



UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MESADAS PENSIONALES. UN ESTUDIO AL
DESCUENTO A LA MESADA ADICIONAL DE LA PENSIÓN JUBILACIÓN DEL
MAGISTERIO**

HARBY RENÉ SOTELO GRANADOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Facultad De Derecho

Bogotá, D.C. - Colombia

Diciembre de 2014

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MESADAS PENSIONALES. UN ESTUDIO AL
DESCUENTO A LA MESADA ADICIONAL DE LA PENSIÓN JUBILACIÓN DEL
MAGISTERIO**

HARBY RENÉ SOTELO GRANADOS

Monografía presentada como requisito para optar al título de:
ABOGADO

Director

DR. JAVIER EDUARDO ALMANZA JUNCO

Línea de Investigación: **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:
Investigaciones Socio jurídicas**

Universidad Católica de Colombia
Facultad de Derecho
Bogotá, D.C. - Colombia
2014



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

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

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

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

Usted es libre de:



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

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.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Firma del Tutor

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá, D.C. Diciembre de 2014

Dedicatoria

A mi señora madre y a la memoria de mi abuela

AGRADECIMIENTO

A ti Mama Pacha, a mi familia (siempre ha estado ahí), especialmente Zuly, Sofía y Joel, a mi Sarita.

A los Doctores A los Vergara, Almanza y Dra. Palacio Bueno.

A la Universidad Católica de Colombia, por haberme aceptado a ser parte de ella e inculcar moral, valores y conocimientos en el mundo del Derecho, a mis compañeros por el apoyo.

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| 1. MARCO TEÓRICO | 13 |
| 1.1 Delimitación del problema..... | 13 |
| 1.2 Justificación..... | 17 |
| 1.3 Antecedentes del problema | 18 |
| 1.4 Marco Conceptual | 22 |
| 2. ESTADO DEL ARTE | 24 |
| 3. OBJETIVO GENERAL..... | 28 |
| 4. EL DISEÑO METODOLÓGICO..... | 28 |
| 4.1 Hipótesis:..... | 28 |
| Recolección de información: | 29 |
| 5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MESADA PENSIONAL. | 32 |
| 5.1 LA MESADA PENSIONAL..... | 32 |
| 5.2 APORTES PARA FINANCIAR LA MESADA PENSIONAL..... | 32 |
| 6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DESCUENTOS PENSIONALES..... | 36 |
| 6.1 NOCIONES GENERALES..... | 36 |
| 6.2 CONCEPTO DE DESCUENTO PENSIONAL | 38 |
| 6.3 DEL DESCUENTO EN LAS MESADAS ADICIONALES | 41 |
| 7. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MESADA PENSIONAL DEL MAGISTERIO. | 42 |
| 7.1 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DEL MAGISTERIO | 42 |
| 7.1.1 Pensión Ordinaria..... | 42 |
| 7.1.2 Pensión Invalidez | 45 |
| 7.1.3 Pensión por Vejez | 50 |
| 7.1.4 Pensión por Aportes al (I.S.S. – Hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones) | 50 |
| 7.1.5 Pensión Gracia | 51 |
| 7.1.6 Reliquidación Pensional | 52 |
| 7.2 LEY 91 DE 1989 | 53 |
| 7.3 EN EXTENSO EL RÉGIMEN DE MAGISTERIO..... | 54 |

| | | |
|-----|--|----|
| 7.4 | MESADA ADICIONAL DE JUNIO PARA LOS DOCENTES – Marco legal. | 69 |
| 7.5 | MESADA ADICIONAL DE DICIEMBRE PARA LOS DOCENTES - Marco legal. | 73 |
| 8. | DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 74 |
| 8.1 | Nociones generales | 74 |
| 8.2 | Efectos de la interpretación constitucional | 78 |
| 8.3 | De la interpretación constitucional en materia laboral..... | 83 |
| 8.4 | De la inconstitucionalidad del descuento a las mesadas adicionales en la pensión del magisterio | 85 |
| 9. | CONCLUSIONES..... | 90 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 93 |

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MESADAS PENSIONALES. UN ESTUDIO AL
DESCUENTO A LA MESADA ADICIONAL DE LA PENSIÓN JUBILACIÓN DEL
MAGISTERIO**

RESUMEN

El presente estudio de caso tiene como finalidad calificar el panorama acerca del Régimen especial y exceptuado del Magisterio Colombiano, en específico el régimen jurídico de las mesadas de la Pensión de Jubilación establecida en la Ley 91 de 1989. Respecto a este Régimen se resalta la importancia que tiene la aplicación de Principios de carácter laboral aplicable a servidores públicos del Estado, teniendo en cuenta que se dan razones jurídicamente válidas para entender que existe violación al principio de igualdad por aplicación del régimen especial contrario a la aplicación y debida interpretación del régimen general de pensiones, y resultado de dicha interpretación corresponde la atenuación del Principio de Inescindibilidad de la norma en favor del trabajador.

De lo que se trata es realizar una somera ponderación de dichos principios, ya que se encuentran en conflicto en el caso bajo estudio y por lo tanto, el derecho a que a las mesadas pensionales de junio y diciembre de la precitada pensión del Magisterio, debe ser interpretado correctamente a la luz de la escrutinio de los principios en contradicción y del resultado de dicha examen.

Para desarrollar este planteamiento el trabajo se divide en cinco partes, en el primero se abordará de manera general el régimen jurídico de la mesada pensional, en segundo lugar se estudia el régimen jurídico de los descuentos pensionales, en tercer orden se analiza el régimen jurídico de la mesada pensional del magisterio, para continuar, en cuarto lugar con la interpretación constitucional y finalmente en quinto lugar se expondrá la inconstitucionalidad del descuento a las mesadas en la pensión del magisterio.

PALABRAS CLAVES. Pensión, Régimen Especial, Magisterio, Inescindibilidad, Mesada Pensional, Interpretación Constitucional.

ABSTRACT

This case study aims to describe the outlook for special and exempt from the Magisterium Colombian regime, especially the legal regime of allowances of Retirement Pension under Law 91 of 1989. With regard to this scheme highlights the importance which is the application of principles related to employment applicable to public servants of the State, taking into account given reasons legally valid to understand that there is violation of the principle of equality scheme is applied against the use and proper interpretation of the general scheme pensions, and the result of such interpretation is attenuation inescindibilidad principle of the rule in favor of the worker.

What is at issue is to perform a cursory consideration of these principles, as they are in conflict in the case under study and therefore entitled to the pension payments in June and December of the Magisterium must be correctly interpreted in light weighting of the principles at odds and the outcome of the weighting.

To develop this approach work is divided into five parts, the first will be discussed in general terms the legal status of the pension allowance, secondly the legal status of pension savings is studied, thirdly the legal framework for analyzing the monthly pension of teachers, to continue in fourth place with constitutional interpretation and finally fifth unconstitutional discount countertops expose the teachers pension.

KEYWORDS. Pension, Special Scheme, Teacher, Inescindibilidad, additional countertop, Constitutional Interpretation.

INTRODUCCIÓN

El Magisterio Colombiano se ha caracterizado por conquistar garantías salariales prestacionales desde la lucha sindical y jurídica, esta materialización está contenida en la Ley 91 de 1989, *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, disposición normativa que recoge las generalidades del Régimen del Magisterio y constituye la fuente legal donde se establecen dichas condiciones, con posterioridad se expide la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”*, reforma con la cual el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social; y en su artículo 279, establece las excepciones en su aplicación, entre las cuales se encuentra el régimen del magisterio en los siguientes términos: *“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 bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”*.

Disposición que al ser revisada por la Corte Constitucional en Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995, indicó que dicha excepción se entiende siempre y cuando no se vulnere el principio de igualdad y se le reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un beneficio similar. (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, instituye: “*El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”. El anterior recorrido normativo para establecer que la pensión reglada por el Régimen exceptuado del Magisterio se encuentra protegida y así como en el régimen general de seguridad social, goza de una especial protección debiendo considerar al derecho a la pensión, y por ende a todo lo accesorio a ella, como un verdadero derecho fundamental sin aplicar el criterio de conexidad, como en tiempos pasados solía entenderse el criterio de la pensión.

1. MARCO TEÓRICO

1.1 Delimitación del problema

La Ley 115 de 1994, señala en su artículo 2° el servicio educativo que comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.

En la lógica de este servicio educativo el ejercicio de la docencia es fundamental para que pueda brindarse y a partir de aquí que la carrera docente se comprenda como 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 y capacitación permanente dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente, (LEGIS, 1997, pág. 498).

Desde la particularidad de su servicio, el magisterio constituye un régimen especial que se manifiesta en términos de las prestaciones sociales a través de la Ley 91 de 1989, pero sólo fue con la expedición de la Ley 100 de 1993, ley que estableció el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, que los docentes quedaron con un Régimen de Seguridad Social Exceptuado, pues el artículo 279 de la misma los excluyó de la aplicación del Régimen General. (Rondón, 2010, pág. 2).

Posteriormente con la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional de los docentes, se dispuso que:

*“ARTICULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.
El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres...”

El citado artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el Decreto 3752 con vigencia a partir del 23 de diciembre de 2003¹, que en su artículo 3o. señaló:

¹ DECRETO 3752 DE 2003, “por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

“Artículo 3o. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente...”.

Consecutivamente, el Acto Legislativo 1 de 2005, en relación con el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, precisó en el párrafo transitorio 1o. del artículo 1o.:

"Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

...

Parágrafo transitorio 1o. 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 ésta. 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".

Finalmente, la Ley 1151 con vigencia a partir del 24 de julio de 2007² en su artículo 160 derogó expresamente el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 3752 de 2003, lo cual llevó a que, según se afirma en la consulta “... en Comité Jurídico realizado por [la] Fiduciaria con el Ministerio de Educación Nacional, se definió que a partir de la vigencia de la ley 1151 de 2007, se seguirían liquidando las pensiones, con todos los factores salariales, siempre y cuando los mismos estuviesen contenidos en las actas de liquidación de prestaciones (de nacionalizados y nacionales) y en los convenios (para docentes territoriales afiliados al fondo en virtud del decreto 196 de 1995). Esta decisión se informó a todas las Secretarías de Educación mediante la Circular No.006 de septiembre 20 de 2007”. (Concepto Consejo de Estado , 2011).

Luego de esta aproximación sobre el régimen especial de los docentes oficiales, es importante profundizar en ciertos aspectos de la misma a partir de los Principios Laborales que se encuentran en el sistema jurídico colombiano, éstos resultan primordiales a la hora abordar el derecho laboral, dado que posibilitan los medios de subsistencia, y la calidad de ésta, para el mayor número de la población; en razón de que son un factor económico del cual dependen de manera general el crecimiento y desarrollo económico; y en razón de que de ellos se desprenden variadas y complejas relaciones sociales concurrentes y divergentes en punto a los intereses que en ellas se traban, (Barona, 2010 , pág. 252).

Entre estos principios encontramos el de Inescindibilidad de la Ley Laboral con el cual no se permite tomar los beneficios de una ley para aplicarlos a una situación jurídica establecida en otra ley con lo cual se estaría creando una tercera situación jurídica

² LEY 1151 DE 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

diferente, esto en aplicación de los regímenes pensionales en nuestra legislación haría que se crearan regímenes alternos a cada aplicación de la Ley.

Tiene como alcance el presente trabajo de investigación llegar a la conclusión que el descuento que por concepto de salud que se aplica a las mesadas adicionales de Junio y Diciembre en la Pensión de Jubilación, establecida en la Ley 91 de 1989, para el Magisterio Colombiano constituye un descuento ilegal el cual debe ser retirado del ordenamiento jurídico y extensivo a la totalidad de docentes pensionados del Magisterio por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que de acuerdo a datos de la Federación Colombiana de Educadores (Fecode), 20 mil se están pensionando cada año en este régimen especial.

Dado lo anterior se establece como pregunta de investigación, ¿Procede la atenuación del Principio de Inescindibilidad de la Ley en el marco de la aplicación del descuento por salud de las mesadas adicionales – junio, diciembre - en la Pensión de Jubilación del Régimen Pensional especial del Magisterio establecido en la Ley 91 de 1989?

1.2 Justificación

La profesión docente es vital para la sociedad por el desarrollo cualitativo de la sociedad, sin embargo muy pocas veces han recibido un justo reconocimiento en materia laboral y pensional. Uno de tantos ejemplos lo constituye el descuento que por

concepto de salud se aplica a las mesadas adicionales de Junio y Diciembre en la Pensión de Jubilación, establecida en la Ley 91 de 1989, para el Magisterio Colombiano constituye un descuento ilegal que debe ser retirado del ordenamiento jurídico y extensivo a la totalidad de docentes pensionados del Magisterio por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La presentación del trabajo de investigación busca indagar el sentido de la vulneración del derecho a la Igualdad, vigente a la fecha, materializado en el descuento que por concepto de salud mencionado anteriormente, teniendo en cuenta que para otros regímenes y en especial para las pensiones consagradas bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, reformada por la ley 797 de 2002, este descuento no aplica, por lo tanto se hace necesario atenuar el Principio de Inescindibilidad de la Ley laboral.

1.3 Antecedentes del problema

Parte de los antecedentes se sostienen en el Concepto del Consejo Estado emitido ante una consulta elevada por el Ministerio de Educación, en el que se presenta como antecedentes legales alrededor del descuento en la cotización en salud para los docentes pensionados, el Ministerio hace una relación de los antecedentes legales de la consulta, en esta forma, (CONSEJO DE ESTADO, 2010, pág. 3):

1) La ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso:

a) Uno de los recursos del Fondo es el descuento del 5% sobre cada mesada pensional que pague, **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados (art. 8º numeral 5).

b) La pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, se reconoce a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y a aquellos nombrados a partir del 1º del enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley (art. 15 num.2 literal b).

c) Estos pensionados tendrán el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional **y adicionalmente, una prima de medio año, equivalente a una mesada pensional** (idem).

2) La ley 100 de 1993 sobre seguridad social, estableció:

a) Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional **tienen derecho a la mesada adicional de junio cada año desde 1994 (art. 142).**

b) La cotización obligatoria para los afiliados al sistema de seguridad social en salud es máximo del 12% del salario base de cotización, y debe ser pagada así: las dos terceras partes por el empleador y la tercera parte restante por el trabajador (art. 204). Si la

persona es pensionada, asume el 100% de la cotización para salud (art. 143 inciso segundo³).

3) La Ley 238 de 1995, en su artículo 1º, adicionó el 279 de la ley 100 de 1993 referente a las excepciones al sistema integral de seguridad social contenido en ésta, dentro de las cuales se encuentran los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y dispuso que tales excepciones **no** implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 (reajuste de pensiones) y 142 (mesada adicional de junio) para los pensionados de los sectores mencionados en el artículo 279.

4) La Ley 812 de 2003, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81, dispuso:

a) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley (27 de junio de 2003).

b) Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989.

c) El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al citado Fondo corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

5) La Ley 1122 de 2007 referente a algunas reformas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el artículo 10 modificó el 204, "Monto y distribución de las cotizaciones", de la Ley 100 de 1993, así:

a) La cotización al régimen contributivo de salud a partir del 1º de enero de 2007, es del 12.5% del ingreso o salario base de cotización, siendo la cotización a cargo del empleador del 8.5% y a cargo del empleado del 4%.

b) El 1.5% de la cotización se debe trasladar a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA para la financiación del régimen subsidiado.

c) Las cotizaciones para salud vigentes a 9 de enero de 2007 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 1122) para los regímenes especiales y de excepción, se incrementan en 0.5%, a cargo del empleador, con destino a la subcuenta de solidaridad para completar el 1.5% aludido.

6) La Ley 1250 de 2008, por medio del artículo 1º adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de **los pensionados** será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Finalmente, la consulta cita las Sentencias C-409 de 1994, C-369 de 2004 y C-430 de 2009 de la Corte Constitucional, sobre la mesada pensional adicional de junio, la tasa total de cotización para salud y pensiones de los docentes afiliados al Fondo y la cotización para salud de los pensionados, respectivamente.

1.4 Marco Conceptual

Pensionado. Es aquella persona natural que goza de una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia.

Aportante. Es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes al Sistema General de Pensiones, para uno o más afiliados al mismo. Hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del Sistema, a los trabajadores independientes y afiliados voluntarios.

Beneficiario. Es aquella persona que por su condición misma de afiliado o su relación o parentesco con un afiliado tiene derecho a reclamar una determinada prestación económica (en dinero), o un servicio determinado cualquiera, al cumplirse los requisitos previstos en la Ley. También se le da el nombre de *BENEFICIARIO* a quien tiene derecho a un Bono Pensional.

Causante de una Pensión. Dentro del Sistema de Seguridad General de Pensiones se denomina causante la persona que fallece, y genera derechos a sus beneficiarios determinados en la Ley a reclamar prestaciones económicas como la pensión, previo el cumplimiento y acreditación de determinadas condiciones y requisitos.

Pensión. Renta o emolumento que se paga mensualmente a los trabajadores dependientes, de los sectores público o privado, o independientes, previo el cumplimiento de los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o de cotización que establece la legislación vigente al momento de adquirir el derecho a la misma.

Sistema General de Pensiones. Conjunto de entidades, normas y procedimientos que tienen como finalidad garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez y la invalidez o muerte por riesgo común, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que establece la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen.

Status de pensionado (Régimen de Prima Media).- “El status de pensionado o estado de pensionado es una condición de la persona que surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en ley para tener el derecho de gozar de una pensión de vejez, o sea, el tiempo de servicio y la edad que la ley consagre para acceder a tal derecho. De suerte que reunidos estos dos requisitos la persona adquiere el derecho a la pensión, que deja de ser una mera expectativa, para convertirse en un derecho patrimonial cuya eficacia opera al retirarse la persona del servicio. En consecuencia, la percepción de las mesadas es un hecho posterior a la adquisición del status de pensionado y para cuyo cumplimiento se requiere el reconocimiento de aquel estado y el retiro de la persona...” - Jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Suprema de Justicia -.

2. ESTADO DEL ARTE

Las investigaciones alrededor de ésta temática se ubican principalmente en dos trabajos de grado, que se reseñan a continuación.

En primer lugar en Rendón Builes, (2010), se aborda como temática central el Régimen de Seguridad Social en Pensiones de los Docentes de Educación Básica y Media Vocacional en Colombia, con una mirada desde los principios: el Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Básica Primaria y Secundaria; el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 constitucionalizado por el Acto Legislativo N° 01 de 2005 y el Principio de Inescindibilidad; entendidos estos dentro del marco del Sistema Integral de Seguridad

Social en Colombia. Lo anterior se analiza bajo la dimensión del derecho de la Seguridad Social, de las leyes y la jurisprudencia. (Rendón Builes, 2010, pág. 7).

Para la autora, la Ley 100 de 1993,

“pretendía alivianar el sistema de seguridad social colombiano que era altamente complejo, debido a la existencia de multiplicidad de instituciones, cajas, fondos nacionales y regionales, además de otras varias circunstancias de carácter financiero; sin embargo las medidas tomadas con la Ley 100 de 1993 no fueron suficientes para solucionar los grandes desequilibrios que ya en ese momento se presentaban en el sistema en general, (Rendón Builes, 2010, pág. 7).

Desde este punto, para la autora el panorama para los docentes colombianos se transformó, puesto que se ha venido considerando a los regímenes exceptuados como una de las causas principales del desequilibrio financiero del sistema, de ahí que se haya tratado a través de varias reformas pensionales, algunas infructuosas, de acabar no sólo con el Régimen Especial del Magisterio sino también con el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, (Rendón Builes, 2010, pág. 8); a pesar, de que, contrario a lo que se cree, el régimen docente no contiene verdaderas condiciones especiales y beneficiosas para los mismos, es más el régimen general de la Ley 100 de 1993 contiene condiciones más flexibles y por tanto envidiables para adquirir algunos derechos, tales como la pensión de sobrevivientes, el cubrimiento en servicios de salud para el grupo familiar, entre otros, (Rendón Builes, 2010, pág. 8).

De acuerdo a la autora,

“Debido a lo anterior, con la expedición de la Ley 797 de 2003 que reformó el Sistema de Seguridad Social Integral, se abrió la brecha para comenzar debilitar poco a poco el Régimen Docente, pues la misma estipula que “El régimen pensional de los miembros del magisterio, será regulado por Ley”; a pesar de que esta normatividad no derogó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que exceptuaba de su aplicación a los regímenes especiales, incluido el del Magisterio, es indudable que la misma allano el camino para las subsiguientes reformas; entre las cuales se dieron la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, normas ambas que tienen al Régimen Docente en estado agónico”. (Rendón Builes, 2010, pág. 8)

El segundo trabajo que hace parte del estado del arte de la investigación lo constituye un trabajo de grado que realiza una investigación de la normatividad que regula los diferentes regímenes exceptuados que existen en el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud en Colombia. Bedoya Ospina y White Londoño (2012), estudian lo que sucede en el evento en que una persona afiliada como cotizante a dichos regímenes perciba ingresos adicionales sobre los cuales este obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Bedoya Ospina & White Londoño, 2012, pág. 5).

Existe un problema jurídico, de acuerdo a las autoras, que resulta luego de estudiar estos regímenes exceptuados y que consiste en que el ámbito de las relaciones laborales se realizan diversas contrataciones con personas naturales, las cuales en

algunos casos pueden encontrarse afiliadas a un régimen de excepción, lo que implica que no pueden estar afiliadas directamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios (Bedoya Ospina & White Londoño, 2012, pág. 5). En consecuencia surge el cuestionamiento: en el evento en que una persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción celebre un contrato de trabajo u obtuviere ingresos adicionales sobre los cuales debe efectuar cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ¿dónde deberá efectuar su empleador la respectiva cotización? (Bedoya Ospina & White Londoño, 2012, pág. 5).

Si bien el trabajo de las mencionadas de Bedoya y White (2012), no se relaciona directamente con el Régimen de Pensión, desarrolla temáticas sobre los Regímenes Especiales, que dan aportes teóricos importantes a la presente investigación.

3. OBJETIVO GENERAL

Demostrar que es jurídicamente viable la atenuación del Principio de Inescindibilidad de la Ley General de Pensiones (Ley 100 de 1993) en materia pensional, aplicable al descuento que por concepto de salud se aplica en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la Pensión de Jubilación del Régimen Especial del Magisterio Colombiano establecido en la Ley 91 de 1989.

4. EL DISEÑO METODOLÓGICO

4.1 Hipótesis:

La investigación se contrae a establecer, si a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les debe descontar de la totalidad de sus mesadas pensionales el 5% por concepto de aportes para salud, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, para hoy el 12% según la Ley 1250 de 2008, o si por el contrario, la tasa de cotización para ellos es la señalada por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, conforme lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, entendiendo que esta última norma derogó tácitamente lo establecido en la Ley 91 de 1989; lo cual llevaría a concluir que para el Régimen del Magisterio en la Pensión

de Jubilación establecida en esta última norma se debe aplicar la suspensión de los aportes para salud que se efectúan en las mesadas adicionales de Junio y Diciembre.

Recolección de información:

1.1. Fuentes de información primaria

El tipo de estudio que se desarrollará con fuentes primarias representadas en la normatividad existente en la materia (Constitución Política de Colombia, Leyes, Decretos, Sentencias, Doctrinas, Conceptos, etc).

1.2. Técnicas e instrumentos para recolectar la información

1.3. **Revisión Documental**

La principal técnica para la recolección de la información será la revisión documental a través los siguientes tipos de fichas: las fichas bibliográficas en donde se recopilaron los datos de los diferentes textos, fuentes, autores y otros elementos; las fichas resumen para sintetizar los textos y documentos con algunas opiniones personales, la ficha textual para vaciar información sin distorsión y literalmente de las fuentes consultadas y las fichas de análisis para describir los juicios u opiniones personales con la intención de confrontarlo con las opiniones de los autores consultados, (Loggiodice, 2012, pág. 1).

1.4. Técnicas e instrumentos para analizar la información

El análisis de la información se desarrollará a través del método hermenéutico quien señala que es la herramienta de acceso al fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido (...) comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana en el mundo, (Rodríguez, 2008, pág. 2). El desarrollo del mismo se realizará a través de lo que los autores denominan un “Círculo Hermenéutico”, que implica:

“(...) en primer lugar, la disposición del sujeto intérprete a la acción de comunicación, aprestado del componente teórico necesario para desentrañar los significados que el sujeto interpretado, a través del texto, le ofrece, como único elemento de pre - comprensión de su subjetividad. En segundo lugar, la rigurosidad metodológica que el acto de interpretación requiere, adecuando temporalidad y contexto socio-cultural y respetando el formato semántico que exhibe el texto; y, en tercer lugar, la capacidad de discurrir diádicamente en la construcción de discursos en y sobre la pragmática del horizonte que une al hermeneuta, como aplicante y al texto, como situación de faticidad apropiada.” (Rodríguez, 2008, pág. 2).

1.5. Fuentes de información secundarias

Documentos de análisis sobre las pensiones del sector público, Estatuto laboral del Educador, investigaciones. etc

Artículos de Prensa 20

Artículos de prensa 2012

Artículos de Prensa 2013

Artículos de Prensa 2014

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MESADA PENSIONAL.

5.1 LA MESADA PENSIONAL

Mesada pensional es la Asignación que recibe periódicamente un pensionado por los servicios que ha prestado anteriormente.

Mesadas pensionales: Reconocimiento del derecho a que tiene una persona, que de acuerdo con lo establecido por la Ley ha cumplido los requisitos mínimos para acceder a un pago mensual en calidad de pensión.

5.2 APORTES PARA FINANCIAR LA MESADA PENSIONAL

Consideró que los docentes tienen la calidad de usuarios del Sistema General de Seguridad Social, en su condición de afiliados del régimen contributivo con capacidad de pago, razón por la cual, tienen la obligación de financiar con sus acreencias la prestación de este servicio esencial a la población colombiana sin capacidad de pago, conforme al Principio de Solidaridad⁴, establecido en el artículo 1º, de la Constitución Política, pilar del Estado Social de Derecho.

⁴ La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros".

Valga precisar que, en casos como en el presente estudio prima el principio de solidaridad, cimiento del Estado Social de Derecho, en virtud del cual, quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social, reconocido por nuestra Constitución Política, así:

“Artículo 1 C.P. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley...

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...

Artículo 95. ...Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. (Negrilla fuera del texto).

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional⁵ ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del Principio de Solidaridad, que en nuestro sistema actual adquiere mayor relevancia, como se indica: *“La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona ‘y la comunidad’, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y ‘la sociedad’ desarrollen, se pueda proporcionar la ‘cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica’, con el fin de lograr el bienestar individual y ‘la integración de la comunidad’: La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. (...)*

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

La Corte determinó que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación. El fin perseguido es garantizar la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios. Todo ello es consecuencia de considerar que el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino que se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo.

Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema.

(...)

Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social.

(...)

La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población” (subrayado y negrilla fuera del texto Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010).

Por consiguiente, el Principio de Solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social prima en este caso, pues, la contribución solidaria que hacen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria independientemente de que dichos aportes se vean reflejados en su servicio al ser un apoyo de quienes requieren estar cobijados bajo este sistema, en beneficio general de la población.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DESCUENTOS PENSIONALES

6.1 NOCIONES GENERALES

La ley 4ª de 1976 en su artículo 5º creó lo que podemos llamar la mesada trece (13), pagadera dentro de la primera quincena de diciembre de cada año. A su turno, la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 da vida a la mesada catorce (14) para los pensionados antes del 1o. de enero de 1988.

La Corte Constitucional mediante sentencia C – 409 de 1994 declara inexecutable entre otros apartes del citado artículo 142 de la ley 100 de 1993, el que limitaba el goce de la mesada 14 a los pensionados antes del 1º de enero de 1988, lo que amplía este derecho a todos los pensionados, incluyendo a los docentes.

Los argumentos de la Corte en aquel momento son refrendados por las sentencias C – 512 de 1994, C – 030 de 1995, C – 054 de 1995, C – 126 de 1995 y C – 529 de 1996 del mismo Tribunal Constitucional, cuyos argumentos son:

“Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988”.

Adicionalmente se expide la Ley 238 de diciembre 26 de 1995, por medio de la cual se adiciona al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 el párrafo 4, el cual prescribe lo siguiente: “Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”; es decir, los argumentos utilizados por la Corte Constitucional en la sentencia C – 409 de 1994 para declarar inexecutable las excepciones del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y que limitaban entre otros, a los docentes el derecho a gozar de la mesada 14, fueron recogidas por la citada Ley 238 de 1995, reafirmando en ese momento por vía legislativa el derecho que por vía jurisprudencial la Corte ya había otorgado a los docentes del goce de la multicitada mesada adicional”.

6.2 CONCEPTO DE DESCUENTO PENSIONAL

Descuento con destino a la salud. El antecedente del descuento de la mesada pensional con destino a la salud se encuentra en la ley 4ª. de 1966, que proveyó de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión. En el párrafo del artículo 20. estableció que los pensionados cotizarían el 5% de su mesada pensional. Esta disposición fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1919 de 1994, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, que quedó en once (11%) por ciento para 1995 y doce (12%) por ciento para 1996 de lo recibido como mesada pensional, es decir, esta regulación supone una nueva carga económica que no se hallaba

establecida en las disposiciones anteriores aplicables a los pensionados antes de aquella fecha y que afecta el monto de lo que efectivamente recibían como mesada correspondiente a la pensión ya consolidada y decretada⁶.

El Decreto 1073 de 2002 reguló aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales: concretamente los incisos 2° y 3° del artículo 1° indican lo siguiente:

"La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados a favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentos por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, FOPEP, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos"

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064 Actor: MINISTERIO DE TRABAJO Referencia: **Pensionados**. Aplicación del reajuste pensional por incremento de aportes para salud, en las mesadas adicionales de junio y de diciembre.

Respecto de los requisitos que se deben cumplir para que procedan los descuentos a las mesadas pensionales, el artículo 2º del referido Decreto 1073 dispone lo siguiente:

"Para efectos de realizar los descuentos de que trata el artículo anterior se deben cumplir los siguientes requisitos por parte de las entidades a favor de las cuales se va a realizar el descuento:

1. Presentación de la autorización expresa y escrita del pensionado.
2. Si el descuento es a favor de las asociaciones de pensionados, deberá acreditarse la vigencia de su personería jurídica y la representación legal, mediante certificado expedido por autoridad competente. Además deberá acreditar la calidad de asociado del pensionado a la fecha de contraerla deuda.
3. Si el descuento se hace a favor de las Cooperativas o Fondos de Empleados, deberá acreditarse la vigencia de su personería jurídica y la representación legal, mediante certificado expedido por autoridad competente. Se debe anexar copia del título valor o un documento en original suscrito por el pensionado donde conste la deuda. Adicionalmente, se deberá acreditar la calidad de asociado del pensionado a la fecha de contraer la deuda..."

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 994 de 2003 que modificó el 3º del Decreto 1073 de 2002, **indica que los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba no menos del 50% de la misma.**

En efecto el artículo 3º del Decreto 994 de 2003 dispone lo siguiente:

“Artículo 3o. Monto. En cuanto al monto del descuento se aplicarán las normas que para el efecto se aplican a los salarios.

Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud y a las Cajas de Compensación Familiar, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional.

Los embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas o fondos de empleados, no podrán exceder el 50% del mesada pensional.

(...)" (resaltado fuera de texto).

Así las cosas, las instituciones pagadoras de pensiones deben ceñirse a las normas antes señaladas, estando obligadas a realizar descuentos siempre y cuando se encuentren debidamente autorizados por la ley y reglamentados en el Decreto. Ibídem.

6.3 DEL DESCUENTO EN LAS MESADAS ADICIONALES

Mesadas Adicionales. La ley 4^a. de 1976 estatuyó para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial y privado, que cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, recibirán el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión, disposición reiterada en el artículo 50 de la ley 100 de 1993.

La Ley 43 de 1984, a su vez, prescribió que a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refería el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, esto es, el aporte para salud.

En la Ley 100 de 1993 se determinó, en su artículo 142, el reconocimiento y pago de una mesada adicional equivalente a 30 días de pensión, para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, privado, del Instituto de Seguros Sociales, de las fuerzas militares y de la policía nacional. Este valor se pagará en el mes de junio de cada año.

7. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MESADA PENSIONAL DEL MAGISTERIO.

7.1 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DEL MAGISTERIO

Clases de Pensiones para el magisterio (Dignidad Educativa, 2010). Miércoles, 23 de junio de 2010

Las siguientes son las pensiones contempladas para el magisterio.

7.1.1 Pensión Ordinaria

Normas que regían en cada entidad territorial a la vigencia de la Ley 91 de 1989, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 y ley 71 de 1988.

Edad para acceder a la Pensión Jubilación 55 años para hombre y mujer; y 20 años de servicio. Transición: 50 años para hombres y mujeres que tuvieran 15 años conforme lo establece el parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985, los docentes con vinculación nacional - hombres, se pensionan con 55 años de edad, sin excepción.

Para las pensiones causadas con posterioridad al 23 de diciembre de 2003 y para efectos de factores salariales se aplica el Decreto 3752 de 2003, derogado por la Ley 1151 con vigencia a partir del 24 de julio de 2007, en su artículo 160.

La Ley 812 de 2003 crea un nuevo régimen en materia pensional, para los docentes que se vinculen durante su vigencia y dispone que tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media, establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad que será de 57 años, para hombres y mujeres.

Al respecto expresa procuraduría

"La pensión ordinaria de jubilación de los docentes, como diferente de la pensión de gracia, fue reiterada en la Ley 91 de 1989, la cual también alcanzó el rango constitucional mediante el parágrafo transitorio 1o. del Acto Legislativo 01 de 2005.

Para el caso de los docentes que todavía tienen derecho a ambas pensiones, los requisitos referenciales básicos son haber cumplido 20 años de servicio y tener cincuenta y cinco años de edad (Leyes 33 de 1985, artículos 1o. y 13; 71 de 1988, artículo 11).

Esta pensión es el postulado ordinario mediante el cual se materializa el derecho a la seguridad social de los docentes en dicho campo, en el sentido de ser la garantía protectora económica resultante del desempeño laboral del cual provienen los aportes que soportarán el derecho al descanso remunerado definitivo como consecuencia del desgaste de la vida del docente al servicio del Magisterio.

Esta es la expresión ordinaria del sistema general de seguridad social pensional (derecho a una sola pensión), reconocida y pagada como contraprestación laboral diferida, a diferencia de la pensión de gracia, que fue una concesión unilateral del Estado otorgada sin contraprestación prestacional alguna (puro compromiso presupuestal), derecho adquirido de carácter extraordinario, razón por la cual no resulta excluyente con la pensión ordinaria indicada como excepción legal expresa a la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (Constitución Política, artículo 128)."

Por su parte en el Consejo de Estado, en su Sentencia del 06 de Mayo de 2004, señala que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones, (Consejo de Estado , 2004)

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...". (Consejo de Estado , 2004)

Así las cosas, 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 regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, (Consejo de Estado , 2004).

7.1.2 Pensión Invalidez

Lo tiene 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%.

Adquiere el derecho a partir de la fecha de la valoración que certifique la pérdida de la capacidad laboral por la entidad contratista prestadora del servicio médico asistencial. La fecha de efectividad es desde el momento en que cese el auxilio monetario por incapacidad y/o retiro del servicio.

Normas Aplicables Decreto 1848/69, Ley 71 de 1988, Decreto 3135/68, Decreto 1160/89, Decreto 3752/03.

Como se presentan diferentes situaciones, presentamos el siguiente texto contenido en el concepto 4226 de Procuraduría:

"La pensión de invalidez es el aseguramiento económico que se reconoce al trabajador (en el presente caso a los docentes), que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, pierde su capacidad laboral (Leyes 64 de 1947, artículo 4o.; 100 de 1993, artículos 38 y siguientes; 776 de 2002, artículo 10).

Se trata del modo ordinario como la seguridad social resuelve el problema de incapacidad económica surgido de manera extraordinaria o anormal (como consecuencia del estado de invalidez). La incapacidad económica normalmente esperada u ordinaria, es la que se produce por el agotamiento causado, por el desempeño laboral, en la vida de los trabajadores. Es decir, la pensión de invalidez es el derecho que ordinariamente se reconoce al trabajador ante la pérdida de su capacidad laboral por razones extraordinarias que comprometen negativamente su salud.

Al comparar la pensión ordinaria de jubilación con la pensión de invalidez a que tienen derecho los docentes se percibe que, si bien obedecen a razones diferentes de causación, tienen el mismo carácter ordinario en cuanto a la finalidad que las anima, cual es el de resolver el problema de incapacidad económica del docente que surge como consecuencia de la pérdida de su capacidad laboral. Por tanto, se trata de situaciones legales iguales desde el punto de vista teleológico pensional.

Tan es así, que ambas pensiones son excluyentes o incompatibles entre sí (Ley 64 de 1947, artículo 4o.; Decreto 3135 de 1968, artículo 31), precisamente porque obedecen a la misma finalidad ordinaria de garantizar un derecho económico al trabajador cuando éste ya no lo puede satisfacer por sí mismo por la pérdida de su capacidad para desempeñarse como factor de producción (Garantía de la viabilidad financiera y la universalidad del sistema pensional; Constitución Política, artículo 48).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto reafirmando la compatibilidad de la pensión de gracia con la de invalidez, en los siguientes términos:

“En lo atinente a la compatibilidad de la pensión de gracia y la pensión de invalidez, el Consejo de Estado ha sostenido que, en tanto es posible que los docentes de primaria y secundaria del orden territorial vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, puedan percibir simultáneamente la pensión de gracia creada por la Ley 114 de 1913, y la pensión ordinaria de jubilación, con mayor razón es posible que puedan acceder a la pensión de gracia y la de invalidez al mismo tiempo, toda vez que: En primer lugar, se trata de dos pensiones con finalidades distintas, pues mientras la pensión de gracia fue creada por el legislador con el fin de compensar a los maestros del orden territorial por los bajos salarios que percibían, y como reconocimiento a la difícil labor que desempeñaban, la pensión de invalidez fue prevista para garantizar al trabajador que ha perdido parte considerable de su capacidad laboral, unos medios que posibiliten su subsistencia digna y la de su familia, de manera que se trata de una medida de protección para la salvaguarda de sus derechos. Y en segundo lugar, dado que el régimen pensional de los docentes, que es de carácter especial, no prohíbe

expresamente la compatibilidad de estas dos pensiones, de manera que no es posible concluir que no se pueden percibir.

En aras de profundizar este concepto se expone a continuación la Sentencia del Consejo de Estado del 30 de Septiembre de 2010,

“Una persona se considera inválida, a voces del artículo 38 Ley 100 de 1993, cuando pierde por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, el 50% o más de su capacidad laboral. Dicha ley previó además, de manera expresa, dentro de las características del sistema general de pensiones (art. 13), la incompatibilidad de las pensiones de vejez y de invalidez.

Esta incompatibilidad ya había sido prevista con anterioridad respecto de los empleados públicos y los trabajadores oficiales, pues el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 dispuso que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí y el empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas. Ello tiene su razón de ser en la prohibición establecida desde la Constitución anterior de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público (artículo 128 de la C.P. de 1991).

No obstante las anteriores previsiones, esta Corporación ha reconocido de manera reiterada la **compatibilidad de la pensión de invalidez y la pensión gracia**, dado que ambas prestaciones poseen una naturaleza y finalidad distintas; no existe ninguna norma que establezca la incompatibilidad expresa entre ellas pues la ley autoriza

percibir simultáneamente una pensión especial (la gracia) y una pensión ordinaria (de jubilación) y, adicionalmente, están a cargo de entidades distintas, puesto que la pensión gracia la paga la Caja Nacional de Previsión Social y la pensión de invalidez el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La pensión de invalidez tiene su origen en una relación laboral y está condicionada a los aportes que el afiliado haga al Sistema General de Pensiones y, por el contrario, la pensión gracia, por tratarse de un régimen especial, no necesita de afiliación ni cotizaciones para su reconocimiento y pago.

Es por ello que ante la ocurrencia de una disminución física o mental que determine la pensión de invalidez no podría verse truncada la posibilidad del reconocimiento de un derecho pensional especial y exclusivo que no riñe legalmente con el régimen ordinario⁷.

Por otra parte, la compatibilidad de la pensión de jubilación con la pensión gracia está consagrada expresamente en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y dicha disposición es el soporte legal para que un trabajador goce tanto de la pensión de jubilación como de la pensión gracia y, por ende, una excepción al mandato constitucional referido de la prohibición de percibir dos asignaciones del tesoro público.

⁷ Así lo expuso recientemente esta Sala en sentencia del 26 de marzo de 2009. Rad. 25000-23-25-000-2006-05328-01(1166-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Expuesto lo anterior, concluye la Sala para resolver el primer problema jurídico que es procedente jurídicamente la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de invalidez. Así las cosas, se deberá analizar si la demandante cumple con los requisitos previstos en la Ley 114 de 1913 para ser beneficiaria de la prestación solicitada.” (Sentencia, 2010)

7.1.3 Pensión por Vejez

Lo tiene en forma vitalicia los docentes activos que estando afiliados al Fondo del Magisterio son retirados del servicio por edad de retiro forzoso (65 años), sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, siempre y cuando carezca de medios de subsistencia. Es incompatible con la percepción de otra pensión, de salarios o ingresos de cualquier índole. Normas aplicables: Art. 29 Decreto 3135 de 1968, Art. 81, 82, 83 Decreto 1848/69 y Ley 71/88, Decreto 3752/03.

7.1.4 Pensión por Aportes al (I.S.S. – Hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones)

Lo tiene todo docente que acredite en cualquier tiempo veinte años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales, Hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en una o varias entidades de previsión social del sector público. Edad 55 años o más si es mujer y 60 o más si es varón. Normas Aplicables: Art. 7 de la Ley 71/88, Decreto 1160/89, Decreto 2709/94, Decreto 3752/03.

7.1.5 Pensión Gracia

El régimen de la pensión de gracia fue creado mediante la ley 114 de 1913, destinado a los maestros de primaria; posteriormente se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública y con la posibilidad de sumar los tiempos prestados en la enseñanza primaria y la normalista (estímulo para formar docentes). Por último, tal pensión se hizo extensiva a los maestros que completaran el tiempo de servicio en los establecimientos de enseñanza secundaria (Leyes 116 de 1928, artículo 6°; 37 de 1933, artículo 3°).

Mediante la ley 91 de 1989 se suprimió la Pensión Gracia, respetándose la expectativa legítima pensional de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 (fecha de culminación del proceso de nacionalización de la educación).

En este sentido, se trata de un derecho adquirido (Situación fáctica similar al régimen de transición contemplado la Ley 100 de 1993; sentencia C-754 de 2004) para dichos docentes, el cual tenía protección superior al momento de expedición de la Ley 91 de 1989 (Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 30), el que alcanzó rango constitucional mediante el parágrafo transitorio 1o. del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se estableció que el régimen pensional de los docentes nacionalizados 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 1993.

Los requisitos básicos para adquirir el derecho a la Pensión de Gracia son haber prestado, el docente, sus servicios al Magisterio durante un término mínimo de veinte (20) años y haber cumplido cincuenta (50) años de edad.

Esto significa que se trata de un derecho pensional de carácter especial porque tiene vida propia o autonomía frente al régimen pensional ordinario, por su condición de derecho adquirido concedido por el legislador y con el rango de protección constitucional por ser precisamente un derecho adquirido en materia de seguridad social (Constitución Política, artículos 48, 53 y 58). Por tanto, su reconocimiento debe ser directo e independiente de cualquier situación pensional ordinaria" (Fuente Procuraduría concepto 4246)

7.1.6 Reliquidación Pensional

Lo tiene por una sola vez todo docente pensionado que continúa en el servicio activo, al momento del retiro definitivo del mismo. Normas aplicables: Ley 71/88, Decreto 1160/89, Decreto 3752/03.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca expreso en esta materia que:

“Los factores salariales a tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la ley 33 de 1985 son los taxativamente señalados en el artículo 1º de la Ley 6 de 1985” (Sentencia, 2010).

Lo anterior con referencia al proceso de la demandante Fernández Velasco contra CAJANAL, buscando la nulidad del pago de su pensión por no encontrarse todos los factores salariales incluidos en su liquidación. En este sentido continua la sentencia:

“De las anteriores citas normativas se tiene que la pensión que en derecho corresponde a la actora debió calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, es decir, del 31 de octubre de 1992 al 30 de octubre de 1993. Ahora bien, afirma la actora en su escrito de apelación que la demandada debió liquidar su pensión sobre todos los factores salariales por ella devengados, pues el salario incluye todo lo retribuido por los servicios, según lo han señalado el H. Consejo de Estado y el propio Tribunal. Sobre el tema, esta Corporación había sostenido en pronunciamientos anteriores, que el régimen pensional de la ley 33 de 1985 incluía la totalidad de factores salariales sobre los cuales se hubieran realizado los respectivos aportes, sin condicionarlos a los expresamente expuestos en la ley 62 de 1985. Sin embargo, dicha posición fue recogida por el Tribunal en sentencias más recientes en obediencia a la unificación de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre la materia” (Sentencia, 2010).

7.2 LEY 91 DE 1989

A través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta⁸, con el objeto de que se encargara de

⁸ Art. 3. “Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por

asumir las obligaciones prestacionales y garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales a los docentes afiliados (nacionales, nacionalizados y territoriales⁹), de tal manera, que se terminó por distribuir tales obligaciones entre la Nación y las entidades territoriales.

7.3 EN EXTENSO EL RÉGIMEN DE MAGISTERIO

Del descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación:

Los docentes no gozan propiamente de un régimen pensional especial que les otorgue determinadas prerrogativas en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, de lo que sí se benefician es de un

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

⁹ Art. 1º “...Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. / Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. / Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975”.

régimen especial respecto de la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto por la Ley 91 de 1989.

En consideración a lo anterior, se recuerda que el descuento para salud fue consagrado en principio por el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 6ª de 1966, que indicó:

“ARTÍCULO 2o. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento en éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación.

PARÁGRAFO. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.”

ARTÍCULO 3o. *“A partir del 1o. de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados y demás entidades de derecho público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social, están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. Igualmente, los Notarios y Registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.*

Los Pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social”.

El Decreto Reglamentario 1848 de 1969, señaló:

“Art. 90...Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional”.

El Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 dispuso: *“Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él*

establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*
- 2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria...”*

La Ley 42 de 1982 en su artículo 7°, proscribió expresamente todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5° de la Ley 4ª 8 Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, disponía:

“...Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*
- 2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.*

Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984, publicada en el Diario Oficial N° 36.824, del 3 de enero de 1985, así:

“Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”.

Ley 91 de 1989, por su parte, dispuso la administración y pago de las pensiones y, la administración y prestación del servicio médico de salud de **todos los docentes sin excepción alguna**, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, específicamente en el numeral 5º del artículo 8º de la citada disposición, indicó :

“Art. 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

(...)

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4° de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2°. (Ley 91 de 1989).

En este punto, conviene precisar que todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a cargo de la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, **inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.**

Dicho régimen de cotización cambiaría a la postre, ya que el legislador autorizó que a los docentes se les descontara por concepto de salud el porcentaje que estableciera las leyes del Sistema General de Salud, y en esa medida, dejó de aplicarse el correspondiente al 5% previsto en la norma especial para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se verá más adelante.

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su artículo 279 expresamente dispuso:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

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 bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...” (Negrilla fuera de texto).

A través del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, se proscribió los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales sobre los beneficiarios de dicho régimen, de la siguiente manera:

“Artículo 1°. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de

pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales” (negrilla fuera de texto).

Mediante la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como se cita enseguida:

*“ARTÍCULO 81....El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones...”* (Negrilla fuera de texto).

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

“...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual

parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - `corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores´. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”¹⁰(Negrilla y subraya fuera de texto)

Así las cosas, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993¹¹, posteriormente con las

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-369. De 2004 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹¹ La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y

modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007¹² en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹² en el porcentaje del 12%.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso 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”*** (negrilla fuera de texto)

Entiende la Sala, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, **pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional** dado que por pertenecer a uno especial, se

una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

¹² ARTÍCULO 10. *Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización...”*

12 *“Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”*

encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que, es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º, por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente, (Fallo Tribunal Administrativo de Boyacá, 2013), el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de

salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

En ese sentido el Honorable Consejo de Estado, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

“Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 01 de 2005. (Fallo Consejo de Estado, 2012)

...

En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993. No obstante lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma en los siguientes términos:

ARTICULO 71. C.C. “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTICULO 72. “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”

‘ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de

aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

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 bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

'Parágrafo transitorio 1o. 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.'

Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5º del artículo 8, prescribió que:

‘Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

- 1. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.(...)* (Negritas fuera de texto)

De la normativa transcrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración”. (Fallo Consejo de Estado, 2012).

7.4 MESADA ADICIONAL DE JUNIO PARA LOS DOCENTES – Marco legal.

En tratándose de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 en su artículo 15 estableció: “Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: “...“2. Pensiones: “A. 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 hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen 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 está a cargo total o parcial de la Nación. “B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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 y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

De lo transcrito se observan dos situaciones diferentes teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio público educativo oficial: i) si fue el 31 de diciembre de 1980 o antes, el personal que cumpliera con los requisitos respectivos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión de jubilación ordinaria; ii) y si lo fue el 1º de enero de 1981, los docentes tendrían el derecho a pensionarse bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional de más, es decir, que en principio, el grupo de docentes que se encontrare fuera de tal supuesto quedaba desamparado de dicha mesada pensional adicional, sin embargo, más adelante cambiaría su situación como se concluirá al final de este acápite y conforme a las consideraciones que se expondrán a continuación.

Con posterioridad, la Ley 60 de 1993, en el inciso cuarto del artículo 6º, se refirió al tema prestacional de los docentes, así: "...el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial". La Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, ratificó en su artículo 115 que "el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley". La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral del que hace parte el sistema general de pensiones, previendo la mesada adicional de junio, en su artículo 142, así: "MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994..." Los apartes subrayados "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988" del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, fueron

declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 409-94, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; además, porque tal y como se encontraba redactada la norma, excluía al grupo de docentes que no se encontraban dentro de los supuestos del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que les había otorgado un beneficio equivalente (prima de medio año semejante a una mesada pensional), es decir, a aquellos docentes sin derecho a la pensión de gracia y vinculados al servicio antes del 1° de enero de 1980. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de su aplicación a algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2), así: (...) Tal y como se encontraba redactado el citado artículo, se tornaba discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados que se encontraban cobijados por el régimen de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que no gozaban de tal prestación, por no haber sido contemplada en las leyes especiales que les gobernaban. Fue así, como el legislador, posteriormente y teniendo como antecedente la sentencia C- 409 de 1994 de la Corte Constitucional, a través de la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, sin que ello significare modificar esos regímenes, de la siguiente manera: “ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: "Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los

pensionados de los sectores aquí contemplados".(...) Bajo ese entendido a partir de la adición introducida por la Ley 238 de 1995 todos los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, pero, ello no significa que se hubiere modificado su régimen especial, mucho menos que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo tanto, las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento.

7.5 MESADA ADICIONAL DE DICIEMBRE PARA LOS DOCENTES - Marco legal.

En cuanto a la mesada adicional de diciembre tenemos que no fue contemplada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva a favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4ª de 1976, publicada en el Diario Oficial N° 34.483, del 5 de febrero de 1976, de la siguiente manera: "Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión." A modo referencial se advierte que la Ley 100 de 1993, reiteró en su artículo 50, lo contemplado en el Artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, así: "MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la

mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.”

8. DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

8.1 Nociones generales

La interpretación constitucional sobre la materia se encuentra definida por la Corte Constitucional, en particular en lo que se relaciona en la Sentencia 369 de 2004 en el que se analiza una Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En ella se señala que

“ un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema

general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos. Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes

del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

Esta Corte ha concluido entonces que es posible excepcionalmente formular y estudiar cargos de igualdad fundados en la comparación parcial entre un régimen especial y el sistema general de seguridad social. Ha dicho al respecto la Corte:

"En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del

sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente."

Conforme a lo anterior, el cargo de igualdad no está llamado a prosperar, por cuanto la regulación de la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. En efecto, esa cotización está ligada al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever para el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento de su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y pensional es en

ambos casos distinto, y como la cotización está vinculada al conjunto del régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. La ley no estaba entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el cargo sobre vulneración de la igualdad es infundado. La Corte limitará el examen constitucional a ese cargo, teniendo en cuenta que, como lo destacó la reciente sentencia C-305 de 2004, Fundamento 6°, existen otras demandas en curso contra normas que integran la ley del plan, en donde han sido formuladas y sustentadas otras acusaciones de fondo y forma, *“se ha dado oportunidad de participación ciudadana y se ha escuchado el concepto de Procurador; por lo cual la Corporación estima que al momento de definir esas demandas es cuando debe darse el debate correspondiente, con plena garantía del derecho de participación democrática”*. Por ello la Corte limitará en esta oportunidad la cosa juzgada constitucional, y el aparte acusado será declarado exequible, pero únicamente en relación con el cargo que fue analizado.” (Sentencia Corte Constitucional, 2004).

8.2 Efectos de la interpretación constitucional

Lo expuesto en la mencionada Sentencia de la Corte 369 de 2004, surte efectos en las reclamaciones de los docentes sobre los descuentos en salud en las mesadas

adicionales. Tomado como sustento los argumentos de la Corte, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no reconoce devoluciones en los aportes de salud a sus afiliados.

En este sentido expone que La ley 91 de 1989, mediante la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referente a aportes establece:

Numeral 5 del artículo 8° el Fondo deducirá “El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”, (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

Dentro de las mesadas a que se refiere la norma aludida se encuentran como lo hemos consignado las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre, las que son denominadas “adicionales” y por ende todas constituyen aportes de un pensionado en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y hacen parte integral de sus recursos, los cuales ayudan a financiar el sistema integral de salud del Régimen de Excepción a que pertenece el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

La ley 812 del 26 de junio del 2003, modifica el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que el valor total de cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en esta norma el aporte del

pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada. Es de aclarar que el inciso 4º del artículo 81 de la ley 812 del 2003 fue declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-369 del 2004, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Señala la Corte, que un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Cada régimen especial es entonces un universo propio, concluyendo la Corte que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

Por tanto la Corte ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lex

tertia, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad. Ahora bien, el decreto 2341 del 2003, reglamentario del artículo 81 de la ley 812 de 2003 establece, que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo del Magisterio corresponderá a la suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es del 12%. La ley 1122 del 09 de enero del 2007, modifica el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones, el cual será a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

En tal sentido se expidió la Circular Externa 00101 de enero 12 del 2007, del Ministerio de la Protección Social, en resumen los aportes de los docentes pensionados pasaron del 12% al 12.5%. Las anteriores normas son de obligatorio cumplimiento para los entes comprometidos en el reconocimiento y pago de prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en ellas claramente se establece el valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales devengadas por los educadores. La Ley 91 de 1989, norma que consagra el régimen de excepción de los docentes, determinó que con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo

Directivo del Fondo. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

A diferencia del sistema General de Seguridad Social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con los recursos de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sistema totalmente diferente, por lo que es de régimen de excepción, al sistema de salud consignado en el régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que les son más favorables, pues estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docente y por ende creando un nuevo régimen. Los regímenes General de Salud (Ley 100 de 1993) y el excepcionado especial para los docentes del sector oficial y sus beneficiarios, tienen marcadas diferencias (el último económicamente favorable para éstos) y, una identidad: el servicio médico asistencial no es gratuito. A partir de esta exposición el Fondo sostiene que no hay lugar a devolución de valor alguno. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, 2011).

8.3 De la interpretación constitucional en materia laboral

La interpretación constitucional es una acción jurídica compleja, tal como lo señala Bustamante Bohórquez (2006), a través de la cual el derecho se materializa, (Bustamante Bohórquez, 2006, pág. 126) y en el que no existe un consenso sobre cómo hacerlo. Sin embargo y siguiendo a Bohórquez, al reconocer la interpretación como el hecho de asignación de significados a un texto jurídico, se considera que es un proceso creativo y subjetivo pero limitado por “las circunstancias del caso concreto y la Constitución Política”, (Bustamante Bohórquez, 2006, pág. 128).

Sobre el primero, las consideraciones de los hechos de un caso hacen que su determinación sea compleja en la que la interpretación puede enfrentarse a dos situaciones básicas: que la situación se acomode fácilmente dentro de la norma creada para lo cual la solución a la problemática que se presente, puede ser fácilmente tramitada, o el caso contrario, en donde el caso sea parcialmente cubierto por el derecho creado, lo cual conduce a que las particularidades y detalles deban ser abordadas a través de varias lógicas de acción, (Bustamante Bohórquez, 2006, pág. 131):

a. Desatender las particularidades del caso de tal forma que sea éste el que se adapte a la norma. En esta circunstancia el intérprete encontrará muy útil el recurso al elemento gramatical y al elemento histórico, pues éstos privilegian la norma. En el elemento gramatical lo importante es descifrar el significado de las palabras contenidas en la norma, por tal razón las circunstancias del caso no ocupan un papel destacado. En el elemento histórico lo que se busca es descifrar lo que el legislador deseaba a la hora de crear la norma, por tal razón se estudia las consideraciones del mismo

contenidas generalmente en la exposición de motivos. En este caso, las particularidades del caso quedan igualmente desatendidas.

b. Tomar en consideración dichas particularidades de tal forma que sea la norma la que se adapte a los hechos. En este caso el intérprete podrá utilizar el elemento sistemático y el elemento teleológico, pues éstos le permiten flexibilizar la norma y condicionarla a los hechos.

Para el caso que hace parte del presente estudio, es posible considerar que la tendencia de interpretación ha sido la primera en donde las particularidades del régimen docente han sido desatendidas produciendo soluciones insatisfactorias.

Sobre el segundo limitante en la acción de interpretación, la Constitución Política se sostiene en dos ideas: la existencia del control constitucional y la Constitución como fuentes de Derecho. Para el caso colombiano se presenta desde esta perspectiva un proceso de constitucionalización del derecho, en la que

“en principio todas las normas deben interpretarse según la Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional. Lo anterior conlleva a una modificación en el criterio de validez de las normas. Éste ya no se refiere al procedimiento de creación, sino a la compatibilidad de las mismas con la Constitución. En esta medida, una norma será únicamente válida si respeta las normas, principios y valores constitucionales, (Bustamante Bohórquez, 2006, pág. 134).”

Como bien lo señala Bustamante Bohórquez (2006), las normas, principios y valores que hacen parte de la Constitución son “altamente indeterminados” por lo cual el intérprete jurídico deberá tener en cuenta las circunstancias del caso, es decir, sólo los hechos son los que determinan el significado de una cláusula constitucional (Bustamante Bohórquez, 2006, pág. 136), por lo que no existirían soluciones únicas. Con lo que se reafirma lo expuesto anteriormente en el sentido que interpretación del

caso en estudio en donde las particularidades del régimen docente han sido desatendidas produciendo soluciones insatisfactorias.

8.4 De la inconstitucionalidad del descuento a las mesadas adicionales en la pensión del magisterio

Los descuentos en la mesada adicional a las pensiones de los pensionados del magisterio presentan sin dudas un problema jurídico para el que es necesario realizar una revisión de la normatividad que al respecto existe y que puede sintetizarse en lo referido en el Expediente N° 2010- 00448 del 07 de junio de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda- Subsección "A". En éste se expresa que la Ley 4ª de 23 de abril de 1966, "por medio de la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones", señaló el porcentaje que se debe descontar de las mesadas de los pensionados a favor de la entidad de previsión a la que se encuentren afiliados, así:

"Artículo 2°. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

- a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y
- b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional". (Se subrayó).

Como se observa de la disposición anterior, los pensionados deben cotizar el 5% de su mesada para seguridad social.

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968, "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", en cuyo artículo 37, se dispone:

"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

De igual forma, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, reitera en el artículo 90, lo siguiente:

"Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional (Se subrayó).

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud se incremento, quedando para el año 1995 un porcentaje del 11% y para el año 1996 un 12% de la suma recibida como mesada pensional, estableciendo con ello una mayor carga económica en cabeza del administrado, así:

"COTIZACION EN SALUD

ARTICULO 30. MONTO DE LA COTIZACION. De conformidad con lo previsto

en el artículo 145 del Decreto Ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995, de 11% de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de Enero de 1996.

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten.

De conformidad con las anteriores disposiciones, no cabe duda de que el pensionado debe hacer aportes con destino a la seguridad social en salud, así lo ha venido regulando la Ley.

Ahora bien en lo relacionado con las normas que se refieren a las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

"Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la

Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, es decir, se abrió la posibilidad de efectuar tales descuentos sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados, así:

"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo

la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones, en el artículo 50, dispone:

"ARTICULO 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

Por su parte, la Ley 4ª de 1976 prescribió que a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refiere el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, es decir el aporte en salud; prohibición que también se encuentra consagrada en el Concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado C.P el Doctor Augusto Trejos Jaramillo, mediante el cual se absolvió la siguiente consulta planteada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "*¿El reajuste para salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a las mesadas mensuales, se debe aplicar igualmente a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?*", y dijo:

"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada

uno de estos meses"

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y de diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en ese caso, sería el valor de la mesada

El anterior recuento normativo y jurisprudencial permitirá concluir que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se les debe descontar de las mesadas adicionales de junio y diciembre el 12% con destino al pago de la cotización para salud (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2012).

9. CONCLUSIONES

El régimen salarial y prestacional del magisterio colombiano ha sido marcado por evoluciones normativas y jurisprudenciales en los que se ha delimitado el propósito de la investigación.

En ésta se examinó el contenido y alcance de la vulneración del derecho a la Igualdad, que se encuentra vigente, con el descuento que por concepto de salud en las mesadas adicionales se aplica al régimen especial y exceptuado del magisterio, teniendo en cuenta que para otros regímenes y en especial para las pensiones consagradas bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, reformada por la ley 797 de 2002, este descuento no aplica, demostrando con el transcurso investigativo la obligación por parte de los operadores administrativos y judiciales efectuar la atenuación al Principio de Inescindibilidad de la Ley laboral.

De lo analizado en el presente documento de investigación se debe entender que la debida interpretación constitucional que requiere el tema propuesto ya sea por el

operador judicial o el administrativo corresponde a una interpretación extensiva que permita entender que sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación contenida en la Ley 91 de 1989 y ratificada por la Ley 812 de 2003, para los docentes del magisterio colombiano, no se deben aplicar y por tanto, continuar su aplicación implica una violación normativa y el desconocimiento del principios tales como la igualdad y condición más beneficiosa, sin sacrificar otros como el de solidaridad o sostenibilidad financiera del sistema de salud.

Quedando demostrado como se hizo, que los docentes tienen la calidad de usuarios del Sistema General de Seguridad Social, en su condición de afiliados del régimen contributivo con capacidad de pago, tienen la obligación de financiar con sus aportes la prestación de este servicio esencial a otros usuarios del sistema sin capacidad de pago, adhiriéndose así a sus necesidad y contribuyendo a la materialización del Principio de Solidaridad, establecido en el artículo 1°, de la Constitución Política, pilar del Estado Social de Derecho, obligación con la cual han cumplido y vienen cumpliendo al aportar tanto en la pensión de gracia como en la pensión de jubilación, pero se insiste no se debe abusar de una obligación imponiendo cargas adicionales descontando sobre las mesadas adicionales, cuando la primera prestación no es gravada con el descuento y la segunda sí.

En conclusión, de la mesada adicional de diciembre no se puede realizar descuento del 12% para el pago de aportes al sistema de Seguridad Social en salud, por cuanto así lo establece la Ley 4 de 1982 artículo 7° y la Ley 43 de 1984 artículo 5°.

Con relación al descuento de Ley 812 de 2003 en su artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de seguridad social están regulados por la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la cotización a la Seguridad Social en salud es obligatoria para todos los pensionados del país y estará a cargo de estos en su totalidad y de manera obligatoria

en el porcentaje establecido del 12% sobre la mesada pensional mensual, de ahí, que mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe el Magisterio en junio y en diciembre, porque dicho descuento equivaldría al 24% por concepto de cotización en salud, para el mismo mes de junio y diciembre.

Por lo tanto, no se desconoce, ni se contraria la disposición de las obligaciones inherentes a los descuentos que por los beneficios de salud se le debe aplicar a las mesadas pensionales, pero, ello no implica que en el mismo mes se deban cancelar dos veces por el mismo concepto en la Pensión de Jubilación, cuando en cabeza del mismo sujeto de derecho, docente pensionado, el ser beneficiario de la denominada Pensión Gracia este descuento no se aplica sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, que se pagan sobre esta prestación; considerándose así, una manifestación jurídica de desigualdad entre la valoración de dos pensiones a favor del mismo pensionado.

Se concluye entonces que, no se pueden efectuar descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme al artículo 7° de la Ley 42 de 1982, y al artículo 5° de la Ley 43 de 1984.

BIBLIOGRAFÍA

Barona, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio Juridico Garantista N°2 Enero - Junio*, 252- 264.

Bedoya Ospina, & White Londoño. (2012).). Aportes al sistema general de seguridad social en salud de personas pertenecientes a regímenes excepcionales por ingresos adicionales. Medellín: EAFIT.

Bustamante Bohórquez, T. (2006). La interpretación constitucional. *Universitas Estudiantes N° 3*, 123- 156.

Concepto Consejo de Estado (Consejo de Estado 2011).

Concepto Ministerio de Salud y Protección Social, EXPEDIENTE No. 67395 del 2 de abril de 2012. Suspensión del pago de aportes en salud sobre pensiones gracia y reembolso de lo cotizado a la fecha.

Consejo de Estado , EXPEDIENTE No. 250002325000200106993 01. (Consejo de Estado 6 de Mayo de 2004).

CONSEJO DE ESTADO, 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988) (SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL MARZO de 2010).

- Dignidad Educativa. (2010). *Clases de Pensiones*. Obtenido de http://www.dignidadeducativa.org/index.php?option=com_content&view=article&id=89:magisterio&catid=19:prestaciones&Itemid=13
- Fallo Consejo de Estado, 11001-03-15-000-2012-00411-00(AC) (Consejo de Estado 19 de abril de 2012).
- Fallo Tribunal Administrativo de Boyacá, 150013133010201100183-01 (Tribunal Administrativo de Boyacá 04 de Abril de 2013).
- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO. (21 de JUNIO de 2011). <http://revista-al-dia.blogspot.com/2011/06/fondo-nacional-de-prestaciones-sociales.html> Recuperado el 01 de 11 de 2014, de <http://revista-al-dia.blogspot.com/2011/06/fondo-nacional-de-prestaciones-sociales.html>
- Hernandez- Sampieri, R. (1997). *Metodología de la investigación*. México: McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A. de C.V.
- LEGIS. (1997). *ESTATUTO LABORAL DEL EDUCADOR*. Bogotá: Legis Editores, S.A.
- Rendón Builes, L. (2010). El Régimen de Seguridad Social de los Docentes de educación básica y media vocacional según el principio de inescindibilidad. *Revista CES Derecho*.
- Rodriguez, Y. (2008). *Revista de Educación*. Recuperado el 18 de 09 de 2014, de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/educacion/revista/a2n20/2-20-8.pdf>
- Rodríguez, Y. (2008). *Revista de Educación*. Recuperado el 18 de 09 de 2014, de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/educacion/revista/a2n20/2-20-8.pdf>
- Rondón, L. (2010). EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS DOCENTES DE EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA VOCACIONAL SEGÚN EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD . *Revista CES*.
- Sentencia, 17001-23-31-000-2007-00187-01(1067-09) (Consejo de Estado 30 de Septiembre de 2010).
- Sentencia, 2006-00031-01 (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA 25 de mayo de 2010).
- Sentencia, 2006-00031-01 (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA 25 de mayo de 2010).
- Sentencia Corte Constitucional, expediente D-4859 (Corte Constitucional 27 de Abril de 2004).

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (07 de Junio de 2012). Reliquidación de pensión y 12% descuento de salud de las mesadas adicionales de Junio y Diciembre.