservado su carácter centralizado y nacional, en cuanto competencia directa de la Nación (Ministerio de Educación Nacional) que se cumple a través del FOMAG. Es así que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001 no derogaron la Ley 9 de 1989 y, por el contrario, mantuvieron la afiliación del personal educativo al FOMAG y la obligación de enviar a este último y no a las entidades territoriales, los aportes necesarios para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

FUENTE FORMAL: LEY 9 DE 1989 / LEY 60 DE 1993 / LEY 115 DE 1994 / LEY 715 DE 2001.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2227 de 2014, C.P. Álvaro Namén Vargas y 1614 de 2004 C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL FOMAG / DELEGACIÓN DE FUNCIONES – La distribución de funciones entre la Nación y las entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones sociales no significa el desprendimiento de la primera de dicha función

[L]a delegación de la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, (i) no comporta el desprendimiento de dicha función por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, ni la pérdida de su competencia general para hacer la vigilancia, orientación y control de la respectiva actividad; y (ii) significa que las entidades territoriales actúan en nombre de la Nación y con cargo al fondo cuenta que esta tiene para atender las respectivas obligaciones prestacionales. En consecuencia, no parecería claro, como lo insinúa la consulta, que las entidades territoriales asuman las condenas derivadas de procesos en que se discuten actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG (así participen en su expedición), ni que decidan en sus comités de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía o acciones de repetición derivadas de dichos procesos.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 9

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento de prestaciones sociales, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 2012-00135.

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL FOMAG – Procedimiento para su reconocimiento

Según lo anterior: (i) las secretarías de educación de las entidades territoriales reciben las solicitudes presentadas por los interesados y proyectan el acto

administrativo que las resuelve; (ii) el proyecto de acto administrativo es enviado a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación; (iii) el administrador del FOMAG verifica la información y da su aval o no para el reconocimiento de la prestación; y, por último, (iv) el expediente vuelve a las secretarías de educación de las entidades territoriales para que expidan y notifiquen el acto definitivo, según el aval o rechazo del administrador del FOMAG. El mismo Decreto 1075 de 2015 establece que este procedimiento se seguirá para la resolución de los recursos (parágrafo 1º del artículo 2.4.4.2.3.2.2.) y que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria, “carecerán de efectos y no prestarán mérito ejecutivo” (parágrafo 2º, ibídem).

FUENTE FORMAL: LEY 962 DE 2005 - ARTÍCULO 56 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.3 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.4 / DECRETO 1075 DE 2015 - ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. PARÁGRAFO

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – El Ministerio de Educación Nacional es el ente competente para atender las demandas que se presentan con el FOMAG y para estudiar las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición

[L]a Sala observa que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el Ministerio de Educación Nacional representa a la Nación en los procesos judiciales en que se demandan los actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG, incluso después de la expedición de la Ley 962 de 2005. (...) [L]a Ley 962 de 2005 no modificó la asignación funcional de la Ley 9 de 1989 y, en particular, los dos principios básicos que se han analizado a lo largo de este concepto que las prestaciones sociales de los docentes son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y que la función de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de su “delegación” en las entidades territoriales. En consecuencia, para la Sala es claro que si el Ministerio de Educación Nacional (i) tiene la representación de la Nación en los procesos originados en los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y (ii) por razón de dicha representación es condenado cuando las pretensiones son falladas en su contra, también le corresponde, necesariamente, llevar a su comité de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición derivadas de tales condenas, conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1069 de 2015 revisados inicialmente (supra, 2). Lo anterior determina a su vez que no podría ser el comité de conciliación de Fiduprevisora el encargado de conocer procesos en que las condenas no lo vinculan sino que se imponen directamente a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG. De este modo, el Ministerio de Educación Nacional tiene el deber de coordinar con Fiduprevisora (su mandataria) y las entidades territoriales (sus delegatarias), la forma en que dicho ministerio podrá acceder a la información necesaria para atender oportunamente las demandas que se presentan con el FOMAG y estudiar las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 / LEY 446 DE 1998 / LEY 962 DE 2005 /

DECRETO 1069 DE 2015

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la legitimación del Ministerio de Educación Nacional para la representación de la Nación en los procesos originados en los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del del 15 de junio de 2017 (expediente 2013-00156), del 8 de septiembre de 2016 (expediente 2013-00082), del 14 de diciembre de 2015 (expediente 2013-00189), del 12 de julio de 2017 (expediente 2012-00400), del 8 de junio de 2017 (expedientes 2015-00203 y 2013-00575), del 30 de marzo de 2017 (expediente 2013-00946) y del 15 de septiembre de 2016 (expediente 2014-00168).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00099-00(2347)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio -FOMAG-. Comité de Conciliación.

La Ministra de Educación Nacional solicita a la Sala su concepto sobre cuál comité de conciliación debe conocer los casos en que, por vía judicial o extrajudicial, se persiguen pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio -FOMAG-. Se pregunta si corresponde al comité de conciliación del Ministerio, al de la fiduciaria que administra el FOMAG o al de la entidad territorial que expide el acto que resuelve una solicitud prestacional.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. La Ley 446 de 1998 obliga a las entidades públicas a integrar comités de conciliación.

2. El Decreto 1716 de 2009, derogado y compilado en el Decreto 1069 de 2015, establecía que los comités de conciliación son la instancia administrativa de formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad y que a ellos corresponde decidir sobre la procedencia de la conciliación u otro medio alternativo de solución de conflictos. Además, la Ley 678 de 2001 les asigna la función de decidir sobre el ejercicio de las acciones de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición contra los

servidores públicos que han actuado con culpa grave o dolo y han dado lugar a que la entidad sea condenada.

3. En el caso particular del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos docentes, se trata, dice la consulta, de *“un acto administrativo complejo, desplegado por las Entidades Territoriales Certificadas (ETC), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y la entidad fiduciaria encargada de administrar sus recursos, La Previsora S.A. (Fiduprevisora).”* La mixtura de este acto *“genera incertidumbre respecto de la entidad cuyo comité de conciliación debe asumir el estudio y conciliación de los intereses del patrimonio autónomo constituido por el FOMAG, hecho que limita la prevención del daño antijurídico mediante acciones de repetición o el estudio y decisión sobre la procedencia de conciliaciones extrajudiciales y otros MASC”*. Aclara la consulta que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio *“carece actualmente de Comité de Conciliación”*.

4. El organismo consultante recuerda que el Ministerio de Educación Nacional cumple funciones generales de formulación de políticas públicas educativas y que, en virtud de las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001, la prestación y administración del servicio público educativo se encuentra descentralizada. Por tanto, dice, corresponde a las entidades territoriales certificadas (ETC) y no al Ministerio, la realización de concursos, nombramiento, remoción, traslado, sanción, estímulos y permisos de los docentes, directivos docentes y personal administrativo.

5. También se indica que el Ministerio de Educación Nacional, si bien hace el seguimiento y control del uso que hacen las entidades territoriales de los recursos de la educación (Decreto 5012 de 2009), *“no tiene competencia para reconocer prestaciones sociales en cabeza de los docentes y directivos docentes”*. Adicionalmente, según los artículos 4 y 5 del mismo Decreto 5012 de 2009, *“el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es una entidad adscrita o vinculada al Ministerio de Educación Nacional, ni forma parte de sus estructura; la Nación, como creadora del FOMAG y al ser una de las fuentes de financiación del mismo, transfiere los recursos a través del Ministerio de Educación Nacional”*.

6. En relación con el FOMAG, el organismo consultante indica que la Ley 91 de 1989 lo creó como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o mixta. La misma ley permitió que se delegara en el Ministerio de Educación Nacional la celebración del contrato de fiducia para la administración de sus recursos, pero advierte que la dirección del fondo no corresponde exclusivamente a dicho ministerio sino a un consejo directivo en el que también participan el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Trabajo, la Gerencia de la fiduciaria y dos representantes del magisterio. Además, dice la consulta, a partir de la delegación hecha al Ministerio de Educación Nacional para firmar el contrato de fiducia, *“no es posible inferir que dicho ministerio sea el representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sin embargo tampoco se encuentra disposición legal que determine qué entidad o autoridad debe asumir la representación legal del FOMAG”*.

7. Respecto de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, el organismo consultante señala que su reconocimiento corresponde exclusivamente a las secretarías de educación de las

entidades territoriales certificadas (ETC) o la dependencia que haga sus veces, sin intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional. Según el Artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 2.4.4.2.3.2.2 del Decreto 1075 de 2015, el reconocimiento de las prestaciones pagadas a los educadores con recursos del fondo sigue el siguiente procedimiento: (i) las secretarías de educación de las ETC reciben las peticiones de los interesados; (ii) las secretarías de educación de la ETC expiden, con destino a la sociedad fiduciaria que administra el FOMAG, una certificación de tiempo de servicio y régimen prestacional del docente petitionerio o causahabiente; (iii) las secretarías de educación de las ETC proyectan el acto administrativo de reconocimiento y lo remiten a la sociedad fiduciaria para su aprobación; y (iv) una vez aprobado, las secretarías de educación expiden el acto de reconocimiento prestacional.

8. Con fundamento en lo anterior, dice la consulta, *“es posible inferir que en los procesos impetrados en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resulta imprescindible la participación de las Secretarías de Educación de las ETC, toda vez que expiden el acto de reconocimiento y son responsables de observar el cumplimiento de los requisitos legales que soportan el reconocimiento de la prestación”*. Por tanto, las secretarías de educación *“son la autoridad idónea para participar en los litigios contra el Fondo, debido a que en su calidad de nominadoras, son los entes que conocen las particularidades del caso y son las guardas y administradoras de la historia laboral del docente”*.

9. En relación con las competencias de la Fiduprevisora S.A., la consulta señala que es la encargada de la administración y manejo de los recursos del FOMAG, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con la Nación el 21 de junio de 1990. Indica que de conformidad con dicho contrato y la Ley 91 de 1989, a la Fiduprevisora S.A. le corresponde: (i) administrar los recursos del FOMAG y garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales del personal docente; (ii) aprobar o rechazar el acto administrativo de reconocimiento prestacional preparado por las secretarías de educación de las respectivas ETC; y (iii) pagar las prestaciones sociales a que haya lugar. Todo lo anterior *“sin que la Nación – Ministerio de Educación Nacional tenga injerencia en el procedimiento”*. Además, dice la consulta, de conformidad con los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso y 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, es claro que el FOMAG, como patrimonio autónomo, tiene capacidad suficiente para ser parte de los procesos judiciales, frente a los cuales la Fiduprevisora actuaría como su representante.

10. El organismo consultante recuerda que en Concepto 1426 de 2002, la Sala de Consulta señaló que la Fiduprevisora S.A era la representante del FOMAG como patrimonio autónomo, salvo en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales, en cuyo caso, por tratarse de una función administrativa a cargo de la Nación, la representación correspondía al Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo, dice la consulta, ese concepto se dio en un momento en que los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones se emitían por representantes del Ministerio de Educación Nacional ante las respectivas entidades territoriales, es decir, antes de que la Ley 962 de 2005 estableciera que dicha función la ejercerían las Secretarías de Educación de las ETC. Por tanto, *“el precitado concepto debe armonizarse bajo el procedimiento que la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 (derogado y compilado en el Decreto 1075 de 2015) fijaron para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los servidores públicos docentes; procedimiento en el cual ya no existen representantes del Ministerio de Educación Nacional en las Entidades Territoriales Certificadas y, según el cual, es la ETC y no el Ministerio*

de Educación Nacional, la autoridad facultada para expedir el acto de reconocimiento de la prestación”.

11. Finalmente, el Ministerio de Educación Nacional señala que la consulta se realiza atendiendo una recomendación de la Contraloría General de la República y *“teniendo en cuenta la decisión del comité de conciliación de Fiduprevisora S.A. de no estudiar la procedencia o no de la conciliación, las acciones de repetición y los llamamientos en garantía en asuntos relacionados con el FOMAG”*

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar si procede o no la conciliación en aquellos casos en que por la vía judicial o extrajudicial se persiguen pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG?
2. En caso negativo, ¿ante qué entidad o dependencia se debe acudir para agotar la conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad, cuando se pretendan obtener pagos con cargo a recursos del FOMAG?
3. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar la procedencia y adelantar las acciones de repetición cuando mediante sentencia judicial se ha condenado, con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, al pago de sumas por conceptos tales como intereses moratorios por reconocimiento o prestación extemporánea de cesantías?
4. En caso negativo, ¿qué entidad o dependencia es competente para adelantar las acciones de repetición a que hay lugar, para recuperar los recursos del FOMAG destinados al pago de estas condenas?
5. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar la procedencia y ordenar a los apoderados judiciales del FOMAG que efectúen los llamamientos en garantía, cuanto resulte procedente en procesos en que se demanden pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG?
6. En caso negativo, ¿qué entidad o dependencia es la competente para adelantar los llamamientos en garantía, cuando haya lugar a ellos?

II. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema y aclaración previa

De acuerdo con los antecedentes expuestos se consulta a la Sala sobre cuál comité de conciliación debe decidir las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición que se derivan de los procesos judiciales iniciados contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por razón de los actos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo de dicho fondo.

El organismo consultante plantea que no podría ser el comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional, porque a su juicio dicho ministerio no representa al FOMAG en los procesos judiciales iniciados contra este. Considera que esa función debería ejercerla (i) el comité de conciliación de la entidad territorial que expide el acto administrativo que resuelve la solicitud de reconocimiento de la prestación o (ii) el comité de conciliación de la sociedad fiduciaria que administrativa los recursos del FOMAG, en la medida en que esta sociedad es la que autoriza la expedición los actos de reconocimiento de prestaciones por las entidades territoriales.

Para resolver lo anterior, la Sala analizará (i) las funciones de los comités de conciliación; (ii) la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la forma en que se expiden los actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de dicho fondo; y (iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la legitimación del Ministerio de Educación Nacional para representar a la Nación en los procesos adelantados contra el FOMAG por razón de los actos de reconocimiento de prestaciones a cargo de dicho fondo. Con base en lo anterior, se responderán los interrogantes planteados.

Cabe aclarar que aunque las preguntas están formuladas de manera amplia y general, la consulta se refiere de manera específica a los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG. Por tanto, la Sala circunscribirá su consulta a este aspecto y no se extenderá a la posible representación de dicho fondo por razón de otro tipo de actividades u operaciones.

2. Los comités de conciliación de las entidades públicas y su función de decidir sobre las conciliaciones, llamamientos de garantía y acciones de repetición. Deber de tener en cuenta la jurisprudencia

Como indica la consulta, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, que adicionó un artículo 65-B a la Ley 23 de 1991, ordenó la creación de Comités de Conciliación en la generalidad de entidades y organismos de derecho público, así:

“Artículo 75. Comité de Conciliación. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así:

65-B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad.”

De acuerdo con el Decreto 1069 de 2015, Reglamentario Único del Sector Justicia¹, el comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, y que decide, “en cada caso específico”, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, “evitando lesionar el patrimonio público” (artículo 2.2.4.3.1.2.2.). Con base en lo anterior, el mismo decreto señala que el comité de conciliación tendrá las siguientes funciones (se resaltan las que tienen relación con la presente consulta):

“**Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones.** El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las

¹ Que en esta materia incorporó el Decreto 1716 de 2009, el cual a su vez había derogado el Decreto 1214 de 2000.

actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.

5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

6. 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 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 decida no instaurar la acción de repetición.

7. Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.

8. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados (...)"

De este modo, corresponde a los comités de conciliación, entre otras funciones, determinar la procedencia de conciliar, de ejercer la acción de repetición o de hacer los llamamientos en garantía con fines de repetición.

Ahora bien, en el caso particular analizado se observa que el organismo consultante eventualmente entendería que los comités de conciliación solo podrían estudiar aquellos asuntos en que la entidad estuviera legitimada por pasiva en los respectivos procesos judiciales; esta afirmación resulta imprecisa. En efecto, cuando el Decreto 1069 de 2015 establece que el comité de conciliación *determina y evalúa la procedencia o no* de conciliar, repetir o llamar en garantía, está indicando que el comité debe estudiar todos los casos en que la entidad es demandada, incluso para fijar una posición institucional de "no conciliar" si considera que carece de legitimación por pasiva para comparecer al proceso al que se le pretende vincular. En estos casos, hasta que la respectiva entidad no sea desvinculada del proceso a través de un auto o una sentencia, el proceso deberá ir al comité de conciliación en las diferentes etapas en que la entidad sea citada para conciliar o le corresponda determinar si hay lugar a repetir o llamar en garantía.

Cabe decir además, que cuando la falta de legitimación es desestimada por la autoridad judicial y la entidad es condenada en sentencia definitiva de única o segunda instancia, dicho argumento deja de ser invocable y la respectiva entidad deberá, necesariamente, asumir la condena, ordenar su pago y revisar a través del comité de conciliación si se dan las condiciones para iniciar las acciones de repetición previstas en la ley.

Asimismo, cuando existen fallos reiterados que rechazan esa causal de defensa y condenan a la entidad por considerarla legitimada por pasiva, el comité de conciliación de la entidad debe tener en cuenta esos precedentes para replantear su defensa y las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición en casos similares. Al respecto, el numeral 5º del artículo 2.2.4.3.1.2. 5. anteriormente citado señala expresamente que el Comité de Conciliación *"deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se*

concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que conforme a los artículos 10 y 102 del CPACA, la Administración (lo que cobija a sus comités de conciliación) está obligada a aplicar la Constitución, la ley y los reglamentos de manera uniforme a casos que comparten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, para lo cual deberán tener en consideración la jurisprudencia constitucional y contenciosa en la que se han interpretado las normas aplicables al respectivo asunto.

La Sala recuerda lo señalado en sus conceptos 2177 de 2013 y 2258 de 2015, en el sentido de que las autoridades administrativas están obligadas a seguir los precedentes fijados por los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, contenciosa y civil (no solo las sentencias de unificación), de modo que a partir de aquellos estudien y adopten las políticas de defensa y de prevención del daño antijurídico de la entidad. En tal sentido, en el primero de tales conceptos se indicó:

“En síntesis, el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está delimitado a su vez por la interpretación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones en relación con la normatividad aplicable al caso concreto, lo cual redundará también en la reducción de su discrecionalidad.

Por tanto, más allá de las discusiones teóricas sobre si se ha habido o no un cambio de fuentes normativas, el asunto reviste un matiz eminentemente práctico pero de gran relevancia para el quehacer administrativo: si las decisiones administrativas están sujetas a revisión judicial por la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 103 CPACA) y si esta ha fijado para otros casos iguales el entendimiento que debe darse a una determinada disposición, lo obvio es que su aplicación en un sentido contrario expone la decisión administrativa a su demanda y anulación en sede judicial. Dicho de otro modo, expedir una decisión administrativa en un sentido contrario a un precedente claro e inequívoco sin una razón de mayor peso que lo justifique, es tanto como emitir, a sabiendas, un acto ilegal.

Además, en tales casos la Administración probablemente será condenada a restablecer los derechos vulnerados y resarcir el daño causado (artículo 90 C.P.), con grave afectación del patrimonio del Estado.”

Así, en el Concepto 2258 de 2015 la Sala advirtió que la posibilidad de las autoridades administrativas de *apartarse* de los precedentes fijados por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones es excepcional y solo procede cuando exista una razón constitucional de mayor peso que así lo exija:

“Por tanto, frente a una sentencia expedida por un órgano judicial con funciones de unificación -como sucede con las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia-, la posibilidad de *“apartamiento”* de las autoridades administrativas es *excepcional* y exige un procedimiento estricto de argumentación constitucional (razones de mayor peso) que justifiquen la inaplicación del precedente judicial. Si tales razones de mayor peso no existen, no hay fundamento para desviarse del precedente y exponerse a una demanda judicial que ordene su cumplimiento (...)

De este modo, el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes sin una razón seria y fundada que lo justifique comporta (i) afectación de derechos fundamentales y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley; (ii) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de las autoridades administrativas y (iii) exposición injustificada a acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

En consecuencia, las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones no pueden adoptar una decisión contraria al precedente vinculante de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, salvo que resulte necesario (imperioso) para la defensa de un derecho o principio constitucional de mayor peso. Con la claridad de que, como ha indicado esta Sala, **en ningún caso se podrán invocar “razones inexistentes o superfluas o que simplemente ya han sido desestimadas por el propio precedente que se debe aplicar”**, pues en tal eventualidad quedaría comprometida la responsabilidad directa del funcionario que adopta la decisión.”

En este orden, la Sala advierte que los comités de conciliación deben analizar el impacto de las decisiones judiciales anteriores que han resuelto casos similares, más aún si han sido proferidas contra la misma entidad, de modo que sean tenidas en cuenta para la adopción de sus decisiones sobre conciliación, llamamiento en garantía y ejercicio de la acción de repetición, así como para cumplir sus funciones de prevención del daño antijurídico y de definición de las políticas de defensa de la entidad.

Lo anterior es particularmente importante en el caso analizado, en el cual, como se verá enseguida, existe reiterada jurisprudencia sobre la legitimación pasiva del Ministerio de Educación Nacional para representar a la Nación en los procesos adelantados contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en los que se discuten los actos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a su cargo.

3. Naturaleza jurídica y funcionamiento del FOMAG: el FOMAG como fondo cuenta de la Nación representado por el Ministerio de Educación Nacional

Como se recuerda, mediante la Ley 43 de 1975 se nacionalizó el servicio público educativo, que hasta el momento se prestaba de manera más o menos desconcentrada a través de las entidades territoriales. Así, el artículo 1º de la ley dispuso que *“la educación primaria y secundaria oficiales serán **un servicio público a cargo de la Nación**”* y que, en consecuencia, *“**los gastos que ocasione** y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, **serán de cuenta de la Nación**”*.

Por lo mismo, en la misma ley se estableció expresamente que *“las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización, serán atendidas por la Nación”*.

En este contexto de una educación pública nacionalizada, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, bajo el principio general de que *“las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación** y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* (artículos 2º y 4º). De este modo, el FOMAG queda encargado, a partir de esa fecha, de atender las prestaciones sociales y del servicio de salud de los docentes, así:

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
- 2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
- 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.”

En cuanto a su naturaleza jurídica, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 establece que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos serán administrados por una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o mixta:

“Artículo 3º.- Créase 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 fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. **La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.**”

Según la parte final de esta disposición, la celebración del respectivo contrato de administración de los recursos del FOMAG podía ser delegada en el Ministerio de Educación Nacional, quien, al hacerlo, como efectivamente ocurrió, asumió la representación de la Nación en dicho contrato².

De otra parte, los recursos que la Nación debe trasladar al FOMAG forman parte del presupuesto del Ministerio de Educación Nacional³, además de que el Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015 señala que el FOMAG es un fondo especial que forma parte de la estructura del sector educativo, del cual es cabeza el Ministerio de Educación Nacional.

La Ley 91 de 1989 también prevé que el FOMAG tenga un Consejo Directivo presidido por el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro e integrado además por ^{SEP}el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, dos representantes del magisterio y el gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate (artículo 6º). Las funciones de este Consejo Directivo están definidas en el artículo 7º de la misma ley, que dispone lo siguiente:

“Artículo 7º.- El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá las siguientes funciones:

1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo

² De acuerdo con los documentos aportados con la consulta, la Nación y la Fiduciaria la Previsora suscribieron el contrato de fideicomiso mediante la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990, el cual fue suscrito y se ha venido prorrogando y modificando a través del Ministerio de Educación Nacional, como lo autorizó la norma en cita.

³ Ver Anexo del Decreto 2170 de 2017, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia 2017.

rendimiento.

2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.

3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. [SEP]

4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.

[SEP]

5. Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación. [SEP]

6. Las demás que determine el Gobierno Nacional.”

Como se observa, este Consejo Directivo funciona en forma de junta directiva del FOMAG, es decir para la formulación de políticas y la adopción de decisiones de inversión y manejo de sus recursos, aún cuando sin funciones de representación legal o judicial.

Además, en el contexto de una educación pública nacionalizada, el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 establece expresamente que la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional (artículo 9). Sobre esta competencia se volverá más adelante por ser el eje principal del asunto consultado.

A partir de estas disposiciones, la Sala ha señalado que el FOMAG es un sistema presupuestal de manejo de recursos públicos (conocida como *fondo-cuenta*), cuya administración debe hacerse de acuerdo con la norma que lo ha creado y las disposiciones presupuestales y de control fiscal aplicables a este tipo de figuras jurídico-administrativas⁴. También ha indicado que en razón de las competencias a su cargo “*se encuentra sometido a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.*”⁵

Cabe advertir entonces que no obstante su atipicidad y con independencia de su administración a través de fiducia, el FOMAG, antes que patrimonio autónomo, **es un fondo cuenta de la Nación**. Esto permite distinguir:

- (i) La representación del FOMAG como fondo cuenta de la Nación, la cual corresponde al Ministerio de Educación Nacional, tal como se ha expresado; y
- (ii) La representación del patrimonio autónomo surgido del contrato de fiducia suscrito entre la Nación y la Fiduprevisora⁶, la cual corresponde por regla general a esta

⁴ Concepto 2227 de 2014, M.P. Álvaro Namén Vargas. Ver igualmente Concepto 1614 de 2004: “Hasta aquí las cosas, es claro que el legislador al crear el Fondo, lo organizó como una cuenta especial, administrada a través de un contrato de fiducia para el pago de las prestaciones sociales y de la prestación de los servicios de salud para los afiliados, que no requiere para su operación de una infraestructura administrativa propia.”

⁵ Cfr., Concepto 2227 de 2014.

⁶ Ver Concepto 1614 de 2004, en el cual la Sala revisó el régimen aplicable al contrato de fiducia suscrito entre la Nación- Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria la Previsora para la administración del FOMAG y concluyó: “1. La ley 80 de 1993 no modificó la ley 91 de 1989; esta ley estableció un régimen especial para celebrar un contrato de fiducia mercantil que desarrolle el objeto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El contrato suscrito entre el Ministerio y la Previsora S.A., sus prórrogas y modificaciones se rigen por lo dispuesto en la ley de creación del Fondo, el Decreto 222 de 1983, el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. 2. El contrato de fiducia mercantil celebrado en virtud de la ley 91 de 1989 comporta, por su naturaleza, la creación de un patrimonio autónomo.”

última entidad en virtud de las reglas generales que regulan dicha modalidad contractual, salvo en lo relativo a la función de reconocimiento de prestaciones sociales, la cual, como ya se anunció y como se desarrollará más adelante, corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional⁷.

Por tanto, la Sala no comparte lo señalado por el organismo consultante en el sentido de que aparte de su participación en el Consejo Directivo del FOMAG, el Ministerio de Educación Nacional no desempeña ninguna función en relación con dicho fondo; y tampoco considera posible afirmar que la suscripción del contrato de fiducia mercantil por parte del Ministerio de Educación Nacional en nombre de la Nación, es irrelevante desde el punto de vista de las funciones de dicho ministerio en relación con la defensa de los intereses del FOMAG. Se pasa por alto además, se insiste, en que conforme al artículo 9 de la Ley 91 de 1989, la función de reconocimiento de las prestaciones está reservada a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de su delegación a las entidades territoriales.

Ahora bien, le asiste razón al organismo consultante cuando recuerda que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001, invirtieron el proceso de nacionalización del servicio público educativo y dispusieron que su prestación se haría de manera descentralizada mediante el traslado de competencias y recursos a las entidades territoriales. En ese sentido es cierto, como lo ha analizado esta Sala en diversas oportunidades⁸ y lo advierte la consulta, que dicha descentralización comporta que la vinculación y la competencia para la realización de concursos, nombramiento, remoción, traslado, sanción, estímulos y permisos de los docentes, directivos docentes y personal administrativo, corresponde hoy en día a las entidades territoriales certificadas y no a la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

Sin embargo, es pertinente indicar que este proceso de descentralización no comprendió la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, la cual, sin perjuicio de la colaboración que prestan las entidades territoriales (según se revisa enseguida), ha conservado su carácter centralizado y nacional, en cuanto competencia directa de la Nación (Ministerio de Educación Nacional) que se cumple a través del FOMAG. Es así que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001 no derogaron la Ley 9 de 1989 y, por el contrario, mantuvieron la afiliación del personal educativo al FOMAG y la obligación de enviar a este último y no a las entidades territoriales, los aportes necesarios para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes⁹.

⁷ Concepto 1423 de 2002.

⁸ Ver, entre otros, Conceptos 2301 de 2016 y 1607 de 2004.

⁹ Ley 60 de 1993: Artículo 6. *Administración de personal*. (...) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos." En el mismo sentido, el artículo 19 de la Ley 60 de 1993 dispuso que "las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales, sus entes

Por tanto, el proceso de descentralización de la educación, que, se repite, no alcanzó a la función prestacional que fuera nacionalizada por las Leyes 43 de 1975 y 91 de 1989, no es razón suficiente para considerar que las entidades territoriales son las competentes para asumir la defensa judicial del FOMAG en dichos asuntos. Menos aún cuando, como pasa a analizarse, en la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes las entidades territoriales actúan como delegatarias de la Nación y no en ejercicio de una función propia y autónoma.

4. Reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG: Competencia de la Nación y delegación en las entidades territoriales

Como se indicó anteriormente, el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 establece que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes es una competencia de la Nación-Ministerio de Educación Nacional (no del FOMAG), que se delegará en las entidades territoriales:

“Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional**, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”

Como se sabe, la delegación es una figura que le permite a las autoridades administrativas transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias (artículo 9º, Ley 489 de 1998), con la característica de que las decisiones que toma el delegatario *“tienen el mismo nivel y la misma fuerza vinculante como si la decisión hubiese sido tomada por el delegante”*¹⁰. En tal sentido se ha reiterado por la jurisprudencia que la delegación *no transfiere la titularidad de la función* y que, en ningún caso, el delegante se desprende de la función de vigilancia, orientación y control de la actividad delegada:

“En cuanto a este reparo en **primer lugar** se debe indicar que en relación con la delegación no se puede perder de vista que según lo estipulan el inciso 2 del artículo 211 de la Carta Política al igual que sus artículos 123, 124 y 209 referentes a quiénes son servidores públicos, a la responsabilidad que les asiste y a la función administrativa que se desarrolla a través de dicha figura jurídica, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 489 de 1998; aunque la delegación implica el traslado de funciones, competencias, responsabilidades, no se transfiere la titularidad de la función del superior jerárquico al inferior.

Por tanto si bien es cierto que este último es quien toma las decisiones, no se puede perder de vista que el delegante por mandato constitucional y legal se encuentra habilitado para en cualquier momento reasumir la competencia, luego de revocar el acto de delegación, como también para revisar los actos que profirió el delegatario, lo que significa que puede revocarlos o reformarlos; en la medida en que entre ambos existe un vínculo funcional especial permanente para el ejercicio de las atribuciones delegadas.”¹¹

descentralizados, o entidades contratistas, que por concepto de prestaciones sociales del personal de salud, docente y administrativo, deban ser pagadas con cargo al situado fiscal, serán giradas directamente al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.”

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 2012-00135.

Por tanto, la delegación de la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, (i) no comporta el desprendimiento de dicha función por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, ni la pérdida de su competencia general para hacer la vigilancia, orientación y control de la respectiva actividad; y (ii) significa que las entidades territoriales actúan en nombre de la Nación y con cargo al fondo cuenta que esta tiene para atender las respectivas obligaciones prestacionales.

En consecuencia, no parecería claro, como lo insinúa la consulta, que las entidades territoriales asuman las condenas derivadas de procesos en que se discuten actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG (así participen en su expedición), ni que decidan en sus comités de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía o acciones de repetición derivadas de dichos procesos.

5. Procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG

5.1 Primera etapa: participación directa del Ministerio de Educación Nacional

Para desarrollar la delegación prevista en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 se expidió inicialmente el Decreto 1775 de 1990, en el cual se preveía que las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales se presentarían ante los Fondos Educativos Regionales¹², compuestos por representantes de las entidades territoriales y un delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional. En este momento no había una delegación propiamente dicha de la función, pues la resolución de reconocimiento de la prestación se reservaba al representante de la Nación en dichos Fondos Educativos Regionales¹³.

Posteriormente, la Ley 115 de 1994 previó la creación de Juntas Departamentales y Distritales de Educación (artículo 158), en las cuales se mantuvo la presencia de un representante del Ministerio de Educación Nacional (artículos 159-5 y 160-5) con funciones de coordinación de dichas juntas (artículo 149). En relación con el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, el artículo 180 de la ley dispuso:

“Artículo 180º.- Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio **serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.**”

El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.” (Se resalta)

En vigencia de estas disposiciones, esta Sala absolvió una consulta similar a la que ahora se presenta (Concepto 1423 de 2002), en la cual indicó que por regla general la representación judicial del FOMAG corresponde a la sociedad fiduciaria que lo administra (en virtud de las reglas propias de la fiducia), salvo en los procesos relacionados con el reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo, por tratarse de una función propia de la Nación-Ministerio de Educación

¹² Concepto 525 de 1993 en relación con el carácter nacional de los Fondos Educativos Regionales FER.

¹³ **Artículo 8º.- Reconocimiento.** Efectuada la liquidación, el delegado Permanente del Ministerio ante el Fondo Educativo Regional, expedirá la resolución de reconocimiento.

Nacional que se ejerce a través de sus representantes en las entidades territoriales. Así, la Sala concluyó que:

“En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”

5.2 Segunda etapa: reconocimiento de las prestaciones sociales a través de las entidades territoriales (Ley 962 de 2005)

Como indica la consulta, la Ley 962 de 2005 de racionalización de trámites elimina la participación del Ministerio de Educación Nacional en las juntas departamentales y distritales de educación¹⁴ y prevé que el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG se realice a través de un procedimiento mixto, en el que participan las Secretarías de Educación y la entidad administradora de dicho fondo, así:

“**Artículo 56.** Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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 encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, actualmente incorporado al Decreto Unico Reglamentario del Sector Educación (Decreto 1075 del 2015), en el cual se establece el siguiente procedimiento:

“**Artículo 2.4.4.2.3.2.3. Trámite de solicitudes.** El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 2.4.4.2.3.2.4. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”¹⁵

¹⁴ **Artículo 61.** Representantes del Ministro de Educación Nacional ante las entidades territoriales. Deróguese el artículo 149, el numeral 5 del artículo 159 y el numeral 5 del artículo 160 de la Ley 115 de 1994.

¹⁵ En Concordancia, el artículo 2.4.4.2.3.2.1. regula la radicación de solicitudes por parte de las

Según lo anterior: (i) las secretarías de educación de las entidades territoriales reciben las solicitudes presentadas por los interesados y proyectan el acto administrativo que las resuelve; (ii) el proyecto de acto administrativo es enviado a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación; (iii) el administrador del FOMAG verifica la información y da su aval o no para el reconocimiento de la prestación; y, por último, (iv) el expediente vuelve a las secretarías de educación de las entidades territoriales para que expidan y notifiquen el acto definitivo, según el aval o rechazo del administrador del FOMAG.

El mismo Decreto 1075 de 2015 establece que este procedimiento se seguirá para la resolución de los recursos (parágrafo 1º del artículo 2.4.4.2.3.2.2.) y que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria, *“carecerán de efectos y no prestarán mérito ejecutivo”* (parágrafo 2º, ibídem).

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la intención de Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, *“entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba”*¹⁶.

En este punto, la Sala pasa a analizar si, como sostiene el organismo consultante, la Ley 962 de 2005 supone un cambio en la función que el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 le asignó al Ministerio de Educación Nacional para representar a la Nación en relación con los actos de reconocimiento pensional a cargo del FOMAG y si, como consecuencia de ello, el Concepto 1432 de 2002 (*supra*, 5.1) habría perdido su vigencia.

6. La legitimación del Ministerio de Educación Nacional en el caso de procesos iniciados contra los actos de reconocimiento prestacional a cargo del FOMAG. Solución del asunto planteado

El organismo consultante considera que la Ley 962 de 2005 desvincula completamente al Ministerio de Educación Nacional de la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes y, por ende, de la representación judicial del FOMAG en que se discuten los actos expedidos a nombre de este último. Lo anterior debido a la eliminación de la participación de los representantes del Ministerio de Educación Nacional en las juntas departamentales y municipales de educación, quienes, a la luz del Decreto 1775 de 1990 y la Ley 115 de 1994, tenían la función de expedir el acto administrativo que resolvía las solicitudes de reconocimiento prestacional.

Secretarías de Educación; y el artículo 2.4.4.2.3.2.2. se refiere a la gestión a cargo de las Secretarías de Educación (recibir y radicar las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales; expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del petitionario; elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento; suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, previa autorización de su administradora; y remitir a esta última copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago).

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 14 de febrero de 2013, expediente 2010-01073, reiterada en Sentencia del 8 de septiembre de 2016, expediente 2013-00082.

Así, el Ministerio de Educación Nacional considera que el Concepto 1423 de 2002 ya no sería aplicable (*supra*, 5.1) y que las encargadas de resolver las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición derivadas de los procesos en que se discuten los actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG deberían ser las entidades territoriales o la Fiduprevisora, que son las que participan directamente en la proyección, revisión y expedición de dichos actos.

Frente a estos argumentos, la Sala observa que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el Ministerio de Educación Nacional representa a la Nación en los procesos judiciales en que se demandan los actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG, incluso después de la expedición de la Ley 962 de 2005.

Así, en reciente Sentencia del 15 de junio de 2017 (expediente 2013-00156), la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, **corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados, sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – Secretaría de Educación municipal.” (Se resalta)

La misma Sección Segunda del Consejo de Estado también lo había explicado de manera detallada en Sentencia del 8 de septiembre de 2016, expediente 2013-00082, en la cual señaló:

“Antes a establecer el problema jurídico, observa la Sala que quien profirió los actos administrativos acusados fue el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, lo cual podría llegar a generar una falta de legitimación en la causa por activa como quiera que a quien se demandó, fue a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)

Así las cosas, debe decirse que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de

la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

(...) Así las cosas se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente, en este caso la señora Mery Candelaria Morales Pineda (q.e.p.d.), se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, **en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.**

(...) Bajo estos supuestos, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 estableció un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales *“Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”* (Negrilla original)

En Sentencia anterior del 14 de diciembre de 2015, expediente 2013-00189, la Sección Segunda del Consejo de Estado también rechazó la excepción de falta de legitimación propuesta por el Ministerio de Educación Nacional en un proceso en que se reclamaba la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías por parte del FOMAG:

“Ahora bien, aduce el apelante [Ministerio de Educación Nacional] que en virtud de las disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, razón por la que afirma que no tiene injerencia alguna en dicho procedimiento, y por esto no debe ser condenado al reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Contrario a lo afirmado por el apelante, en ningún momento el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamentó el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, pues dicha norma reafirma dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al disponer una intervención estrictamente instrumental de las secretarías de educación, en la recepción y radicación de las solicitudes, trámite, proyección y expedición del acto de reconocimiento de la prestación, toda vez que, en firme y ejecutoriada la decisión, ésta debe remitirse a la fiduciaria para efectos del pago.

De otra parte, cabe anotar que “en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional”, razón por la cual carece de sustento el argumento de apelación fundado en la ausencia de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías de la demandante.”

Lo anterior ha sido reiterado igualmente en las Sentencias del 12 de julio de 2017 (expediente 2012-00400¹⁷); del 8 de junio de 2017 (expedientes 2015-00203¹⁸ y 2013-00575), del 30 de marzo de 2017 (expediente 2013-00946) y del 15 de septiembre de 2016 (expediente 2014-00168), y en los autos del 27 de abril de 2016 (expediente 2013-00091) y del 8 de febrero de 2016 (expediente 2013-00612), por solo citar algunas de las providencias más recientes¹⁹.

En este orden, el Consejo de Estado ha rechazado reiteradamente la excepción de falta de legitimación propuesta por el Ministerio de Educación Nacional en los procesos en que se demandan actos de reconocimiento prestacional a cargo del FOMAG y ha dejado claro que ni la Ley 962 de 2005 ni el Decreto 2831 de 2005, actualmente incorporado al Decreto Único Reglamentario del Sector Educación (Decreto 1075 del 2015), han modificado la función que tiene dicho Ministerio para representar a la Nación en tales procesos.

De este modo, si bien es cierto que la Ley 965 de 2002 adoptó un procedimiento especial para el reconocimiento de las prestaciones a cargo del FOMAG -en el que no participa directamente el Ministerio de Educación Nacional-, lo cierto es que:

- (i) La Ley 962 de 2005 no modifica la naturaleza jurídica del FOMAG (fondo cuenta de la Nación) ni su responsabilidad por las prestaciones sociales de los docentes.
- (ii) La función que ejercen las entidades territoriales de proyectar y expedir el acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento pensional sigue correspondiendo, como lo preveía el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, a una competencia delegada de la Nación (no propia), en la medida en que, en cualquier caso, requieren la autorización previa y las instrucciones del FOMAG²⁰;

¹⁷ “No obstante, conforme lo señalado en precedencia, esta obligación le corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a la entidad territorial, toda vez que esta únicamente tiene a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobada o improbada por la entidad fiduciaria. Por tanto, se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al Distrito de Barranquilla. Se modificará el ordinal 2º de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el reconocimiento pensional solo a cargo del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **En conclusión:** La entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes y, para el caso concreto el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor del demandante, es el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

¹⁸ “Así las cosas se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente, en este caso la señora Neyris María Castellar Navarro (q.e.p.d.), se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, **en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.**” (Negrilla original)

¹⁹ En relación con esta materia puede verse también el Concepto 2093 de 2012, en el cual esta Sala ratificó la competencia del Ministerio de Educación Nacional para el cobro coactivo, en nombre de la Nación, de las obligaciones a favor del FOMAG: “De acuerdo con lo expuesto, la entidad competente para llevar a cabo el proceso de cobro coactivo administrativo, por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, es el Ministerio de Educación Nacional.”

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 14 de diciembre de 2015, expediente 2013-00189: “Lo anterior no significa que la obligación de pagar las prestaciones sociales a cargo del

- (iii) Cuando las entidades territoriales expiden los actos que resuelven las solicitudes de reconocimiento pensional no comprometen su patrimonio sino el del FOMAG²¹; y
- (iv) El hecho de que la sociedad fiduciaria que administra el FOMAG tenga la función de revisar la liquidación de las prestaciones sociales solicitadas y de autorizar la expedición del correspondiente acto administrativo, no significa que sea esa fiduciaria y no la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG, la titular de la competencia de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes (artículo 9 de la Ley 91 de 1989). Por tanto, en dicha labor de revisión previa del acto de reconocimiento prestacional, la fiduciaria actúa en nombre del FOMAG que, como se ha dicho, es una cuenta de la Nación, cuya representación corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

En otras palabras, la Ley 962 de 2005 no modificó la asignación funcional de la Ley 9 de 1989 y, en particular, los dos principios básicos que se han analizado a lo largo de este concepto que las prestaciones sociales de los docentes **son de cargo de la Nación** y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y que la función de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de su “delegación” en las entidades territoriales.

En consecuencia, para la Sala es claro que si el Ministerio de Educación Nacional (i) tiene la representación de la Nación en los procesos originados en los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y (ii) por razón de dicha representación es condenado cuando las pretensiones son falladas en su contra, también le corresponde, necesariamente, llevar a su comité de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición derivadas de tales condenas, conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1069 de 2015 revisados inicialmente (*supra*, 2).

Lo anterior determina a su vez que no podría ser el comité de conciliación de Fiduprevisora el encargado de conocer procesos en que las condenas no lo vinculan sino que se imponen directamente a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG.

De este modo, el Ministerio de Educación Nacional tiene el deber de coordinar con Fiduprevisora (su mandataria) y las entidades territoriales (sus delegatarias), la forma en que dicho ministerio podrá acceder a la información necesaria para atender oportunamente las demandas que se presentan con el FOMAG y estudiar las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se haya trasladado a las secretarías de educación territoriales, pues ello implicaría un desconocimiento de la Ley 91 de 1989; por el contrario, su intervención es meramente instrumental en la realización del trámite de expedición del acto administrativo de reconocimiento por el cual se dispone el pago de las prestaciones sociales a los docentes afiliados al mismo.”

²¹ “Significa lo anterior que las secretarías de educación son el medio para el pago de las prestaciones sociales del magisterio pero en manera alguna responde con su patrimonio, evidenciando la desconcentración de tal función que está en cabeza de FONPREMAG.” (Sentencia del 30 de marzo de 2017, expediente 2013-00946).

Cabe señalar que en el caso de considerar que hay lugar a la conciliación prejudicial o judicial para precaver o terminar procesos en que ya existe jurisprudencia reiterada (p.ej. en el caso de la mora por el pago tardío de cesantías), el Ministerio de Educación Nacional, luego de celebrada la conciliación, deberá impartir las instrucciones pertinentes a la sociedad fiduciaria administradora del FOMAG, de manera que tales acuerdos se atiendan oportunamente con cargo a los recursos de dicho fondo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto,

III. La Sala RESPONDE:

1. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar si procede o no la conciliación en aquellos casos en que por la vía judicial o extrajudicial se persiguen pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG?
2. En caso negativo, ¿ante qué entidad o dependencia se debe acudir para agotar la conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad, cuando se pretendan obtener pagos con cargo a recursos del FOMAG?
3. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar la procedencia y adelantar las acciones de repetición cuando mediante sentencia judicial se ha condenado, con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, al pago de sumas por conceptos tales como intereses moratorios por reconocimiento o prestación extemporánea de cesantías?
4. En caso negativo, ¿qué entidad o dependencia es competente para adelantar las acciones de repetición a que hay lugar, para recuperar los recursos del FOMAG destinados al pago de estas condenas?
5. ¿Tiene competencia el Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A., para determinar la procedencia y ordenar a los apoderados judiciales del FOMAG que efectúen los llamamientos en garantía, cuando resulte procedente en procesos en que se demanden pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG?
6. En caso negativo, ¿qué entidad o dependencia es la competente para adelantar los llamamientos en garantía, cuando haya lugar a ellos?

La competencia para decidir las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición que se derivan de las acciones judiciales impetradas contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por razón de los actos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a su cargo corresponde al comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional, y no al Comité de Conciliación de Fiduciaria La Previsora S.A.

El Ministerio de Educación Nacional deberá implementar los mecanismos que correspondan en orden a garantizar para sí el acceso a la información necesaria en punto al ejercicio de la aludida competencia.

Remítase al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala