



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Cambios en el régimen pensional docente: derechos adquiridos por los maestros públicos vinculados en provisionalidad o por OPS bajo el decreto 2277 de 1979 pero nombrados en propiedad en virtud del decreto 1278 de 2002.

Hasyi Yaín Vivas Castillo¹

Resumen.

Con el presente artículo se busca realizar una reflexión acerca de los cambios en materia pensional que han sido fijados para los maestros pertenecientes al servicio público educativo y en la incidencia negativa que ha representado esta situación en la garantía del derecho a adquirir una pensión. Especialmente, para aquellos docentes que se hallaban vinculados a través de contratos de prestación de servicios o que se encontraban nombrados en provisionalidad bajo el régimen dispuesto por la ley 91 de 1989, pero que con posterioridad, debieron vincularse al Magisterio siendo regulados por las normas más gravosas del nuevo estatuto docente y de la ley 812 de 2003. Circunstancia que representa una vulneración al derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad en materia laboral.

Palabras clave: Magisterio, Régimen pensional, derechos adquiridos, Derechos fundamentales, Igualdad, Docentes.

Abstract.

This article seeks to reflect on the changes in pensions that have been fixed for teachers belonging to the public educational service and on the negative impact that this situation has represented in guaranteeing the right to acquire a pension. In

¹ Estudiante de la Universidad Católica de Colombia, facultad de derecho programa de pregrado. Artículo reflexivo para obtener el título de abogada. Director: Dra. Leidy Ángela Niño Chavarro, profesora titular en la cátedra de derecho laboral.

particular, for those teachers who were linked through contracts for the provision of services or who were appointed temporarily under the regime established by Law 91 of 1989, but that subsequently, they should have been linked to the teaching profession and be regulated by the norms of the new Statute teaching and law 812 of 2003. Circumstance which represents a violation of the right to equality and the principle of favorability in labor matters.

Keywords: Magisterium, Pension System, Acquired Rights, Fundamental rights, Equality, Teachers.

Sumario.

Introducción.

1. Estatutos docentes en Colombia.

1.1. Diferencias existentes entre los estatutos docentes vigentes en Colombia.

2. Regímenes pensionales de los docentes.

2.1 Régimen de la ley 91 de 1989 aplicable a los docentes regulados por el decreto 2277 de 1979.

2.2. Régimen pensional docente de la ley 812 de 2003.

3. Derechos adquiridos por los docentes vinculados en provisionalidad.

Conclusiones.

Referencias.

Introducción.

El régimen exceptuado del magisterio nació como consecuencia de las luchas sindicales que llevaron a cabo los maestros en Colombia con el fin de lograr mejores condiciones e igualdad a nivel laboral. Trayendo con ello, logros significativos que fueron de suma importancia para sus propósitos como lo fue por ejemplo, la expedición de la ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En palabras de Rendón (2010), con este triunfo se logró una “importante reivindicación laboral, prestacional e intelectual” (p. 2).

La finalidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la de pagar las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren vinculados y prestando su servicio en los establecimientos públicos educativos. Tiene la característica de ser una “cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta” (Art. 3º, ley 91 de 1989).

En la actualidad, la entidad fiduciaria que se encarga de manejar el Fondo Nacional de Prestaciones Económicas del Magisterio es la Fiduprevisora, una entidad que se encuentra vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Vale la pena mencionar también, que el régimen prestacional del Magisterio se convirtió en exceptuado con la expedición de la ley 100 de 1993, que en su artículo 279 preceptúa que las disposiciones contenidas en dicha norma no se aplicarán a quienes se encuentren afiliados al fondo de prestaciones sociales creado por la ley 91 de 1989.

Por consiguiente, las prerrogativas contenidas en la ley 100 de 1993 no se les aplica a los docentes oficiales quienes cuentan con un régimen más beneficioso que les permite acceder a una pensión acreditando unos requisitos menos gravosos en comparación a los que se exigen en el régimen general de pensiones.

No obstante, con la expedición del nuevo estatuto docente (decreto 1278 de 2002) y con la expedición de la ley 812 de 2003 que en su artículo 81, establece que a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, los educadores que se vinculen al servicio público educativo se regirían en materia pensional por lo establecido para el régimen de prima media dispuesto por la ley 100 de 1993.

Lo anterior, significa un retroceso que impacta directamente en los logros que los docentes colombianos adquirieron en materia prestacional y laboral a lo largo de los años, circunstancia que afectó en mayor medida a aquellos maestros que se encontraban nombrados en provisionalidad o por OPS² bajo el antiguo estatuto de profesionalización docente (decreto 2277 de 1979).

Cierto es, que los maestros regidos por el decreto 2277 de 1979 y vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003 seguirían conservando el régimen exceptuado en materia pensional, no obstante, dicha circunstancia no aplicó de igual forma para los docentes nombrados en provisionalidad o por OPS al no encontrarse vinculados directamente en el Magisterio, pero que sin embargo, prestaban sus servicios en los establecimientos públicos educativos. Por ende, se vieron obligados a acogerse al nuevo estatuto docente para poder vincularse de forma directa, situación que implicó una vulneración del derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad.

Es por esto, que surge para esta investigación un interrogante respecto a los derechos de aquellos profesores nombrados en provisionalidad o por OPS estando en vigencia el antiguo estatuto docente. Cuestionamiento que hace referencia a si ¿es posible afirmar que se están desconociendo derechos adquiridos en materia pensional a los educadores nombrados en propiedad con el decreto 1278 de 2003, quienes ya prestaban sus servicios en virtud del antiguo estatuto docente bajo la figura de la provisionalidad o de la OPS?

² Orden de Prestación de Servicios.

El objetivo general que se tiene en esta investigación, es el de analizar la situación pensional de los docentes que se encontraban nombrados en provisionalidad o por OPS antes de junio de 2003 bajo el decreto 2279 de 1979, y si los mismos podrían acceder a los beneficios pensionales plasmados en dicho estatuto.

Con la finalidad de desarrollar el objetivo general propuesto y el problema jurídico planteado, se realizará un análisis comparativo entre los estatutos docentes y los regímenes pensionales de los maestros que convergen actualmente, con el fin de identificar aquellos derechos adquiridos por quienes fueron nombrados en provisionalidad antes de la promulgación de la ley 812 de 2003 y que se vulneran con la aplicación del régimen general de pensiones en virtud del decreto 1278 de 2002.

1. Estatutos docentes en Colombia.

Actualmente en nuestro país existen dos estatutos a través de los cuales, se regulan las relaciones que tiene el Estado con todos aquellos sujetos que se desempeñan como docentes del servicio público educativo y que por consiguiente, se encuentran a su servicio. En este mismo sentido, Cifuentes (2013) expresó que “[en] Colombia la profesión docente a nivel de la educación básica y media está reglamentada bajo un Decreto de Ley o un Estatuto Docente que regulariza las relaciones del Estado con los educadores a su servicio [...]” (p. 7). Es así, que dentro del ordenamiento jurídico colombiano es posible encontrar los decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 con los que se busca cumplir con el fin anteriormente descrito.

Por consiguiente, dichos estatutos contienen las disposiciones que determinan, señalan y estipulan todas las condiciones en las que debe darse la profesionalización de los educadores. Como por ejemplo, las funciones, formas de ingreso al servicio público educativo, al igual que la permanencia en el mismo y los mecanismos de ascenso al interior de la carrera docente, esta última, se

caracteriza por ser “el régimen legal que regula la vida laboral de quienes ejercen la profesión. Específicamente (sic), se norman los procedimientos de ingreso, permanencia, movilidad y retiro de los profesores del sistema estatal de educación”. Teregi (2009) y Murillo (2006) (citados por Cuenca, 2015, p. 18).

Con respecto a la carrera docente, el artículo 16º del decreto 1278 de 2002 y el artículo 26º de decreto 2277 de 1977 la definen de la siguiente manera:

Artículo 16. Carrera docente. La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal. Se basa en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas; garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto; y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón.

Artículo 26º.- Definición. La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanente, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente.

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-078 de 2012, expediente D- 8584 definió a la carrera docente así:

La carrera docente se define como el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal, basado en el carácter profesional de los educadores y en el mérito, garantizando la igualdad en las posibilidades de acceso a la función pública para todos los ciudadanos

aptos, y para su organización, creó el escalafón docente, como el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes, mediante los diversos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral, que permiten la asignación del salario profesional y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor. (Cursiva dentro del texto).

Lo que se expuso con anterioridad, implica que los estatutos docentes se encuentran estrechamente relacionados con la estabilidad laboral de los educadores, ya que regulan el acceso, permanencia y promoción de la carrera docente, un régimen que se erige como el mecanismo legal apropiado para garantizar los derechos de los profesores a través de la implementación de procedimientos que se materializan en un nombramiento, en un ascenso o en las condiciones para el retiro del profesor.

Esto quiere decir, que la estabilidad laboral involucra el derecho a permanecer y conservar el empleo, además de poder participar de las oportunidades de crecimiento y ascensos que se presenten al interior de la entidad. En este sentido, Zegarra, (2013) se manifestó de la siguiente manera: "[...] la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente. De no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias". (p. 315). A su vez, el "[g]ozar de estabilidad laboral implica tener derecho a percibir una remuneración mínima vital y móvil en proporción a la cantidad y calidad de trabajo" (Almario, 2016, p.107).

Es por ello, la importancia que tienen los estatutos docentes al momento de fijar las reglas que delimitan y determinan todo lo relacionado con la actividad laboral que desempeña el profesor que presta su servicio en el sector público educativo. Esto, con el fin de garantizar los derechos laborales de los educadores y evitar así, abusos por parte del Estado quien funge como empleador.

De igual manera, a través de los estatutos docentes se regulan aspectos concernientes a los derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Así como los salarios, incentivos y estímulos que se otorgan de acuerdo con el título que el educador posea y con el escalafón al que pertenezca. El escalafón docente a su vez, es definido por el artículo 8º del decreto 2277 de 1977 como “el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos”.

Sin embargo, el decreto 1278 a través de su artículo 19º también realiza una definición del escalafón docente de una forma mucho más amplia con las siguientes palabras:

Artículo 19. Escalafón Docente. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

Como se logra apreciar, con el nuevo estatuto docente se describen otras cualidades con las que debe contar el educador como lo son por ejemplo la responsabilidad, el desempeño, las competencias y la idoneidad para ejercer el cargo. Lo anterior, es una muestra de los cambios propios que trajo consigo el nuevo reglamento enfocado en la profesionalización de los educadores que prestan su servicio al sistema público educativo.

Dicha profesionalización, tiene su fundamento en "la idea de que la calidad de la educación es un factor indispensable para la disminución de las desigualdades sociales que se reproducen en el interior de la escuela" (Reimers, 2002, p. 120) citado por (Bautista, 2009, p. 112). Por lo tanto, en la actualidad se busca que los

educadores cada día se encuentren mejor formados académicamente para que así mismo, la calidad del servicio público educativo que se presta en el país sea mayor, algo que sin duda alguna, repercute de manera positiva en la sociedad.

Gracias a esto, es posible observar al interior de los estatutos docentes que el grado y nivel del escalafón al que han de ser inscritos los educadores, así como los ascensos dentro de este sistema de clasificación, dependerán del nivel académico que posea el educador, además de tener en cuenta su experiencia y el tiempo de servicio, con base en esto, se establece su asignación salarial. Lo anterior, se ve con mayor énfasis en el decreto 1278 de 2002, en donde se insta al profesor para que alcance mayores niveles en su formación académica como por ejemplo, en obtener especializaciones, maestrías o doctorados con el fin de que su salario mejore significativamente.

Es así, que los estatutos docentes buscan regular la relación laboral existente entre los docentes y el Estado, situación que sin duda alguna, trasciende a escenarios más privados e íntimos, ya que la regulación desprendida de los dos estatutos implica una afectación directa en las condiciones de vida de los maestros y afecta de igual manera, la prestación, calidad y cobertura del servicio público educativo. De acuerdo con Rivera (2014):

El Estatuto Docente en Colombia pueden ser considerado como una norma que propende por homogeneizar la labor y el accionar del docente, porque trasciende más allá de la regulación de la Profesión Docente, o sea del tipo de contrato, condiciones salariales, estabilidad, promoción, entre otros y se inmiscuye en las condiciones de vida de los maestros a partir de la lógica del derecho, lo que implica que las múltiples dimensiones de la vida de los docentes tratan de ser reguladas por esta. (p. 7)

1.1 Diferencias existentes entre los estatutos docentes vigentes en Colombia.

Ahora bien, al interior de los dos estatutos docentes que coexisten actualmente en nuestro país, se evidencian una serie de diferencias que se detallarán a continuación y que implican ciertas ventajas entre el decreto anterior (2277 de 1979) en comparación con el más reciente (1278 de 2002). Disimilitudes que se originan en distintos ámbitos como por ejemplo, en la manera como se estructura el escalafón, los requisitos y mecanismos de ingreso a la carrera docente, la forma de ascenso, entre otras.

La primera diferencia que es posible hallar al interior de los estatutos docentes, se presenta en cuanto a la forma y mecanismos de ingreso a la carrera docente. En primer lugar, con el decreto 2277 de 1979 de acuerdo con los artículos 5º y 27º y en concordancia con el artículo 1º del decreto 251 de 1981, bastaba con la inscripción en el escalafón cumpliendo con el requisito de poseer un título como licenciado en educación o normalista, esto se realizaba de acuerdo con las convocatorias mediante las cuales se determinaban las vacantes que eran requeridas. A continuación, se citan los requisitos estipulados en el decreto 251/89, no obstante, que ya ningún educador en la actualidad se vincula a través de este proceso:

Artículo 1º.- *Condiciones para ingreso al Escalafón Nacional Docente:* De conformidad con el artículo 10 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, tienen derecho a inscribirse en el Escalafón Nacional Docente los educadores titulados en planteles oficiales y no oficiales aprobados por el Ministerio de Educación Nacional.

Su ingreso al Escalafón se realizará al grado que se indica en el mismo artículo en concordancia con la nomenclatura establecida en el Decreto 80 de 1.980 para títulos de nivel superior, tal como a continuación se señala:

- a. AL GRADO 1: El bachiller pedagógico y quienes hayan adquirido un título equivalente antes de la expedición del Decreto Extraordinario 2277 de 1.979.
- b. AL GRADO 2: El Perito y el Experto en Educación, señalados en el literal a) del Parágrafo 1 del Artículo 10 del Decreto 2277 de 1979 que hayan obtenido el título antes de la vigencia del citado decreto.
- c. AL GRADO 4: El Técnico Profesional Intermedio en Educación de que trata el inciso final del Artículo 2 del Decreto extraordinario 80 de 1980. El Técnico o Experto en Educación señalado en el inciso b) del parágrafo 1 del artículo 10 del decreto extraordinario 2277 de 1979, con título otorgado con anterioridad a la vigencia del Decreto antes mencionado.
- d. AL GRADO 5: El Tecnólogo en Educación.
- e. AL GRADO 6 El profesional Universitario con título diferente al de Licenciado en Ciencias de la Educación, una vez haya aprobado el curso de ingreso.
- f. AL GRADO 7. Los Licenciados en Ciencias de la Educación.

Los Tecnólogos especializados en Educación de que trata el inciso 30 del artículo 28 del Decreto Extraordinario 80 de 1980.

Parágrafo. Para efectos de definición y equivalencia de los anteriores títulos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1 del Artículo 10 del Decreto 2277 de 1.979 y en las disposiciones pertinentes del Decreto 80 de 1980.

Los Profesionales Universitarios que además de su título acrediten uno de los indicados en los literales a), b), c) y d) de este artículo, serán eximidos del curso de ingreso.

Por su lado, en el decreto 1278 de 2002 el acceso a la carrera docente de acuerdo con los artículos 8º y 12º se realiza a través de la aprobación de las pruebas establecidas en el concurso de méritos diseñado para tal fin, de la superación del periodo de prueba y de la calificación satisfactoria del examen de

desempeño que es elaborado con posterioridad. Una vez superado estos escaños, el maestro podrá ser inscrito en el escalafón docente.

Artículo 8°. Concurso para ingreso al servicio educativo estatal. El concurso para ingreso al servicio educativo estatal es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal.

Artículo 12. Nombramiento en período de prueba. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en período de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

El artículo 21º del decreto 1278 de 2002 establece los requisitos exigidos para poder ser inscrito y para poder ascender dentro del escalafón docente así:

Artículo 21. Requisitos para inscripción y ascenso en el Escalafón Docente. Establecen los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso

de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:

Grado Uno: a) Ser normalista superior;

b) Haber sido nombrado mediante concurso;

c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.

Grado Dos: a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;

b) Haber sido nombrado mediante concurso;

c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.

Grado Tres: a) Ser Licenciado en Educación o profesional;

b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;

c) Haber sido nombrado mediante concurso;

d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

Parágrafo. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Una vez inscrito, se considera ascenso pasar de un grado a otro dentro del Escalafón Docente, previa acreditación de requisitos y superación de las correspondientes evaluaciones de desempeño y de competencias, y existencia de disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, la expedición del decreto 1278 de 2002 además de propender por la profesionalización de los docentes con el fin de mejorar la calidad de la educación pública, también se dio con el objetivo de dar cumplimiento al mandato constitucional emanado por la Carta Política, que en su artículo 125 preceptúa que los empleos del Estado son de carrera y los nombramientos se realizarán mediante concurso público cuando no se haya determinado en la constitución otra forma de acceder a los mismos. “Por medio de la Carrera Administrativa lo que se buscaba era la elección de personal idóneo a través [de] un concurso de mérito [...]” (Núñez, 2015, p. 3).

La modificación en la forma como se accede a la carrera docente presupone una mayor transparencia, ya que el concurso de méritos se realiza en condiciones igualitarias y objetivas, en este sentido Sánchez y Silva (2011) expresaron que “[con] el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo” (p. 23). Sin embargo, el nuevo estatuto también colocó de relieve una mayor carga y obstáculos más severos para ingresar como docente en el servicio público educativo.

De igual manera, el objetivo de la promulgación del decreto 1278 de 2002 de acuerdo con Cifuentes (2013, p. 3) es el de cumplir con el mandato constitucional que establece que el Estado se encuentra en la obligación de mejorar la calidad de la educación. Del mismo modo, su implementación se fundamenta en el pasivo fiscal, ya que se hubieran visto afectadas las finanzas del sector, puesto que como lo indica la autora, el 90% de los recursos asignados a la educación pública se destinan al pago de la nómina de los maestros. Por lo tanto, con el nuevo estatuto

lo que se pretende es poder administrar y destinar mejor los recursos asignados “ya que uno de los motores del desarrollo de cualquier sociedad es sin lugar a dudas la formación de sus ciudadanos” (Ortiz, 2013, p. 2).

Otra diferencia que se presenta dentro de los dos estatutos, hace referencia a quien puede ser docente. Mientras que en el decreto 2277 de 1979, artículo 10º se estipula que prácticamente quienes pueden ingresar y ascender en los grados del escalafón son aquellos individuos que posean un título de normalista o de licenciado en educación, en el decreto 1278 de 2002, artículo 2º se establece que también podrán ejercer como profesores en el servicio público educativo aquellos sujetos con título distinto al de licenciado siempre y cuando acrediten al finalizar el periodo de prueba que cursan o han finalizado un postgrado en educación o han adelantado algún programa de pedagogía (Art. 12º, párrafo 1º).

De igual manera, existen diferencias en los mecanismos que cada uno de los estatutos preceptúa para la permanencia y el ascenso en el escalafón docente. Por ejemplo, en el decreto 2277 de 1979 la permanencia no se encuentra condicionada por la aprobación de una evaluación de desempeño y el ascenso a su vez, está condicionado por los años de antigüedad y la capacitación que el maestro posea en programas de postgrado. Cifuentes (2013, p. 11) explica, que si se adquiere un título distinto al que le sirvió al educador para inscribirse en el escalafón y siempre y cuando dicha titulación sea superior, por derecho podrá ser ascendido de grado en el escalafón. Esto quiere decir que la permanencia y el ascenso dentro de este estatuto se obtienen por derecho.

Por su parte, en el decreto 1278 de 2012 la permanencia se encuentra condicionada por la evaluación de desempeño, la cual deberá ser superada en un porcentaje igual o superior al 60%. Del mismo modo, el ascenso dependerá de los resultados de la evaluación de competencias que deberá ser aprobada en un 80% o superior para poder ascender de un escalafón a otro, además de acreditar 3

años de antigüedad en el escalafón y la obtención de un título en especialización, maestría o doctorado.

Como consecuencia de lo anterior, se genera a su vez una diferencia entre las circunstancias estipuladas para la no permanencia del docente y la exclusión del mismo del escalafón. Es así, que el artículo 28º del decreto 2277 de 1979 establece que los factores determinados para la exclusión del escalafón son la ineficiencia profesional o la mala conducta comprobada.

Mientras que en el decreto 1278 de 2002, la exclusión del escalafón se da por las causales genéricas del artículo 63º (renuncia, incapacidad continua superior a 6 meses, pérdida de la capacidad laboral, por muerte del docente, entre otras) y además, se excluye al educador cuando el mismo no supere el periodo de prueba o cuando obtenga una calificación inferior al 60% en la evaluación de desempeño durante dos años consecutivos. En palabras del Ministerio de Educación (2014):

Los docentes vinculados mediante el decreto ley 1278 de 2002 tienen derecho a la estabilidad si el cual se fundamenta necesariamente en el mérito, ello hace posible la desvinculación de los educadores por no superar en dos ocasiones consecutivas, la evaluación anual de desempeño laboral docente. (p. 3)

De igual manera, la exclusión puede proceder por el abandono del cargo de acuerdo con lo estipulado por el Código Único Disciplinario. Sobre esta última causal, Fajardo (2015) expresó que:

La declaratoria de vacancia del empleo en el caso del abandono del mismo (también llamado simplemente abandono del cargo), se presenta cuando el funcionario no reasume sus funciones; deja de presentarse al trabajo en los plazos ya establecidos por la ley; no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones comisión; deja de concurrir al trabajo

por tres días consecutivos; se abstiene de prestar servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo; no ejerce las funciones del empleo del cual es titular. Cuando el empleado público se encuentra en servicio activo, esto es, falta al trabajo sin justa causa, incurre en el abandono del cargo y puede generar una apertura del correspondiente proceso disciplinario. (p. 86)

Como se logra apreciar, mientras que en el decreto 2277 de 1979 la permanencia y al ascenso dentro del escalafón docente se da por derecho, en el decreto 1278 de 2002 esta situación se encuentra condicionada a la idoneidad que se demuestra a través de la aprobación de la evaluación de desempeño y de la superación de las pruebas que evalúan las competencias del educador.

De igual manera, se puede deducir que las causales de exclusión del escalafón son más numerosas y más drásticas en el nuevo estatuto, incluso, la nueva reglamentación a diferencia de la que le antecede, no permite que el docente continúe en el cargo una vez haya recibido la pensión de vejez. Mientras que, la antigua disposición de acuerdo con su artículo 68º no estipulada la obtención de la jubilación como causal del retiro del servicio., por lo tanto, el educador podía seguir ejerciendo sus funciones hasta la edad de retiro forzoso.

Finalmente, otra diferencia que se evidencia al interior de los dos estatutos docentes, es la asignación salarial que se asigna de acuerdo con el escalafón en el que se encuentre el educador. Para comprobar dicha situación, esta investigación se remitió a los decretos 122 de 2016 y 120 de 2016 que regulan la remuneración de los servidores públicos regidos por el decreto 2277 de 1979 y 1278 de 2002 respectivamente³, allí se encontró por ejemplo, que la asignación

³ Este ha sido el último incremento salarial que han recibido los docentes al momento de la elaboración de esta investigación. En el año 2017 no se les ha hecho ningún incremento en su remuneración, situación que ha sido una causal de protestas al interior de los sindicatos y federaciones que agrupan a los docentes del sector público.

mínima y máxima que se asigna a los docentes regulados por el antiguo estatuto es de \$765.581 y \$3.120.336, mientras que en el nuevo estatuto, la remuneración mínima y máxima es de \$1.290.757 y \$6.137.508.⁴

Por lo tanto, son varias las diferencias que se evidencian entre los estatutos docentes que se encuentran vigentes en la actualidad, haciéndose patente que el decreto 1278 de 2002 en comparación con la disposición que le antecede es mucho más gravoso en cuanto a las condiciones laborales que le impone a los educadores, especialmente en materia de ingreso, ascensos y permanencia en la carrera.

Sin embargo, se aprecia a su vez que esta reglamentación promueve una mayor calidad de la educación pública, ya que propende porque el docente obtenga mejor formación académica, lo que equivale a que el profesor adquiera mayores competencias, situación que se determina a través de las evaluaciones que se estipularon en el decreto 1278 de 2002. Esto último, es la otra gran diferencia hallada entre los dos estatutos, mientras en uno no existe la evaluación, en el otro se erige como elemento fundamental dentro de la carrera del educador. En palabras de Callejas (2013):

Las políticas que se formulan para regular la evaluación docente más que emplearse para controlar la inversión económica que hace el Estado también pueden emplearse para buscar una mejora de la calidad educativa a través del reconocimiento de la labor docente y de esta manera proporcionar espacios para que los profesores se interesen por fortalecer su práctica pedagógica. (p. 8)

El problema es que el Estado no estimula ni patrocina la formación de los docentes de la forma como debería hacerlo, por lo tanto, son los educadores los

⁴ Remuneración salarial mínima se asigna al grado y nivel más bajo del escalafón docente y la remuneración máxima se asigna al educador que alcanza el último grado y nivel del escalafón.

que tienen que sufragar los elevados costos que representa la obtención de un título de postgrado y aun así, esto no asegura que el docente pueda acceder fácilmente a un ascenso dentro del escalafón. Situación que a su vez, no permite que el educador obtenga un incremento en su calidad de vida, viéndose beneficiado solo el Estado al contar con personal altamente calificado pero contratado con salarios muy bajos.

2. Regímenes pensionales de los docentes.

Al igual que como ocurre con los estatutos docentes, en materia pensional también existen dos regímenes que establecen los requerimientos que debe cumplir un educador para que le pueda ser otorgada una pensión de vejez. El primer régimen que se puede observar, es el que se reglamenta a través de la ley 91 de 1989 por medio de la cual, se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es lo que se conoce como el régimen exceptuado del magisterio que dispone de unos requisitos menos gravosos con el fin de que el docente logre acceder a la prestación.

Por otro lado, se encuentra el régimen regulado por el artículo 81 de la ley 812 de 2003, el cual dispone que a todos aquellos docentes que sean vinculados al Magisterio a partir de la expedición de dicha norma, se les aplicará el régimen de prima media con prestación definida dispuesto por la ley 100 de 1993 (régimen general), que contiene requisitos más gravosos para que el educador pueda acceder a la pensión de vejez.

Ahora bien, no es objetivo de esta investigación analizar los fundamentos jurídicos, sociales, políticos o económicos que motivaron la implementación de un nuevo régimen pensional, ya que lo que se busca, es realizar un análisis de las diferencias que se presentan entre las dos normas con el fin de evidenciar que tan gravosos son los requisitos que exige una de las prerrogativas frente a la otra al momento de otorgar una pensión de vejez.

A su vez, que busca determinar de qué manera afectó esta situación a los docentes que se vieron obligados a acogerse al nuevo régimen sin importar que vinieran prestando sus servicios como maestros del sector oficial en virtud del decreto 2277 de 1979 (Antiguo estatuto docente).

2.1. Régimen de la ley 91 de 1989 aplicable a los docentes regulados por el decreto 2277 de 1979.

Los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo mediante el decreto 2277 de 1979, tienen derecho a pensionarse bajo criterios que son menos gravosos a los que se disponen para los maestros vinculados a través del nuevo estatuto. De acuerdo con el Consejo de Estado, el régimen excepcional en materia pensional aplicable a los educadores regidos bajo estas normas se encuentra destinado a extinguirse en el tiempo, sin embargo, el mismo no terminará hasta que el último de los profesores se haya pensionado (Concepto del 10 de septiembre de 2009, radicado 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), C.P William Zambrano Cetina).

Por lo tanto, la ley 81 de 1989 en materia pensional dispone como requisito para que el educador logre acceder a la pensión de vejez, que este haya prestado sus servicios al sector público educativo por un periodo mínimo de 20 años y que así mismo, tenga una edad de 55 años, independientemente si es hombre o mujer. Sin embargo, en virtud de la ley 33 de 1985 la cual estableció un régimen de transición, se especifica que quienes hayan cumplido 15 años de servicios continuos o discontinuos a fecha 13 de febrero de 1985 se pensionarán con 50 años de edad.

[...] por lo tanto, si algún empleado público cumple lo reglado en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a percibir una pensión de jubilación con 50 años de edad; y 20 años de servicios en los términos del literal (b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945. (Alvarado, 2015, p. 20)

Lo anterior es debido a que la ley 6ª de 1945 tal y como lo menciona el autor anteriormente citado, determinó que los empleados y obreros nacionales se pensionarían a la edad de 50 años de edad y 20 años de servicios. Posteriormente, los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 establecieron que todos los empleados públicos y del sector oficial del orden nacional se pensionarían a los 55 años si es varón y a los 50 años si es mujer, más 20 años de servicios prestados. Por lo tanto, el régimen de transición del que habla la ley 33 de 1985 aplica para las mujeres docentes nacionales, ya que “[el] hombre nacional siempre se pensiona a los 55 años” (FOMAG, 2015, p. 17).

En conclusión, los requisitos para pensionarse en el régimen exceptuado del magisterio son: haber cumplido una edad de 55 años más 20 años de servicios prestados como docente oficial. Así mismo, el artículo 15º, numeral 2º, literal A de la ley 91 de 1989, establece que el monto de la pensión que se le reconocerá al educador, corresponde al 75% del salario devengado por el docente durante el último año de servicio.

Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6, Ley 60 de 1993

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. **Ver Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil**

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por

las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.**

- A. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.** (Negrillas y subrayas dentro del texto)

Se puede observar a su vez, que el artículo citado también hace referencia a la pensión de gracia, la cual “se creó como una dádiva que otorga el estado a todos aquellos docentes que en su momento tenían salarios muy bajos y sus nombramientos eran del orden municipal” (Castañeda y Vargas, 2013, p. 1), en el entendido que la misma ya no se le reconocería a los maestros que se hubieran vinculado a partir del 1º de enero de 1981 y para quienes se vincularan desde el 1º de enero de 1990. Por lo tanto, los educadores tendrían derecho a recibir una sola prestación cuando cumplieran los requisitos antes mencionados, eliminando de esta manera una prestación que disfrutaban muchos profesores y que es compatible con la pensión de vejez.

Por otro lado, existen otras prestaciones económicas en materia pensional a las que tienen derecho los docentes vinculados y regulados bajo el decreto 2277 de 1979. Entre ellas es posible encontrar por ejemplo, la pensión *postmortem* 20 años, esta prestación se concede de forma vitalicia a los beneficiarios del docente fallecido que hubiese prestado sus servicios de manera continua o discontinua en el servicio público educativo durante 20 años pero sin cumplir la edad requerida para pensionarse, se otorga por valor del 75% del promedio salarial devengado por el educador durante el último año anterior su fallecimiento.

De igual manera, se encuentra la pensión *postmortem* 18 años, esta prestación se otorga por 5 años a los beneficiarios de los docentes fallecidos que hubiesen prestado sus servicios de forma continua o discontinua en el servicio público educativo por un periodo de 18 años sin que cumpliera el requisito de la edad, se otorga por un valor correspondiente al 75% del último salario mensual devengado por el educador antes de su fallecimiento.

De las dos prestaciones nombradas con anterioridad, se puede entender que si el docente fallece sin cumplir la edad requerida para pensionarse y adicional a ello, sin cumplir mínimo 18 años de servicio en el Magisterio, sus beneficiarios no tendrán derecho a recibir ningún tipo de pensión, ni ninguna prestación económica

que les proteja frente a las eventualidades que trae tras de sí la muerte del educador.

Otra prestación económica que es posible hallar dentro del régimen exceptuado del magisterio, es la sustitución pensional, dicha pensión se otorga a los beneficiarios del docente que fallezca cumpliendo con los requisitos para obtener una pensión de vejez o que fallezca mientras disfrutaba de ella. Se concede por un valor equivalente al 100% de la mesada pensional a la que tenía o estaba disfrutando el educador fallecido.

Igualmente se encuentra lo que se denomina como la reliquidación pensional, esta prestación se otorga al docente en virtud del derecho que tiene de poder seguir laborando hasta la edad del retiro forzoso, así estuviera disfrutando del derecho a la pensión de vejez. Por consiguiente, cuando el educador finalmente se retire del servicio podrá solicitar por una sola vez que se le re liquide su pensión de acuerdo con el promedio salarial percibido durante el último año de servicio, y se concede por un valor correspondiente al 75%.

Por último, se quiere mencionar dentro de esta investigación la pensión de invalidez que se otorga al interior del régimen exceptuado del Magisterio y que también es muy diferente a la que se concede en el sistema general de pensiones de la ley 100. La pensión de invalidez la tienen “en forma temporal o vitalicia todo docente oficial que estando vinculado al servicio activo se halle en situación de invalidez perdiendo su capacidad laboral en un porcentaje no inferior al 75%”. (Sotelo, 2014, p. 45). La prestación se confiere de manera temporal o vitalicia y su equivalente se determina de acuerdo con el grado de la pérdida de capacidad laboral. De acuerdo con el artículo 63º del decreto 1848 de 1969, la cuantía de la pensión es del 50% del último salario devengado, cuando la incapacidad exceda del 75% pero sin que supere el 95%, se concederá un 75% y cuando la incapacidad sea superior al 95%, la pensión será igual al último salario devengado.

2.2. Régimen pensional docente de la ley 812 de 2003.

Este régimen se aplica a los educadores que se encuentran regulados por el decreto 1278 de 2002. Especifica la ley 812 de 2003 en su artículo 81º, que los docentes que se vinculen al servicio público educativo a partir de la promulgación de dicha norma, se pensionarán de acuerdo con lo estipulado por el régimen solidario de prima media con prestación definida que se encuentra consagrado en la ley 100 de 1993 y en la ley 797 de 2003. Según (Legis, 2012, pág. 70), citado por (Benítez, 2015, p. 33):

El régimen de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales.

Dicho régimen se elevó a rango constitucional mediante el acto legislativo 01 de 2005 a través del cual, se incorpora el principio de sostenibilidad financiera que debe ser tenido en cuenta en toda reglamentación que se formule sobre el sistema pensional colombiano. En palabras de Duque, N. y Duque, S. P. (2016), con esta disposición mencionada que se usó para modificar la Constitución Política, se incorporó en la Carta Mayor:

[...] el principio de sostenibilidad financiera, que no obstante, no definirse en sí mismo de forma explícita, si ordena al Estado garantizar la sostenibilidad financiera de las pensiones y condicionar a nuevas reformas del sistema pensional a que de manera obligatoria se rijan bajo este principio constitucional. (p. 44)

Hay que aclarar también, que el acto legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada 14 exceptuando esta disposición a quienes reciban un pensión que no supere los

3 salarios mínimos legales mensuales y siempre y cuando la misma se hubiera causado antes del 31 de julio del 2011 (Art. 1º, párrafo transitorio 6º), ellos seguirán recibiendo 14 mesadas al año.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos dispuestos para acceder a la pensión bajo el régimen solidario de prima media, la ley 100 establece que se deben haber cotizado 1300 semanas, lo que equivale alrededor de 25 años de cotización y adicional a ello, haber cumplido 57 años edad si se es mujer y 62 años de edad si se es hombre (Art. 33º). Con referencia al monto de la pensión, determina el artículo 33º que el valor de la mesada pensional oscilará entre un 55% y máximo un 80% del ingreso base de cotización que se calcula de acuerdo con el promedio de los ingresos percibidos durante los últimos 10 años, sin que el valor que se asigne sea inferior al salario mínimo mensual vigente.

Sin embargo, la única excepción que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 preceptuó como beneficio para los docentes, especialmente hombres, es que la edad para pensión será de 57 años, independiente del sexo del profesor. Un requisito menos gravoso en comparación con el estipulado en el régimen de prima media, ya que en él se establece la edad es de 57 años para mujeres y 62 para hombres, no obstante, es mayor a la que exige el régimen dispuesto por la ley 91 de 1989, el cual estipula que la edad de pensión será de 55 años tanto para hombres como para mujeres.

Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003. (Naranjo, 2009, p. 85)

Por otro lado, el porcentaje de la pensión se establece con respecto al número de semanas que el individuo cotice. Por cada 50 semanas cotizadas posteriores a las 1300 semanas mínimas exigidas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% sin

que supere como ya se mencionó, el 80% del ingreso base de cotización. No obstante, entre mayor sea el ingreso base de cotización, menor será el porcentaje que corresponda como pensión.

De la misma forma, se establece que cuando el cotizante no haya cumplido los requisitos para obtener la pensión y declare no poder seguir cotizando, se le otorgará una indemnización que sustituye la pensión de vejez. A continuación, se transcribe el artículo el cual explica la fórmula para calcular el otorgamiento de esta prestación.

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

En cuanto a la pensión de invalidez, que se define como la “prestación económica mediante la cual se pretende cubrir las contingencias ocasionadas por una enfermedad común o accidente de trabajo que impiden al afiliado el desempeño laboral” (Suárez, 2011, p. 39), establece la ley 100 que cuando el cotizante haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral tendrá derecho a recibir la prestación, sin embargo, esta no podrá ser superior al 75% del ingreso base de cotización así la incapacidad sea de un 100%. Además, se requiere haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los 3 años anterioridad a la incapacidad.

Finalmente, en cuanto a la pensión de sobrevivientes que se caracteriza por ser una prestación que se encuentra intrínsecamente relacionada con el derecho

fundamental a la seguridad social, se establece que siempre y cuando el causante haya cotizado un mínimo de 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, sus beneficiarios tendrán derecho a recibirla. Con referencia la pensión se sobrevivientes, Fajardo y Rodríguez (2013 se manifestaron de la siguiente manera:

Se puede inferir entonces que la pensión de sobrevivientes surge como una prestación que tiene por finalidad proteger al grupo familiar que puede quedar desamparado por la muerte de la persona que proveía el sustento del núcleo familiar, busca garantizar de esta derechos fundamentales como el mínimo vital y la dignidad humana de quienes dependían económicamente del trabajador o afiliado que falleció, siempre y cuando acreditan la calidad de beneficiarios. (p. 32)

Por consiguiente, la recibirán de forma vitalicia la cónyuge que tenga más de 30 años edad y que acredite una convivencia que no sea inferior a los 5 años con el causante (Art. 47, literal A), al igual que los hijos en situación de discapacidad mientras persista dicha circunstancia (Art. 47, literal C), a falta de hijos, cónyuge, compañera o compañero permanente la recibirán los padres si dependían económicamente del causante y a falta de todos los anteriores, se le concederá a los hermanos en condición de discapacidad si dependían económicamente del afiliado que falleció.

Por otro lado, de manera temporal la recibirán la cónyuge, compañera o compañero permanente que sea menor de 30 años a quien se le otorgará por un periodo máximo de 20 años, siempre y cuando no tenga hijos con el causante; ya que de ser así, tendría derecho a recibir la pensión de forma vitalicia (Art. 47, literal B). Así mismo, se le concederá a los hijos menores de 18 de años y a los mayores de 18 años hasta los 25 años, siempre y cuando se encuentren estudiando y por lo tanto no laboren (Art. 47, literal C). El monto máximo de la pensión no podrá superar el 75% del ingreso base de cotización, llegar a este

porcentaje depende del monto de semanas cotizadas que tenga el causante después de las primeras 500 semanas que hubiera cotizado.

De lo anterior, se puede colegir que en cuanto a la pensión de vejez lo dispuesto para los docentes que se rigen por el decreto 2277 de 1979, contiene unos requisitos menos gravosos. Sin embargo, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, lo establecido por el régimen general de pensiones que aplica para los educadores regulados por el nuevo estatuto docente es mucho más beneficioso. Así que puede decirse, que cada uno de los regímenes tiene sus pros y sus contras en materia pensional.

3. Derechos adquiridos por los docentes vinculados en provisionalidad.

Los derechos adquiridos como bien explica la Corte Constitucional, implican que una ley posterior no puede contener ninguna clase de efectos retroactivos que de alguna forma vulneren circunstancias jurídicas que ya han sido creadas y que se encuentran consolidadas, en palabras de la Corporación:

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. (Sentencia C- 168/95, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.)

A su vez, la sentencia T-945/16 especificó sobre los derechos adquiridos lo siguiente: *“configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona”*

En igual sentido, en la Sentencia C- 242/09, la Corte especifica que los derechos adquiridos “no puede ser desconocidos por leyes ulteriores”. Es así que los derechos adquiridos representan un situación jurídica que ya se ha creado y

consolidado con anterioridad a la expedición de una nueva ley, a la cual no se le permite la aplicación de sus efectos de forma retroactiva con el fin de eliminar, excluir, descartar, prescindir, exceptuar prerrogativas que ya han sido reconocidas bajo una ley que posterior en el tiempo.

Por lo tanto, de lo que se ha logrado evidenciar al analizar los estatutos que regulan las relaciones laborales entre los educadores y el Estado como por ejemplo, el ingreso, permanencia y ascensos dentro de la carrera docente, así como la clasificación de los maestros al interior del escalafón y los ingresos salariales que obtienen ellos por el grado o nivel en el que se hallen. Así como, al analizar los regímenes dispuestos en materia pensional que se encuentran vigentes actualmente y que regulan todo lo referente a la obtención de la pensión de vejez y demás prestaciones que se deriven de este derecho. Se puede colegir que son varios los derechos adquiridos por los maestros que estuvieron vinculados al servicio público educativo a través de nombramientos en provisionalidad o por orden de prestación de servicios y que se encuentran siendo transgredidos debido a su exclusión en virtud de la aplicación de las normas que establece el nuevo estatuto.

En primer lugar, se evidencia que los docentes al verse obligados a vincularse con el decreto 1278 de 2002 con el fin de quedar nombrados en propiedad, perdieron muchas facilidades que el decreto 2277 de 1979 le otorga a los maestros regulados bajo esa norma, especialmente, en cuanto a la permanencia y a los ascensos que por derecho tiene los educadores regidos bajo el antiguo estatuto, ya que el nuevo reglamento impone una serie de obstáculos y amenazas a su estabilidad laboral. Ejemplo de ello, es la evaluación de desempeño anual que se erige como una causal para que el profesor sea apartado de su puesto si este no la logra aprobar en dos ocasiones consecutivas con una calificación que supere el 60%.

Dicha evaluación es una imposición arbitraria para los docentes que se encontraban vinculados con el decreto 1278 de 1979 bajo las condiciones mencionadas, puesto que el antiguo estatuto no dispone de esta condición para que el profesor pueda permanecer en la carrera docente, pues en el decreto 1278 de 1979 basta con observar una buena conducta y una eficiencia a nivel profesional sin necesidad de que esta deba ser demostrada mediante una evaluación que muy probablemente no sea objetiva.

Igual situación ocurre con la evaluación de desempeño, los docentes vinculados mediante ordenes de prestación de servicios y nombramientos en propiedad en virtud del decreto 1278 de 1979 perdieron el derecho a poder ascender dentro del escalafón de acuerdo a la antigüedad que tuvieran en cada uno de los grados del mismo, Lo anterior, es debido a que el decreto 1278 de 2002 determinar unos requisitos más gravosos para que los educadores pueda ascender dentro del escalafón.

Los requisitos que impone el nuevo estatuto docente se convierten en óbice para que los maestros puedan a su vez, mejorar su calidad de vida, ya que la carrera docente y el grado del escalafón en que se encuentren repercuten de manera directa en los proyectos de vida del profesor. Mientras que, con el antiguo estatuto basta la antigüedad o acreditar un título de posgrado, con el nuevo estatuto esa antigüedad y el alcanzar una especialización, maestría o doctorado no son garantía de que el docente pueda mejorar su nivel de ingresos, circunstancia que se logra a través de un ascenso dentro del escalafón. Esto se debe a que es necesario esperar las convocatorias que realice el Estado y dependerá también de la aprobación de la evaluación de competencias, situaciones que no se estipulan en el decreto 1278 de 1979.

Por otro lado, en materia pensional se evidencia que los requisitos que le impone el nuevo régimen preceptuado por la ley 812 de 2003 al docente que desea acceder a la pensión de vejez son muchos más gravosos en comparación

con los estipulados por la ley 91 de 1989 la cual se aplica a los educadores regulados por el decreto 1278 de 2002. Por lo tanto, es otro derecho que los maestros vinculados por orden de prestación de servicios o por nombramiento en provisionalidad adquirieron al prestar sus servicios al magisterio con anterioridad a la expedición del nuevo estatuto docente.

Igual situación ocurre con el derecho que adquirieron estos docentes de poder seguir trabajando hasta la edad de retiro forzoso una vez que logren la pensión de vejez, circunstancia que se encuentra relacionada con el derecho que tiene el educador a que su pensión de vejez sea re liquidada una vez que se retire del servicio. En este caso, ambos derechos fueron cercenados por el nuevo estatuto el cual dispone la incompatibilidad de la pensión de vejez con el ejercicio del cargo docente y su respectiva y merecida remuneración.

Quizás, la única prestación que se considera más beneficiosa para los docentes que están siendo obligados a regirse por el régimen general de pensiones; se presenta en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que en este régimen no se exige una carga tan gravosa como la de haber prestado servicios durante 18 o 20 años para poder acceder a este tipo de pensión. Solo se requiere, el haber cotizado 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores al fallecimiento del educador.

No obstante, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional en virtud del principio de favorabilidad ha permitido y ordenado que se les reconozca esta prestación a los educadores que se encuentran regidos por el régimen excepcional. Si esto es así, de la misma manera debería reconocérsele a los docentes objeto de esta investigación los derechos que adquirieron por haber prestado sus servicios al Magisterio antes de la expedición del nuevo estatuto docente.

Conclusiones.

Se hace necesario, que en vista de la negativa del Gobierno en conceder las peticiones que realizan los sindicatos y agrupaciones de docentes oficiales en cuanto a que se unifiquen los estatutos docentes y que se deje una sola reglamentación que contenga garantías en condiciones de igualdad para todos los maestros del sector público educativo. Que el tema sea apropiado por las altas Cortes con el fin de que se reconozcan en virtud del principio de favorabilidad aquellos derechos que fueron adquiridos por los docentes vinculados bajo orden de prestación de servicios o mediante nombramiento en provisionalidad.

Este principio de acuerdo con lo expresado por Barona (2010), implica que “cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplican a la solución del mismo caso, en este evento se aplica la norma más favorable al trabajador” (p. 253). Por lo tanto, es claro que la norma más favorable con la que se debió nombrar en propiedad a los docentes que ya prestaban sus servicios en el sector público educativo era el decreto 2277 de 1979 y no el nuevo estatuto de profesionalización docente que contiene estipulaciones más gravosas para los educadores.

La aplicación del nuevo estatuto docente y por consiguiente, la aplicación del régimen de prima media a los educadores que se encontraban vinculados a través de nombramiento en provisionalidad o por OPS es situación que va en contravía del derecho a la igualdad estipulado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política, y de la misma forma, vulnera el artículo 53 de la Carta que especifica que ni la ley, ni los contratos, ni los acuerdos o convenios de trabajo podrán menoscabar los derechos de los trabajadores.

Por lo tanto, la únicas opciones que quedan como mecanismos de defensa para la restitución de las prerrogativas de estos maestros, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción de tutela, ya que el gobierno no tiene la

intensión de expedir un nuevo estatuto de profesionalización docente en donde se unifiquen los ya existentes y se corrijan los yerros que atentan contra los derechos adquiridos por los educadores.

Además, entendiendo la literalidad del artículo 81 de la ley 812 de 2003, cuando especifica que el régimen de prima media con prestación definida de la ley 100 aplica para aquellos docentes que se vinculen a partir de la fecha de expedición de dicha norma o para quienes de forma voluntaria aceptaran las disposiciones emanadas por el nuevo estatuto. Se entiende entonces, que las estipulaciones descritas por la ley 91 de 1989 que son más favorables para el profesor, se les seguirán aplicando a quienes estuvieran vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003 con el Magisterio.

Es este, el caso de los docentes que se hallaban vinculados mediante nombramiento en provisionalidad o por orden de prestación de servicios, quienes pueden invocar a su favor la aplicación del decreto 1278 de 1979 ya que en virtud de dicha norma se encontraban escalafonados y se vieron obligados a acatar lo establecido por el nuevo estatuto con el fin de ser nombrados en propiedad, más no porque lo hubieran hecho por voluntad propia de acuerdo con lo que el decreto 1278 de 2002 preceptúa.

Hay que tener en cuenta a su vez, que para poder ser vinculados mediante nombramiento en propiedad con el decreto 1278 de 2002, los educadores debieron aprobar un concurso de méritos, lo que equivale a una dimisión del ejercicio de su cargo en provisionalidad o por OPS para tomar posesión de otro en propiedad, pero no significa esto, la renuncia de la profesión. Sumado a lo anterior, el decreto 2277 de 1979 no establece que la renuncia signifique la pérdida del escalafón (Art. 69), por lo tanto, aquellos profesores siguen estando inscritos al escalafón docente del antiguo estatuto y así mismo, conservan los derechos prestacionales en materia pensional que se estipulan en el régimen exceptuado del Magisterio.

Por lo tanto, tienen unos derechos adquiridos que deben ser reconocidos y recuperados en virtud de mandatos constitucionales como la igualdad y como “la situación más favorable al trabajador en caso de aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho que dispone el artículo 53 superior. Así también lo ha establecido la Corte Constitucional cuando en sentencia C- 314/07, se refirió al tema en las siguientes palabras:

Los derechos adquiridos de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979, se predicán en relación con dicho régimen necesariamente, y no con el nuevo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002. Y ello por cuanto es apenas lógico que el nuevo régimen no se aplique a quienes se vincularon antes de la promulgación del Decreto Ley 1278 de 2002, pues la expedición de un nuevo régimen de carrera docente no puede significar el desconocimiento de los derechos adquiridos por el personal cobijado por el Estatuto Docente anterior.

En consecuencia, le corresponde a esta corporación o al Consejo de Estado pronunciarse de cara a la situación pensional de los educadores que se encontraban vinculados bajo el antiguo estatuto docente en las condiciones mencionadas durante esta investigación. Lo anterior, con el fin de que le sean reintegrados sus derechos.

Referencias.

Bibliográficas:

- Almario, M. (2016). Estabilidad y garantías de los derechos laborales de los funcionarios y empleados del sector judicial en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), pp. 93-112. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1177/1164
- Alvarado, L.H. (2015). *La unificación y extensión de la jurisprudencia del consejo de estado en el régimen de transición pensional en Colombia*. Trabajo de grado Maestría, Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6344/1/Alvarado%20Guzm%C3%A1n%20Luis%20Humberto%202015.pdf>
- Barona, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, (2). Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf
- Bautista, M. (2009). La profesionalización docente en Colombia. *Revista Colombiana de Sociología*, 32(2), pp. 111-132. Recuperado de <http://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/12705/13316>
- Benítez, D. C. (2015). *Aplicabilidad del derecho a la seguridad social como derecho fundamental de las personas de la tercera edad frente a la pensión familiar*. Trabajo de grado, Universidad de la Costa CUC. Recuperado de <http://repositorio.cuc.edu.co/xmlui/bitstream/handle/11323/485/TESIS%20-%20DIANA%20BENITEZ%20%28ANALISIS%20LEY%20PENSI%C3%93N%20FAMILIAR%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Castañeda, L & Vargas, C. (2013). *Detrimento del patrimonio público de la nación frente al reconocimiento de la pensión gracia*. Trabajo de grado especialización, Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11220/1/VargasDazaClaudiaLiliana2013.pdf>
- Cifuentes, C. (2013). *Estatuto de Profesionalización Docente en Colombia Análisis de los dos estatutos vigentes (Decreto 2277 de 1979 y Decreto 1278 de 2002). Diferencias en la labor docente*. Trabajo de grado maestría, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/41993/1/428305.2013.pdf>
- Cuenca, R. (2015). *Las carreras docentes en América Latina. La acción meritocrática para el desarrollo profesional*. Santiago de Chile: Unesco. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002440/244074s.pdf>
- Duque, N. y Duque, S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Iuris*, 12(1), pp. 40-45. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v12n1/v12n1a04.pdf>
- Fajardo, C. B. (2015) *Servidores públicos del Estado con especial protección constitucional. Políticas de prevención del daño antijurídico en relación con su retiro del servicio*. Trabajo de grado Maestría, Universidad del Rosario. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11526/Claudia%20Bologna%20Tesis%20version%202015%20trabajo%20completo%20....pdf?sequence=1>
- Fajardo, L. C. & Rodríguez, N. D. (2013). *Análisis de la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo*. Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia. Recuperado de

<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1053/4/ANALALISIS%20D E%20LA%20PENSION%20DE%20SOBREVIVIENTES%20ENTRE%20PAR EJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20CON%20NORMAS.pdf>

FOMAG. (2015), *Manual Operativo de Prestaciones Económicas Secretarías de Educación*. Bogotá, Colombia: Fiduprevisora. Recuperado de <http://fomag.gov.co/flip/Manual-prestaciones-economicas/files/assets/common/downloads/publication.pdf>

Ministerio de Educación. (2014). *Desarrollo de la carrera docente*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-191109_archivo_pdf_desarrollos_carrera.pdf

Naranjo, D. P. (2009). *Los regímenes pensionales y exceptuados frente al acto legislativo 01 de 2005*. Trabajo de grado, Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/89/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL.pdf?sequence=1>

Núñez, Y. J. (2015). *Vinculación de los servidores públicos a la carrera administrativa*. Trabajo de grado especialización, Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7108/1/trabajo%20de%20grado%20.pdf>

Ortiz, E. (2013). *Aspectos de la crisis de financiación en la educación superior en Colombia*. Trabajo de grado especialización, Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12467/1/ASPECTOS%20DE%20LA%20CRISIS%20DE%20FINANCIACION%20EN%20LA%20EDUCACION%20SUPERIOR%20EN%20COLOMBIA.pdf>

- Rendón, L. M. (2010). El régimen de seguridad social de los docentes de educación básica y media vocacional según el principio de inescindibilidad. *Revista CES (Derecho)*, 1(1). Medellín, Colombia. Recuperado de <file:///C:/Users/Pao%20y%20Edwin/Downloads/Dialnet-EIRegimenDeSeguridadSocialDeLosDocentesDeEducacion-4863622.pdf>
- Rivera, L. J. (2014). *Los estatutos docentes y su incidencia en la autorización y exteriorización de la profesión docente en Colombia*. Trabajo de grado maestría, Universidad Pedagógica Nacional. Recuperado de <http://repositorio.pedagogica.edu.co/xmlui/bitstream/handle/123456789/1010/TO-17197.pdf?sequence=1>
- Sánchez, Y. P & Silva, F. A. (2011). *La efectividad del concurso de méritos en la rama judicial distrito judicial del Caquetá*. Trabajo de grado Maestría, Universidad Libre. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6057/SanchezMendiettaYicedPatricia2011.pdf?sequence=1>
- Sotelo, H. R. (2014). *Régimen jurídico de las mesadas pensionales. Un estudio al descuento a la mesada adicional de la pensión de jubilación de Magisterio*. Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1994/1/R%C3%89GIMEN%20JUR%C3%8DDICO%20DE%20LAS%20MESADAS%20PENSIONALES.%20UN%20ESTUDIO%20AL%20DESCUENTO%20A%20LA%20MESADA%20ADICIONAL%20DE%20LA%20.pdf>
- Suárez, A. M. (2011). *La pensión de invalidez en Colombia*. Trabajo de grado, Universidad Libre. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9299/LA%20PENSI%C3%93N%20DE%20INVALIDEZ%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1>

Zegarra, F. (2013). La estabilidad laboral. *Derecho PUCP*, 0(40), PP. 309-328.
Recuperado de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6274>

Jurisprudenciales:

Corte Constitucional, sala plena, sentencia C- 168 del 20 de abril de 1995, expediente D- 686. Magistrado Ponente; Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia c- 314 del 3 de mayo de 2007, expediente D-6477. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálviz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-242 del 1º de abril de 2009, expediente D-7388. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-078 de 2012, expediente D-8584. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala séptima de revisión. Sentencia T-045 del 1o de febrero de 2016, expediente T-5189723. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretel Chaljub. Bogotá, Colombia.