ORGANIZACIÓN

RIVEROS DÍAZ S.A.S

ABOGADOS / DERECHO ADMINISTRATIVO

¿EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 ELIMINÓ EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LOS MAESTROS?

Ponencia:

Dr. Porfirio Riveros Gutiérrez

Abogado

Avenida 19 No. 3 - 10 Of. 402 Edificio Barichara Torre B

Tels. 2843447 – 2436009 – Fax. 3416917 – Celular 3103040628 Bogotá.

E-mail: abogadosmagisterio@gmail.com Sitio Web: abogadosmagisterio.com

- El artículo 123 de la Carta Política establece la diversidad de vínculos jurídicos que se presentan en el desarrollo de la función pública, como son los miembros de corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales; y que, en mayor o menor medida, con sujeción a lo previsto en el artículo 150-19 del mismo estatuto Superior, permite al legislador regular de diversa manera el régimen salarial, prestacional y de seguridad social de dichos servidores.

- Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad.

- La existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general es decir a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. Por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución.

1. Profesión docente:

- **El Decreto 2277 de 1979** definió la Profesión docente en su artículo segundo así: "*Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.*"

- Se hace evidente que la profesión docente no es en principio una carrera que se determinara por los estudios realizados por el educador, sino que por el contrario la misma se definía en razón a la actividad de enseñanza y a los establecimientos en que se desarrollaba la función, a saber, planteles educativos. En concordancia con lo anterior el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 determinó que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.”

- La profesión docente acarrea una responsabilidad social imperante; por un lado al ser parte de un servicio que se desarrolla en función de un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, y por el otro, al tener obligaciones de formación y enseñanza que permita a los educandos, en términos de la ley, desarrollarse en sociedad.

- Los docentes pueden ejercer su misión vinculándose a instituciones de orden privado, caso en el cual sus prestaciones se regirán conforme a lo establecido en el Código Sustantivo del trabajo, salvo los temas relacionados con el escalafón docente; o por el contrario vincularse a la educación estatal, lo cual sólo podrá darse “mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial” (Artículo 105 ley 115 de 1994), caso en el cual serán docentes oficiales.

2. Clasificación docentes estatales:

- Con ocasión del proceso de Nacionalización de la Educación contemplado en la ley **43 DE 1975**, en cuyo artículo primero se indicó: “La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.” Los docentes con vinculación estatal entraron en el proceso de Nacionalización, por medio del cual las prestaciones sociales causadas con ocasión del nombramiento de un docente pasarían de forma gradual en cabeza exclusivamente de la Nación, de la siguiente manera:

- **“Artículo 3º.-** A partir del 1o. de enero y hasta el 31 de diciembre de 1976, la Nación pagará el veinte por ciento (20%) de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación a que se refiere el artículo primero, conforme a los presupuestos respectivos del año de 1975; y así sucesivamente en cada vigencia subsiguiente, aumentará en un veinte por ciento (20%) su aporte a dichos gastos, hasta llegar a absorber el ciento por ciento (100%) de los mismos en 1980 (de 1976 a 1980).”

- No obstante, los nombramientos de los docentes no quedaron exclusivamente en cabeza de la Nación, motivo por el cual la Ley 91 de 1989 en su artículo 1 estableció la clasificación de: a) Nacionales, aquellos que se vinculan por nombramiento del gobierno nacional, b) Nacionalizados, quienes se vinculan por nombramiento de entidad territorial antes del proceso de nacionalización y los que se vinculen después del mismo, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos contenidos en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; y c) Territoriales, aquellos docentes que aun cuando se vinculen por nombramiento de entidad territorial, con fecha posterior al proceso de Nacionalización, no cumplen los requisitos del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

- Este mismo precepto, ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, la cual estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales del personal docente Nacional, Nacionalizado, departamental y municipal.

- Los docentes departamentales, distritales y municipales, son aquellos vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal. De acuerdo con su fuente de financiación pueden ser:

1.1 **Recursos Propios**: Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial con cargo a su propio presupuesto.

1.2 **Financiados**: Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial, que pertenecen a la planta de personal del municipio o departamento y que durante la vigencia de los convenios (Entidad Territorial - Fondo de Financiación para la Inversión Social – FIS) eran financiados 100% por la Nación.

1.3 **Cofinanciados**: Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial, que pertenecen a la planta de personal del distrito, departamento o municipio y que durante la vigencia de los convenios (entidad territorial - Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social – FIS) eran cofinanciados por la Nación 70% y 30% a cargo de la entidad territorial.

1.4 **Docentes Establecimientos Públicos**: Son los vinculados por nombramiento del gobierno nacional para laborar en establecimientos públicos con cargo a sus propios recursos, la Nación le trasladaba los recursos.

3. Prestaciones sociales:

- Bajo el texto original de la Constitución política de 1886, era competencia de las entidades territoriales fijar los salarios de los empleados públicos del orden departamental y municipal, facultad que se ejerció hasta el Acto legislativo 1 de 1968, bajo el cual se determinaba en forma exclusiva y excluyente tal competencia en el legislador. Bajo este criterio se dictó el Decreto 1045 de 1978 el cual estableció el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales; así como la Ley 33 de 1985, la cual, determinó las condiciones para ser acreedor a la pensión de jubilación a cargo de las cajas de previsión social.

- En el ramo docente cada entidad territorial determinaba y cancelaba a cargo de su presupuesto las prestaciones sociales de los docentes. Posteriormente con la Ley 91 de 1989, y la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se unificó un régimen prestacional a cargo de esta entidad que se caracteriza por conservar la Pensión Gracia a favor de los docentes Nacionalizados, determinar la cuantía de la pensión de jubilación en 75% del salario mensual, crear una mesada adicional en Junio para los docentes pensionados (M-14), y finalmente constituir régimen de transición, tanto para las prestaciones sociales en general, como para la liquidación de las cesantías.

- A continuación se hará una breve caracterización de cada una de estas prestaciones:

a. **Retroactividad de las cesantías:**

- De acuerdo con la sentencia del Honorable **CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SECCION SEGUNDA / SUBSECCION "B" - Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA** del diez (10) de Febrero de dos mil once (2011). **Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10) - Actor: GLORIA ISELA DAZA ORTEGA VS MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que establece:**

- *“De otro lado cabe reiterar lo que ya ha señalado esta Corporación, en el sentido de que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías de los empleados territoriales, los cuales son:*

  i)** Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los **servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996;

  ***ii)** De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último*

  ***iii)** el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación”.*

- Del artículo 15, Numeral 3, literal A, de la ley 91 de 1989 se desprende que para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 las cesantías se liquidaran conforme a las reglas de la ley 6 de 1945, que en su artículo 17, literal a consagra el auxilio de cesantías, el cual conforme al artículo primero de la ley 65 de 1946 se causará por todo el tiempo laborado después del 01 de enero de 1942, de forma continua o discontinua, y se liquidará un mes de salario por cada año laborado, teniendo en cuenta todo el tiempo de servicio y con base en el último salario devengado (Tomando para ello todos los factores que se cancelen al docente como una retribución directa de su labor), salvo que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

- Ahora bien, la Ley 344 de 1996, en su artículo 13 determinó el régimen de liquidación anual de las cesantías, terminando con ello el régimen de retroactividad, no obstante, en respeto de los derechos adquiridos para los docentes del régimen Nacionalizado, vinculados con fecha anterior a la entrada en vigencia de la presente ley, por nombramiento de autoridad territorial, sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.**

- En este orden de ideas, **las cesantías de los docentes territoriales (vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996) se liquidan con retroactividad.)**

b. Indemnización moratoria:

- La indemnización por el pago de las cesantías, es un asunto decantando con suficiencia por el H. Consejo de Estado, quien en Sentencia del 12 de diciembre de 2002, con ponencia del H. Consejero Jesús María Lemos Bustamante, Radicado 1604-01, manifestó:

"5.4. El análisis de la Sala

5.4.1. La indemnización por mora en el pago de las cesantías Parciales

Los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 establecieron un procedimiento con términos precisos y perentorios para la liquidación y pago de las cesantías Parciales de los servidores públicos, con el fin de precaver la mora de la administración pública en el cumplimiento de dicha prestación social. Este conjunto normativo se complementó con el parágrafo del artículo 2, mencionado, según el cual cuando la Administración no cumple con los referidos términos indicados en el procedimiento administrativo especial mencionado, el servidor público afectado tiene derecho a reclamar una indemnización equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías aludidas."

- En concordancia con lo anterior los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, obligan a las entidades públicas a dar respuesta en un plazo no mayor a 15 días, contados desde que se eleva la solicitud del pago parcial de las cesantías; y un plazo de 45 días, a partir de la firmeza del acto administrativo, para hacer el correspondiente pago. Contabilizando los términos anteriores da un total de sesenta (60) días hábiles a partir de la fecha de presentación de la petición, siempre que se cumplan las condiciones y se aporte la documentación requerida para acceder al pago de las cesantías Parciales. Caso contrario se generará una indemnización moratoria a favor del solicitante.

c. Prima de servicios:

- El parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, establece que: "… **continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora**, a favor del personal nacional y nacionalizado, vinculado antes y con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las primas de navidad, **de servicios**, de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones",

- El H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2010, teniendo como M.P. al **Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**, dentro del expediente radicado No. **63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09)**, clarificó la aplicabilidad del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y la obligación de la entidad territorial de cancelar la PRIMA DE SERVICIOS a los docentes desde la expedición de la mencionada ley.

- Dijo en su momento el Consejo de Estado que:

- “… Por manera que, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efecto de liquidar las cesantías de los empleados públicos cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, eran los contemplados por el Decreto No. 2712 de 1999, pero luego con la entrada en vigencia del Decreto No.1919 de 2002, es decir, a partir del 1 de septiembre de 2002, estos empleados territoriales cuentan con el mismo régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público Nacional y precisamente, los factores de liquidación de los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional se encuentran regulados por el artículo 45 del Decreto No.1045 de 1978, norma que en consecuencia es la que se debe aplicar a los empleados regidos por el régimen prestacional territorial al momento de liquidar sus cesantías.

- (…) Y es por ello, que dentro de los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las cesantías, además de la asignación básica mensual, los dominicales y festivos, las horas extras, el auxilio de transporte, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, deben incluirse la prima de navidad, la **PRIMA DE SERVICIOS** y la prima de vacaciones”.

d. Pensión jubilación:

- El artículo 115 de la ley 115 de 1994 conservó el régimen prestacional de los educadores, como un régimen excepcional, regulado por la Ley 91 de 1989, en virtud del respeto a los derechos adquiridos y la no regresividad de las leyes laborales, la cual en su artículo 15, numeral 2, literal B reconoció la pensión jubilación en cuantía del 75% del último salario promedio anual. Remitiendo las demás condiciones del régimen a las leyes vigentes para las pensiones del sector público, a saber: ley 33 de 1985, la cual determinó la edad pensional en 55 años de edad, sin distinción por causa del género.

- Esta prestación es de carácter vitalicia, con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual debe liquidarse con la totalidad de los factores salariales acreditados por el docente, de conformidad con las reglas contenidas en:

- El artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 que dispuso: *"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios*".

- Y el Decreto 1743 de 1966 que en su artículo 5º determinó: *A partir del 23 de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios*..."

- Por lo tanto, se hace palmario que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, que no se adscribe a las reglas del régimen general de pensiones, sino que conserva su propia naturaleza excepcional, como expresamente lo contempla la ley 100 de 1993, que en su artículo 279, inciso segundo determinó: "*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de los bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida*"

e. Mesada Adicional de Junio o mesada 14:

- El inciso final del numeral 2, literal b, artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece el derecho de los docentes a recibir una mesada adicional en el mes de junio de cada año.

- No obstante, el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció una limitación al número de mesadas anuales que reciben los pensionados, limitando en 13 el total de mesadas que puede recibir un pensionado, salvó que el monto de la misma no excediera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. Todo ello en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

- Ahora bien, al estudiar el texto completo del artículo 48 Superior, modificado por el Acto legislativo precitado, encontramos que en él se establecen unas pautas, bajo las cuales los docentes oficiales quienes se **Vincularon** con antelación a la expedición de la ley 812 de 2003 y aun los ingresados antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tienen derecho a seguir percibiendo las mesadas adicionales en los términos que la ley estableció, por cuanto el parágrafo 1º transitorio nos indica que:

- *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta". Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

- Nótese que existe plena consonancia entre el artículo 48 del Ordenamiento Superior y los artículos 53 y 58 de la Carta Política; el primero contiene los principios mínimos fundamentales del trabajo, de los cuales podemos destacar que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores; el segundo garantiza los derechos adquiridos con arreglo a las leyes, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por posteriores leyes. Así tenemos en consecuencia que tales preceptos constitucionales, han de conducirnos indubitablemente a abordar la figura de los derechos adquiridos, que han sido ampliamente estudiados por la doctrina y la jurisprudencia.

- Reafirma tal posición el debate que culminó en la conformación de una comisión accidental de pensiones y cuyos alcances reflejan la interpretación del A.L. 01 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, quien mediante concepto No. 1.857 del 10 de Septiembre de 2009, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, significó:

- "…….El parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 remite al artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y los efectos de esta remisión son: (…) La continuidad del régimen pensional especial aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en el entendido de que está llamado a extinguirse junto con sus destinatarios, circunstancia que permite calificar ese régimen como transitorio."

f. Pensión gracia:

- La Ley 114 de 1913, creó una pensión especial, de carácter gratuito, vitalicia y a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, a favor de los maestros de escuelas primarias que cumplieran 20 años de servicio en la docencia oficial, 50 años de edad y demostraran buena conducta en el desarrollo del ejercicio docente. Prestación que nace con el fin teleológico de equiparar las condiciones de los maestros que estaban a cargo de las entidades territoriales oficiales, con los del orden nacional, por cuanto había una clara deficiencia a nivel salarial. La Ley 91 de 1989 en su artículo 15, numeral 2, literal a, conservó esta prestación como una legitima exceptiva de derecho para aquellos docentes Nacionalizados, que se hubieren vinculado con anterioridad al 31 de Diciembre de 1980 y cumplieran con los requisitos legales para ser beneficiados de la Pensión Gracia.

f. Pensión gracia:

- La pensión gracia, además de no requerir ningún tipo de cotización para su causación, tiene una prerrogativa especialísima: es compatible con cualquier otra prestación, aun cuando la misma este a cargo total o parcial de la Nación. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Acción de tutela (T 957 de 2005) instaurada por Alicia Noguera Vera contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

- “3**. Posibilidad de coexistencia entre la pensión gracia y otro tipo de pensiones. …** ***Con todo, el que dicha prestación hubiere sido reconocida, no impedía que los docentes beneficiados con la pensión gracia, pudieren perseguir posteriormente su pensión de jubilación, o que teniendo ya su pensión gracia buscarán la reliquidación de esta y el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues estas prestaciones sociales no son oponibles entre sí.***

- Ahora bien, el legislador dispuso de manera excepcional, que la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación reconocidas a favor de los docentes del orden territorial, podrían ser compatibles, atendiendo a dos razones fundamentales: la primera, por considerar que tales personas por razones de justicia, debían tener derecho a la pensión gracia, luego de haber tenido la expectativa de acceder a ella durante largos años de baja remuneración y, la segunda, porque para 1980 ya había finalizado el proceso de nacionalización emprendido por la Ley 43 de 1975, de modo que a partir de 1981 todos los salarios y prestaciones de los docentes de educación primaria y secundaria habían pasado a ser responsabilidad de la Nación.”

- Ampliando este concepto se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del diez (10) de febrero de dos mil once (2011). **Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00006-01(1314-10),** frente a la compatibilidad con la pensión de invalidez:

- “La Ley 114 de 1913 consagró a favor de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido por un tiempo no menor de veinte (20) años, una pensión vitalicia de conformidad con las prescripciones establecidas en la misma Ley. En el artículo 4° establece los requisitos para gozar de la gracia de esta pensión, entre ellos que el interesado compruebe que ha cumplido cincuenta (50) años de edad, o que se halle en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento, y que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Es decir, la pensión gracia a cargo de la Caja Nacional de previsión Social es compatible con la pensión que corre a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (…)

- La disminución de la capacidad laboral en el porcentaje señalado en la Ley, conlleva el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con **prescindencia de los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados en la normatividad respectiva.** Los preceptos que consagran la prestación en tal sentido desarrollan principios y derechos fundamentales rectores de nuestra estructura jurídica y social; basta con citar el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y la protección especial que el Estado garantiza a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. (…)

- Armonizando las disposiciones antes citadas, se llega a la conclusión de que la ley no consagra incompatibilidad entre la pensión gracia a cargo de la Caja Nacional de Previsión y la pensión de invalidez que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

- Del texto anterior se extrae, no sólo la compatibilidad a la que se venía haciendo referencia, sino una concesión de creación jurisprudencial que reconoce el derecho a la pensión gracia en cabeza de aquellos docentes que, aun cuando no cumplen con los requisitos de edad y tiempo, se encuentran en situaciones que les imposibiliten continuar ejerciendo su labor y por consiguiente se vea afectado su mínimo vital. Este concepto, decantado tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, determina como requisito mínimo que el docente haya alcanzado a laboral **dos terceras partes del tiempo requerido para obtener la pensión gracia** (Algo más de 13 años), y se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias de mayor vulnerabilidad: a) Perdida de capacidad laboral por cuya causa se le retire del servicio, b) Cumplir la edad de retiro forzoso, 65 años; o c) Muerte del docente, en cuyo caso se busca la protección del núcleo familiar del mismo.

g. Compatibilidad pensión jubilación y pensión de invalidez:

- Frente a la pregunta de si una persona puede recibir al mismo tiempo pensión de invalidez y pensión de vejez, habrá que empezar la respuesta diciendo que:

- Si nos remitimos a la Ley 100 de 1993, y más concretamente al Art. 13, advertiremos que en su literal j) se lee que “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”

- Esa manera contundente de prohibir la concurrencia de esos dos beneficios en un mismo afiliado, nos llevaría automáticamente a responder negativamente la pregunta. Sin embargo, si nos detenemos un poco en el análisis de la norma y nos percatamos de su ubicación en el texto de la ley, nos podremos dar cuenta de que el artículo en mención está situado en el libro Primero de la ley 100 de 1993, lo cual nos lleva a entender que tal prohibición se predica únicamente en cuanto a la concurrencia de la pensión de vejez con la pensión de invalidez de origen común (Ver Art. 69 en concordancia con los artículos 38 a 41 de la ley 100), más no con respecto a la pensión de invalidez de origen profesional, por cuanto todo lo correspondiente a riesgos laborales es objeto de regulación en el libro Tercero de dicha ley.

- Así las cosas, como la regulación de los riesgos laborales está fuera del alcance del literal j) del Art. 13, la pensión de invalidez derivada de una enfermedad de origen laboral o de un accidente de trabajo por lo que puede perfectamente concurrir con la pensión de vejez, toda vez que los recursos con que se pagan dichas pensiones tienen orígenes de financiación independientes y diferentes, pues el afiliado cotiza para cada riesgo por separado.
- Si bien es cierto la ley 776 de 2002 en su parágrafo 2º del Art. 10 expresa que no habrá lugar “para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originadas en el mismo evento”, la misma norma se encarga de dejar en claro que la prohibición aplica sólo para aquellos casos en que ambas pensiones tienen origen en el mismo evento.
- Como es apenas obvio, las razones expuestas permiten concluir que la pensión de invalidez de origen común es compatible con la pensión de invalidez de origen laboral o profesional.

h. expedición de la ley 812 de 2003:

- La ley contentiva del plan nacional de desarrollo 2003-2007, ley 812 de 2003, en su artículo 81 modificó el régimen prestacional de los docentes de conformidad a un criterio de vinculación. En ese sentido indicó que "*(i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes*; (ii) por el contrario, el de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 -27 de junio de 2003- es el régimen de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos, excepción hecha de la edad de pensión de vejez, que será de 57 años para mujeres y hombres."[1]

1 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048), Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Referencia: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Liquidación y reconocimiento de las pensiones causadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003.

- Ese artículo fue reglamentado por el Decreto 3752 de 2003, bajo el cual las pensiones que se causaran con fecha posterior a la Ley 812 de 2003, se liquidarían sobre el ingreso base de cotización. Prerrogativa que afectó a los docentes excepcionados del régimen general de pensiones, por cuanto la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes los hacía acreedores a una liquidación equivalente al 75% de todos los factores salariales y no sólo con base a los cuales se hiciera los aportes a pensiones. El Decreto 3752 de 2003 fue derogado por la Ley 1151 de 2007, es decir que todos aquellos docentes a quienes se les respetó su régimen prestacional contemplado en normas especiales y se pensionaron entre el **23 de diciembre de 2003 y el 24 de Julio de 2007**, tienen derecho al reajuste de su pensión con inclusión de todos los factores salariales.

I. Órdenes de Prestación de servicios:

- En cuanto hace relación al personal Docente contratado por Órdenes de Prestación de Servicio, o cualesquiera otra modalidad que se le quiera dar para ocultar su verdadera relación laboral con carácter de empleado público, el **Consejo de Estado** ha manifestado su improcedencia, específicamente por considerar que *"No pueden* ser *objeto de un contrato de prestación de servicios, entre otras, las funciones docentes ordinarias que están* a *cargo de una entidad pública".*[2]

2 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Radicación número: 7960, Actor: GLORIA DEL CARMEN MEJÍA HUERTAS, Demandado: MUNICIPIO DE EL CONTADERO.

- La tesis anterior es el desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidad (Art 53 superior), conforme al cual, si fenomenológicamente se hacen presentes los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, debe entenderse que se ha generado una relación de carácter laboral, con todas las obligaciones que el mismo acarrea, aun cuando la denominación del contrato sea de naturaleza diferente. El Consejo de estado se ha manifestado en el sentido de indicar que el elemento determinante para el pago de las prestaciones sociales es el de la subordinación, elemento que se encuentra ínsito en la labor docente:

- “De lo anterior (dijo el Consejo de Estado haciendo referencia al decreto 2277 de 1979) se infiere que pertenece a su esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pénsum académico y al calendario escolar.

- No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.”[3]

3 Honorable Consejo de Estado, sentencia del 17 de abril de 2008, CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Radicación N° 68001231500020030091401(1694-07), ACTOR: LEONOR MARTÍNEZ OCHOA

- Por consiguiente, los ingresos que **recibe un docente por causa de la orden de prestación de servicios,** es el resultado justo de la prestación personal y subordinada de un servicio y del cumplimiento de los deberes que le corresponde, de modo que resulta lógico, proporcionado y éticamente plausible exigir también del empleador, la realización completa de sus compromisos a **través de la cancelación cumplida de lo que en derecho y justicia les debe.** Aunado a ello los docentes que laboran por causa de una Orden de prestación de servicios se encuentran en la misma situación de los educadores incorporados a la planta de personal, configurando así una relación laboral que impone la especial protección del estado en igualdad de condiciones a la de los **docentes de planta, a términos de los artículos 13 y 25 de la carta.**

Conclusiones

- Del recorrido hecho por algunas de las prestaciones consagradas para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es posible inferir que efectivamente existe un conjunto normativo (ley 91 de 1989, ley 115 de 1994, decreto 2277 de 1979, ley 6 de 1945, ley 114 de 1913, ley 812 de 2003, y demás normas especiales) que ha determinado una situación particular para los docentes oficiales. Todas estas prestaciones a las que se ha hecho referencia, no sólo tienen como finalidad la contraprestación directa del servicio, sino que además son consecuencia necesaria del ejercicio de una labor cuya responsabilidad social es apenas medible, por el impacto que la misma tiene en el desarrollo del estado, y en la promoción de una serie de condiciones mínimas, que permiten materializar efectivamente el Estado Social de Derecho.

- Por consiguiente, se hace evidente que en virtud de las características singulares del ejercicio docente, se ha establecido un régimen particular, de aplicación preferente al general contenido en la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, el cual en virtud de los principios laborales, ampliamente definidos por la jurisprudencia, como la son la garantía de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad a las garantías mínimas, la favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, entre otros, no puede ser desvirtuado por leyes posteriores, ni desconocido por ninguna autoridad administrativa o judicial; ya que tal protección se fortalece como garantía fundamental del régimen prestacional especial, que tanto se ha descrito.

- Finalmente, a la pregunta **¿El acto legislativo 01 de 2005 eliminó el régimen excepcional de los maestros?,** es posible afirmar, sin lugar a duda alguna, que el Acto Legislativo 01 de 2005, **No eliminó el régimen excepcional**; sino que por el contrario, en su parágrafo transitorio 1° creó un régimen de transición a favor de los maestros vinculados al magisterio con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, grupo poblacional que es acreedor legítimo de todas las prestaciones referenciadas en este trabajo (y las demás que por falta de tiempo, pero no de interés hayan quedado para una posterior explicación) y podrán acceder a las mismas en la medida que cumplan con las demás condiciones particulares de cada una de ellas.

ORGANIZACIÓN

RIVEROS DÍAZ S.A.S

ABOGADOS / DERECHO ADMINISTRATIVO

GRACIAS,

Avenida 19 No. 3 - 10 Of. 402 Edificio Barichara Torre B
Tels. 2843447 – 2436009 – Fax. 3416917 – Celular 3103040628 Bogotá.
E-mail: abogadosmagisterio@gmail.com Sitio Web: abogadosmagisterio.com