



Pensión de invalidez de origen laboral para los docentes oficiales: Incidencia de la Ley 812 de 2003 a la luz del principio de progresividad

Carla Fontalvo Olarte

Santiago Vélez Medina

Artículo de investigación para optar al título de Abogado

Tutor

Hernán Darío Vergara Doctor (PhD) en Derecho.

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2021

Cita	(Fontalvo Olarte & Vélez Medina, 2021)
Referencia	Fontalvo Olarte, C., & Vélez Medina, S. (2021). <i>Pensión de invalidez de origen laboral para los docentes oficiales: Incidencia de la Ley 812 de 2003 a la luz del principio de progresividad.</i>
Estilo APA 7 (2020)	[Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ).



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira.

Jefe departamento: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	2
1. 52. REGÍMENES APLICABLES A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE LOS DOCENTES OFICIALES.	6
2.1. Régimen de pensión de invalidez establecido por el Decreto Legislativo 3135 de 1968.	7
2.2. Régimen de pensión de invalidez establecido por la Ley 812 de 2003.	10
2.3. Comparación entre el régimen establecido a partir del Decreto Ley 3135 de 1968 y el régimen establecido a partir de la Ley 812 de 2003.	14
3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA PENSIONAL.	16
3.1. Principio de progresividad en el Derecho Internacional.	17
3.2. Principio de progresividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.	19
3.3. Principio de progresividad en la legislación Nacional Colombiana.	21
4. ¿SE MATERIALIZÓ EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD CON EXPEDICIÓN DE LA LEY 812 DE 2003?	23
4.1. Análisis respecto de la cuantía de la pensión.	23
4.2. Análisis respecto de la pérdida de capacidad exigida.	24
4.3. Análisis respecto de las condiciones que deben cumplirse para acceder a la pensión de invalidez.	25
4.4. Análisis respecto de los factores salariales que se tienen en cuenta para calcular el monto de la pensión.	26
Conclusiones	28
Referencias	31

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN LABORAL PARA LOS DOCENTES OFICIALES: INCIDENCIA DE LA LEY 812 DE 2003 A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Carla Fontalvo Olarte
¹Santiago Vélez Medina

Resumen

Con lo expuesto en el presente artículo se pretende realizar una revisión a cerca de las consecuencias que trajo la expedición de la Ley 812 de 2003 frente a la pensión de invalidez a la que tienen derecho los docentes oficiales, esto teniendo en cuenta como principal elemento de análisis el principio de progresividad y su mandato de no regresividad, presentes tanto en la legislación internacional como en la jurisprudencia nacional. En primer lugar, se presentan elementos que pretenden ilustrar sobre el concepto de pensión de invalidez y sobre los regímenes vigentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Decreto Legislativo 3135 de 1968 y Ley 812 de 2003). En segundo lugar, se fundamenta el concepto de progresividad en materia pensional desde el ámbito teórico, legislativo y jurisprudencial, con el fin de que sea comprendido y pueda ser estudiado finalmente a la luz de los regímenes existentes en materia de pensión de invalidez que son aplicables a los docentes oficiales, y de esta forma determinar su cumplimiento cabal.

Palabras clave: pensión de invalidez, principio de progresividad, docente oficial, Magisterio.

Abstract

The purpose of this article is to present the consequences of the enactment of Law 812 of 2003 on the disability pension to which official teachers are entitled, taking into account as the main element of analysis the principle of progressivity and its mandate of non-regression, present both in international legislation and in national jurisprudence. In the first place, elements are presented to illustrate the concept of disability pension and the current regimes within the Colombia²n legal system (Legislative Decree 3135 of 1968 and Law 812 of 2003). Secondly, the concept of progressivity in pension matters is based on the theoretical, legislative and jurisprudential scope so that it can be understood and finally studied in the light of the existing disability pension regimes applicable to official teachers and thus determine their full compliance.

Key words: disability pension, principle of progressivity, official teacher, teachers.

¹ Estudiantes del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: carla.fontalvo@udea.edu.co y santiago.velezm@udea.edu.co.

² Artículo realizado en el en el marco del Curso de Profundización en Derecho Laboral Administrativo.

1. Introducción

Las luchas propias que se han dado frente a los derechos en materia laboral, y sus posteriores conquistas, no son ajenas a quienes se encuentran desarrollando labores para el Estado.

De igual forma es fundamental tener en cuenta que las dinámicas propias del Derecho Internacional han tenido gran influencia en las normatividades que van siendo expedidas en materia de seguridad social en cada país, y que las mismas suelen hablar en términos genéricos, sin hacer algún tipo de diferenciación frente a al sujeto que desempeña el rol de empleador, pues puede ser el Estado o un particular; por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVI consagra el derecho a la seguridad social, señalando que este debe proteger a toda persona contra las consecuencias que traigan consigo la desocupación, la vejez y *la incapacidad* por causa ajena a su voluntad y que le imposibilite física o mentalmente poder obtener los medios para su subsistencia.

En este sentido, la legislación nacional ha intentado ir, de cierta forma, a la par de la normatividad internacional y garantizar el derecho a la seguridad social a los colombianos.

Dependiendo del momento de su vinculación, los maestros en Colombia son beneficiarios de dos regímenes diferentes respecto a la pensión de invalidez. Dichos regímenes tienen una norma respectiva en la que están respaldados. En primer lugar, se encuentra el Decreto Ley 3135 de 1968, que debe ser leído en conjunto con los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, los cuales regulan la pensión de invalidez de los servidores públicos, entre otros, la de los maestros. La Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, remite a este entramado normativo, y es aplicable entonces.

Por otro lado, se encuentra el Decreto 1278 de 2002, que reguló la profesionalización de los docentes; sin embargo, este último no reconoce a quienes se hayan vinculado bajo el Decreto 2277 de 1979, que regulaba el ejercicio de la profesión docente y no realizó o mencionó modificación alguna respecto al régimen pensional de los mismos; ello lo hizo la Ley 812 de 2003, al señalar que los docentes que se vinculasen al servicio público después de su entrada en vigencia empezarían a regirse en materia pensional por la Ley 100 de 1993, y en tal sentido también por la Ley 776 de 2002.

Entonces, se tiene un régimen anterior, contenido principalmente en el Decreto Ley 3135 de 1968 y el actual que entró en vigor para los maestros con la expedición de la Ley 812 de 2003; sin embargo, el Decreto 1295 de 1994, derogó el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, base fundamental frente a la pensión de invalidez, y debido a ello, pareciera que se hubiera dado un vacío normativo de 1994 a 2003; no obstante, debido al cambio paulatino que se procuró realizar entre ambos regímenes, y en pro de no dejar desprotegidos los derechos de los maestros, podría entenderse que se continuó dando aplicación a la única norma sobre el tema que se encontraba vigente y que estaba contenida en el mencionado artículo 23 del Decreto Ley 1335 del 68.

Estos cambios normativos generan la pregunta alrededor de progresividad o de regresividad para los maestros en materia pensional, específicamente, frente a la pensión de invalidez de origen laboral.

Por lo tanto, a la luz del principio de progresividad, se pretende analizar la posibilidad de que los cambios normativos que llegaron de la mano de la Ley 812 de 2003, hayan sido regresivos para los maestros frente a su derecho a la pensión de invalidez, teniendo en cuenta como criterio de análisis inicial el monto pensional. Ello es así en razón de que la nueva ley establece un tope mucho menor para la citada pensión. Sin embargo, no se puede dejar de lado que este análisis se hará con base no solo en el monto, sino también en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral requerido, que puede entenderse como más ventajoso en la nueva legislación, los factores salariales y otros requisitos que se tienen en cuenta para el acceso a la prestación.

2. REGÍMENES APLICABLES A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE LOS DOCENTES OFICIALES.

Para el desarrollo del presente capítulo es necesario hacer algunas precisiones respecto a lo que significa pensión de invalidez y el motivo por el cual cobra relevancia dicha expresión.

Es preciso mencionar, en primer lugar, que, la pensión de invalidez puede ser definida como una prestación que tiene como fin último la protección del trabajador (en este caso el docente oficial), que se halla en condiciones de capacidad física o mental reducida por motivos diversos y que tornan más complicado e incluso imposible, en algunas ocasiones, el desempeño de sus labores.

Asimismo, puede definirse dicha pensión como una renta mensual entregada a la persona que se ha calificado como “inválida”, según Moreno, I. G. (2013) debido a que ha sufrido algún accidente o que padece de una enfermedad o patología determinada, con un origen derivado de sus labores o derivado del desempeño de funciones cotidianas, caso en el cual será denominada “de origen común”.

Ahora bien, respecto a la importancia del término invalidez en general, cabe resaltar que el mismo guarda estrecha relación con el término discapacidad, el cual a su vez en diversas ocasiones suele confundirse con el término incapacidad, con el que evidentemente tiene un origen común al estar relacionados con la desventaja que tiene una persona debido a lesiones o enfermedades que limitan las funciones que se desempeñan en el ámbito personal, social y/o laboral. No obstante, desde los puntos de vista conceptual (medicina), legislativo y social, presentan marcadas diferencias, pues en nuestro sistema jurídico actual, el término incapacidad está ligado a lo laboral. Es en este sentido entonces que se define la invalidez como un plazo de tiempo durante el cual un empleado debe cesar sus labores como consecuencia de dolencias, enfermedades transitorias o alteraciones de salud en general que lo puedan afectar durante un término de tiempo específico. (Herrero, Terradillos, Aguado, Capdevila, Ramírez & Aguilar, 2016)

Así pues, cuando el trabajador sufre una complicación en su salud, además del tratamiento médico, requiere de reposo físico para su completa recuperación y por ello es que el médico tratante debe prescribir la respectiva incapacidad. (Corte Constitucional de Colombia, 2019)

Cabe indicar entonces que ambos términos, si bien pueden ser confundidos, guardan grandes diferencias, donde la principal de ellas corresponde al término de tiempo durante el cual se sufre la afectación física o psicológica, dando como resultado que cuando hagamos referencia, en este artículo y en los ámbitos de la vida cotidiana a la discapacidad o invalidez, estamos haciendo alusión a toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano durante un periodo de tiempo mucho más prolongado o, incluso, vitalicio.

2.1. Régimen de pensión de invalidez establecido por el Decreto Legislativo 3135 de 1968.

Tratándose de la pensión de invalidez de los maestros oficiales en Colombia, podría realizarse un gran recorrido histórico mediante el cual sería posible señalar todas las conquistas sindicales gestadas por las organizaciones creadas por los miembros del magisterio. Sin embargo, para efectos del presente trabajo se excluirán tan importantes datos para proceder a realizar un recorrido jurídico de la materia objeto de análisis, iniciando por el régimen que nació como producto de la expedición del Decreto Legislativo 3135 de 1968, el cual, en su artículo 23, determinó el monto de la mesada pensional a que se tendrá derecho dependiendo del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se presente, sin tener en cuenta el origen de la misma. Para exponer de forma más clara los puntos señalados, se transcribe el mencionado artículo:

***Artículo 23.** Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:*

- a) El cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;*
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;*
- c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.*

PARÁGRAFO. La pensión de invalidez excluye la indemnización.

Por otro lado, pero con miras a complementar lo dispuesto en el artículo que se transcribió, se encuentra el Decreto 1848 de 1969, encargado de reglamentar el ya mencionado Decreto Legislativo 3135 de 1968 y de recordar en sus artículos 60, 61 y 63 los requisitos para que un empleado oficial, dentro de los que se incluían los maestros, pudiera acceder a una pensión de invalidez, dejando claro en resumidas cuentas a qué personas se les considera “inválidas” a la luz de dicha norma, y cuál es la cuantía o monto al que ascendería la pensión, dependiendo de determinados factores. Con el fin de ofrecer más claridad y procurando evidenciar lo antes señalado, a continuación se transcriben los artículos abordados en el presente párrafo:

***Artículo 60. DERECHO A LA PENSION.** Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.*

Artículo 61. DEFINICIÓN.

1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior

al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.

2.- En consecuencia, no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%.

Artículo 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. *El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Teniendo en cuenta lo manifestado hasta este punto, es coherente concluir que de acuerdo con el Decreto 1848 de 1969, la pensión de invalidez es reconocida sólo cuando la pérdida en la capacidad para desempeñar labores es igual a los índices descritos en los artículos referenciados, evitándose de esta manera interpretaciones amplias.

Los mencionados artículos, al mismo tiempo, establecen el monto o valor de la pensión sin traer a colación un término de tiempo mediante el cual el empleado público o docente oficial debe estar vinculado, lo cual lleva a una segunda conclusión previa, guiada a determinar en pocas palabras, que no existen limitaciones relacionadas con la fidelidad al sistema o al empleo específico para obtener la pensión.

Debe resaltarse también en este acápite una norma que guarda estrecha relación con el tema abordado hasta acá, pues es mediante esta que se determinan los elementos que definen el monto de la pensión por invalidez en el régimen propio de los empleados públicos antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. La norma en mención es el Decreto Ley 1045 de 1978, en cuyo artículo 45 se relacionan de manera taxativa los factores salariales necesarios para liquidar prestaciones sociales, tales como la enfermedad profesional. El enunciado del artículo es el siguiente:

Artículo 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

a) La asignación básica mensual;

- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.*

Toda la normatividad enunciada y expuesta hasta ahora debe interpretarse en conjunto con las disposiciones que se encargaron de regular gradualmente el régimen aplicable en materia prestacional a los docentes, antes de que fuera modificado en el año 2003 por la Ley 812. Así pues, se debe hacer alusión a los demás enunciados normativos que hacen parte del mencionado conjunto y que tienen gran importancia a la hora de adelantar un estudio que se centre en la pensión de invalidez para empleados públicos como los denominados maestros oficiales para dicha época. Lo anterior con el fin de lograr que el tema sea comprendido en la mayor medida posible. Por consiguiente, se hará una breve alusión a las normas que hacen parte de este régimen o sistema normativo para lo cual serán presentadas de forma contraria al orden cronológico en que fueron expedidas.

Se menciona en primer lugar la Ley 115 de 1994, en cuyo artículo 115, haciendo referencia a la carrera docente, se precisó lo siguiente:

Artículo 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. *El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. 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. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.*

Ahora bien, la Ley 60 de 1993, refiriéndose al mismo tema, dispuso en su artículo 6° entre otras cosas que:

Artículo 6°. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. *Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (...)*

“(...) 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 (...)”

Finalmente se presenta la Ley 91 de 1989, citada en las dos últimas disposiciones abordadas, y que en su artículo 15 establece lo siguiente:

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 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

*2. Pensiones:
(...)*

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Puede afirmarse entonces que la normatividad existente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 en materia pensional y, específicamente, en relación con la pensión de invalidez aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aparte de ser un régimen sometido en diversas oportunidades a las modificaciones del legislador, también es un modelo que fue evolucionando de forma gradual en la búsqueda por resolver las contingencias sociales que debe garantizar el Estado, sin que ello implicara un alto costo respecto de los

recursos que deberían ser utilizados para financiar y cubrir las necesidades de los empleados públicos del orden nacional, vinculados durante la vigencia de cada una de estas normas.

2.2. Régimen de pensión de invalidez establecido por la Ley 812 de 2003.

Se pretende exponer en el presente acápite el “nuevo” régimen de la pensión de invalidez, establecido en la Ley 812 de 2003, con el fin de que sea identificada la actual normatividad aplicable en la materia que cobija a los docentes oficiales y que terminó por reemplazar o modificar al establecido por el Decreto Legislativo 3135 de 1968. El régimen a exponer, entonces, se caracteriza por haber determinado como requisitos para acceder a la pensión de invalidez, los relacionados con la Ley 100 de 1993.

Con la expedición de la Ley 812 de 2003, “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” que entró en vigor el 27 de junio del mismo año, se dispuso entre otras cosas la modificación de las condiciones requeridas para acceder o tener derecho a la pensión de invalidez por parte de los docentes oficiales. Para tales efectos, la mencionada Ley dispuso en los dos primeros incisos de su artículo 81 lo siguiente:

Artículo 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.

Es necesario tener en cuenta además que cuando se habla de vinculación, se está haciendo referencia directamente al acto de nombramiento y posterior posesión, del cual deben ser partícipes los docentes para poder gozar de la condición de empleado público y para que les sea aplicada la normatividad referenciada, elemento que no debe tenerse sólo en cuenta para este régimen sino también para el régimen de pensión de invalidez establecido por el Decreto Legislativo 3135 de 1968 que fue expuesto con anterioridad.

Por otro lado, a propósito de la última norma referenciada, debe resaltarse que se modificaron tanto los requisitos como los montos para acceder a la pensión de invalidez de la cual son objeto o beneficiarios los docentes oficiales, pues como se puede observar, expresamente ordenó que, a partir de su entrada en vigencia, los docentes vinculados, tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Como la normatividad señalada remite a la lo establecido en la Ley 100 de 1993, debe indicarse que ésta regula el asunto, haciendo en primer lugar una distinción del origen o causa de la invalidez, estableciendo los parámetros a tener en cuenta para la invalidez de origen común en el Libro I, Título II, Capítulo III y para la invalidez de origen laboral en el Libro Tercero, Capítulo I.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 establece en su artículo 38 lo que puede considerarse “estado de invalidez”, con el fin de que de allí se desprenda la posibilidad de dar una negativa o aval por parte del encargado de cubrir la pensión de invalidez:

Artículo 38. ESTADO DE INVALIDEZ. *Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

Como ya se manifestó en el artículo que se transcribió anteriormente, se considera inválida a toda persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, siempre que dicha pérdida no sea provocada de forma intencional, ni derive de actividades profesionales. Sin embargo, es necesario que sea considerado para los mismos efectos el artículo 250 de la Ley 100 de 1993, pues mediante éste se definieron los criterios y organismos encargados de la calificación del estado de invalidez de origen laboral:

Artículo 250. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. *La calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta Ley para la calificación de la invalidez por riesgo común.*

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los requisitos para obtener una pensión de invalidez, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, establece lo siguiente:

Artículo 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

- 1. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
- 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

PARÁGRAFO 1o. *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

PARÁGRAFO 2o. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.*

Ahora bien, frente al monto al que puede ascender la pensión de invalidez, de conformidad con lo establecido por la Ley 100 de 1993, el artículo 40 determina a grandes

rasgos que el ingreso base de liquidación depende del número de semanas que el afiliado tenga cotizadas y acreditadas ante el fondo pensional que las administre, para lo cual define también unos criterios que pueden incrementar los índices porcentuales de manera progresiva. La disposición en comento es aplicable a los docentes vinculados al magisterio en caso de una eventual declaración de estado de invalidez, de origen laboral, por parte de los organismos encargados para dichos fines:

Artículo 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

La regulación en materia de invalidez de origen laboral se encuentra actualmente dispuesta en la Ley 776 de 2002, en cuyos artículos 9° y 10° se definieron los requisitos para que una persona se considere en estado de invalidez, y el monto de la pensión a la que tiene derecho respectivamente.

Para mayor ilustración, se presenta el texto de los artículos referidos:

Artículo 9°. ESTADO DE INVALIDEZ. *Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.*

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen.

El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.

Artículo 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:*

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;

b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;

c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

PARÁGRAFO 1o. *Los pensionados por invalidez de origen profesional, deberán continuar cotizando al Sistema General de Seguridad en Salud, con sujeción a las disposiciones legales pertinentes.*

PARÁGRAFO 2o. *No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.*

El trabajador o quien infrinja lo aquí previsto será investigado y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes, sin perjuicio de las restituciones a que haya lugar por lo cobrado y obtenido indebidamente.

En conclusión, y teniendo en cuenta que para efectos de desarrollar el presente artículo se estudiará únicamente la pensión de invalidez de origen laboral a favor de los docentes oficiales, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable; es por ello que las normas presentadas en este acápite serían las que configuran ese segundo régimen que cobra vigencia apenas en el año 2003 y que trae modificaciones sustanciales que, provisionalmente, no pueden calificarse como progresivas o regresivas, pues esa calificación personal solo se expondrá una vez se realice un análisis cuidadoso que involucre lo dispuesto en los acápites del presente artículo y la información adicional se haya podido encontrar respecto de ambos regímenes.

2.3. Comparación entre el régimen establecido a partir del Decreto Ley 3135 de 1968 y el régimen establecido a partir de la Ley 812 de 2003.

Si bien ya se han presentado en esencia ambos regímenes, la multiplicidad de sus normas puede hacer que el entendimiento de los mismos se torne algo complejo y, por ende, dificultar su comparación en pro de establecer cuáles fueron las diferencias que hicieron que se pudiera, desde nuestro punto de análisis, plantear la posibilidad de mirarlos bajo el lente del principio de progresividad.

Por lo tanto, a continuación, presentaremos un cuadro comparativo entre ambos regímenes, que dé cuenta de las características objeto de estudio.

<p style="text-align: center;"><i>Régimen anterior.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Decreto Legislativo 3135/1968.</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Régimen actual.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Ley 812 de 2003.</i></p>
<p>Normativa aplicable: Art 15 Ley 81/89, régimen aplicable: para los docentes vinculados a partir de 1981 y los nombrados a partir de enero de 1990, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.</p>	<p>Normativa aplicable: Art 81 Ley 812/03, régimen aplicable: a los docentes vinculados después del 27 de junio de 2003, Ley 100/93, Ley 797/03 y Ley 776/02.</p>
<p>Porcentaje de pérdida de capacidad laboral: Art 23 DL 3135/68 y art 61 DTO 1848/69: pérdida de capacidad laboral (PCL): del 75%.</p>	<p>Porcentaje de pérdida de capacidad laboral: Art 38 Ley 100/93 y art 9 Ley 776/02: pérdida de capacidad laboral (PCL): del 50%.</p>
<p>Monto: Art 23 DL 3135/68 ; monto: a) 50% con PCL del 75%; b) 75% con PCL superior al 75% e inferior al 95%; c) 100% con PCL superior al 95%.</p>	<p>Monto/Ingreso base de liquidación: Art 10 Ley 776/02; monto: a) 60% del ingreso base de liquidación (IBL) con PCL superior al 50% e inferior al 66%; b) 75% del IBL con PCL superior al 66%; c) Cuando el pensionado requiera el auxilio de otros para realizar funciones elementales, el monto del literal anterior puede incrementarse en un 15%.</p>
<p>Cuantía de la pensión: Art 63 DTO 1848/69; cuantía de la pensión: liquidada con base en el último salario devengado o el promedio mensual si era variable.</p>	<p>Cuantía de la pensión: Art 21 Ley 100/93 IBL: promedio de los salarios sobre los cuales se cotizó en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo, si es inferior a 10 años.</p>

<p>Factores salariales: Art 45 DTO 1045/78; factores salariales para liquidar la pensión: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.</p>	<p>Factores salariales: Decreto 1158/94; factores salariales: a) asignación básica mensual; b) gastos de representación; c) prima técnica; d) prima de antigüedad; e) remuneración trabajo dominical y festivos; f) bonificación por servicios prestados; g) remuneración por trabajo suplementario, horas extras u horas nocturnas.</p>
<p>Requisitos: Art 23 DL 3135/68, requisitos: ser empleado público y tener una PCL no provocada intencionalmente que sea superior al 75%.</p>	<p>Requisitos: Artículo 39 Ley 100/93, modificado por el art 1° de la Ley 860/03, requisitos: a) 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración; b) 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho; parágrafo 1°, los menores de 20 años, 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho o a la declaratoria de invalidez.</p>

Como se manifestó de manera previa, el cuadro anterior brinda la posibilidad de realizar una comparación directa respecto de las características del régimen establecido en el Decreto Legislativo 3135 de 1968 y del régimen establecido a partir de la expedición de la Ley 812 en el año 2003, lo cual permite evidenciar con mayor detalle y facilidad, los principales cambios que se dieron frente a la pensión de invalidez para los docentes del magisterio y, específicamente, frente al monto y la pérdida de capacidad laboral exigida, elementos que son el objeto principal de análisis en la presente investigación.

3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA PENSIONAL.

El principio de progresividad es sin duda uno de los más importantes actualmente consagrados dentro de la Constitución Política de Colombia en materia de derechos sociales. El concepto de principio es por sí mismo polémico. De acuerdo con las múltiples definiciones brindadas por M. Atienza y J. Ruiz Manero en la Revista Doxa (1991), la descripción del término que más se ajusta a los objetivos del presente trabajo sería la siguiente:

“h) “Principio” en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero es (al menos en el Derecho español) el principio de jerarquía normativa (en el art. 9,3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional que, aún sin estar formulado explícitamente en nuestro Derecho, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla).

El principio es un tipo de norma que *no* puede ser confundido con el término *regla*. Para ello téngase en cuenta la precisión brindada por el filósofo del derecho y jurista alemán Robert Alexy (1994):

“Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”

Así pues, zanjado el asunto, y considerando que para la comprensión del presente capítulo se definió de manera somera pero precisa el término *principio*, se procederá a desarrollar sus correspondientes acápites teniendo en cuenta lo mencionado.

3.1. Principio de progresividad en el Derecho Internacional.

El principio de progresividad se encuentra consagrado en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el cual se establece que *“(…) cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación*

*internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (negrilla por fuera del texto original); y aunado a este, encontramos también la Observación N° 3 E/1991/23 (1990) del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señala que con base en el artículo 2 del Pacto, los Estados Parte tienen dos tipos de obligaciones, que son las de comportamiento y las de resultado; y dentro de las segundas, está incluida la obligación de adoptar medidas que progresivamente satisfagan los derechos contemplados en el instrumento internacional.

En el mismo sentido encontramos el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala la obligación en cabeza de los Estados denominada desarrollo progresivo: “Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (negrilla por fuera del texto original).

Como nos indica Toribio, O. (2011), el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de ahora en adelante DESC, tiene una dimensión doble, que consta de una primera parte con carácter positivo, que se encamina al desarrollo gradual de los derechos y ello se logra a través de decisiones que propendan a la preeminencia de los derechos por razones, sociales, culturales o económicas; y la segunda dimensión, que sería la negativa que se materializa a través de la prohibición de retroceso en cuanto a la garantía y materialización de los derechos y es lo que conocemos como el principio de no regresividad.

También es importante resaltar la conexidad de las normas internacionales que hasta ahora se han mencionado con una que trae a colación Toribio, O. (2011), y es el inciso 8° del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, aceptada universalmente, y que hace alusión al criterio de conservación y no derogación del régimen que pueda ser más favorable al trabajador; pues, responde a la dimensión negativa del principio de progresividad, al procurar no desmejorar los derechos y las garantías que los acompañan.

En lo atinente a jurisprudencia internacional al respecto, si bien es cierto que mayoritariamente encontramos pronunciamientos que versan sobre violaciones a derechos civiles y políticos, ello no excluye la estrecha relación entre estos y los DESC y, por ende, podemos encontrar que en las decisiones que toma, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus medidas propenden a la protección de ambos grupos de derechos.

Así, encontramos el pronunciamiento de dicho Tribunal en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001, en el cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso a la Corte para que se determinara si había existido

violación por parte de Panamá de la obligación de respetar los Derechos (artículo 1.1); el deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno (artículo 2); Las garantías judiciales (artículo 8); los principios de legalidad y retroactividad (artículo 9); derecho a indemnización (artículo 10); derecho a la reunión (artículo 15) y libertad de asociación (artículo 16).

La motivación para acudir ante la Corte se basa en hechos ocurridos a partir de 1990 cuando se aprobó la Ley N° 25 que sirvió de fundamento para el despido masivo de 270 empleados públicos que habían participado en manifestaciones por reclamos laborales, y se les acusó por ello de complicidad en una asonada militar.

La Corte en su decisión, no sólo dirigió sus medidas a la protección de los derechos invocados, sino que los relacionó con otros de índole social, económica y cultural, como los laborales que habían sido afectados con los despidos masivos; y si bien no hace como tal alusión al 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se encuentra la norma relativa al principio de progresividad, destaca que con base en la Ley que aprobó Panamá, hay un retroceso que no sólo choca con la normativa internacional, sino que además va en detrimento de los derechos de los reclamantes, es decir, es regresivo respecto a los mismos.

Por lo tanto, en este caso, la Corte concluyó la existencia de la violación del derecho de libertad de asociación y el principio de irretroactividad de la Ley, teniendo en cuenta que no se encontró que las normas allí contenidas estuviesen respaldadas en la necesidad de salvaguardar el orden público, ni tenían relación con el principio de proporcionalidad.

Es entonces evidente la protección que desde el ámbito de los instrumentos y las instituciones internacionales existe frente a la progresividad de los derechos y su efectivo cumplimiento y desarrollo y, de igual forma, la garantía de que tales derechos no sean menoscabados o incluso desdibujados por parte de los Estados que, además, al adoptar esta normativa internacional, se comprometen a propender porque sus medidas, legislativas, políticas, educativas y en general, de toda clase, vayan encaminadas a el avance de los derechos.

De igual forma, cuando se analiza el principio de progresividad desarrollado por las organizaciones internacionales enfocadas en salvaguardar los derechos y facultadas para ello, es necesario como mínimo hacer mención también respecto de la variable existente de dicho principio, denominada *no regresividad*, la cual, como ya se dijo, puede ser considerada una variable o un principio autónomo, pero que a fin de cuentas puede entenderse como una prohibición directa a los Estados miembros de tratados sobre Derechos Humanos que consideren la posibilidad de expedir políticas o legislación regresiva, tal y como lo define Courtis C. (2006) en su estudio sobre derechos sociales:

“Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales, y culturales. la obligación veda y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde

la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de su adopción de toda mejora que haya experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes”

Aparte de la definición brindada al respecto, puede verse la *no regresividad* como una obligación mínima adquirida por el Estado de adoptar políticas y medidas (sancionar normas) que puedan desmejorar lo alcanzado respecto a derechos sociales, económicos y culturales de los que gozaba la población en un determinado momento, que puede ser aquel desde cuando ratificó el tratado internacional, , dado que desde ese momento se obligó a mejorar la aplicación de los derechos y, de forma simultánea, a no actuar en contrario.

En el mismo sentido ha hecho sus pronunciamientos el Comité del PIDESC sobre la regresividad tal y como puede entenderse con base en el análisis del principio de progresividad que realizó en su Observación N° 3 E/1991/23 (1990), señalando que está encaminada al examen de las medidas que los Estados Parte tomen con base en la obligación de que las mismas siempre se dirijan hacia a la satisfacción y protección máxima de los derechos referidos en el PIDESC y que ello se dé en un plazo razonable, además puedan ser deliberadas, concretas y que se sirvan del medio más apropiado, que no siempre será el legislativo.

A tal efecto, todas las medidas deben ser cuidadosamente consideradas y justificadas, sobre todo las de carácter regresivo, pues siempre debe tenerse presente la satisfacción, aunque sea mínima de los derechos y sus avances, manteniendo como base la esencia de cada uno de ellos y la garantía del bienestar general.

Tampoco debe dejarse de lado que Colombia, adhirió en diciembre de 1997 al Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que este trae consigo en su artículo 19, dentro de los “Medios de Protección”, el requisito de informes periódicos por parte de los Estados Parte con el fin de evaluar las medidas progresivas que se hayan ido adoptando para el debido respeto de los derechos consagrados.

Conforme a lo anterior, mediante la resolución AG/RES 2074 (2005) aprobada por la Asamblea General, se constituyó el pliego de requisitos para la realización del informe pedido por el Protocolo de San Salvador y, dentro de los mismos, se encuentra que en la revisión que de él haga el Grupo de Trabajo, se tendrán en cuenta las medidas que resulten regresivas, pues en principio se entiende que no son compatibles con el Protocolo, y que como se exige en su lugar la progresividad aplicada a las obligaciones asumidas por los Estados, necesita de una actitud positiva con fin de avanzar hacia el objetivo propuesto de garantía de los derechos y no una mera actitud inactiva.

De hecho, y tal como lo indica Pinto, M. (2004), para los derechos enunciados en el pacto existe la presunción que prohíbe la adopción de medidas abiertamente regresivas, y por ello es indispensable que los Estados demuestran que luego de la aplicación de un exhaustivo examen, se determinó que estaban justificadas dichas medidas, de lo contrario irían en contra del pacto y no tendrían cabida según el planteamiento de los objetivos del mismo.

3.2. Principio de progresividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

El principio de progresividad ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia expedida por la máxima autoridad de la Jurisdicción Constitucional de Colombia, pues es considerado un elemento fundamental en materia laboral y en materia de seguridad social. Además, como ya se expuso, tiene también origen y un amplio desarrollo en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación internacional.

Se hace necesario en este punto poner de presente también, que el principio de progresividad en materia de la seguridad social dentro de la jurisprudencia colombiana, fue desarrollado de forma tardía, puesto que se le dio prevalencia a otros principios como el de favorabilidad por parte de la Corte Constitucional, que si bien fue un elemento importante para lograr la protección de derechos sociales, económicos y culturales, no ha alcanzado la trascendencia en esta materia que se evidencia con el principio por el cual se adelanta el presente trabajo. Lo anterior se manifiesta teniendo como referente lo dicho por algunos autores que han estudiado el tema:

Los pronunciamientos jurisprudenciales que involucran el principio de la progresividad en pensión de invalidez comienzan tarde por la ruptura interpretativa frente a otros principios, cobrando autonomía y convirtiéndose en la práctica, en un límite al legislador quien en materia de seguridad social goza de amplia configuración; razón por la cual, la numerosa, dispersa y coyuntural normatividad generaba garantías a los posibles receptores pensionales a través del principio de favorabilidad. (Moreno, 2013 p. 10)

En la actualidad, el principio en mención es tan importante en la legislación colombiana, que quien se encuentra facultado a través de la Constitución Política para expedir las respectivas leyes, debe ceñirse a todo el desarrollo que existe sobre él. Por tanto, no le es dable al legislador apartarse simplemente de su aplicación pues podría implicar falta de seguridad jurídica y es en ese caso en el que entra la Corte Constitucional de Colombia a jugar un papel relevante. Así, por ejemplo, en la Sentencia C- 507 de 2008, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“Una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

(...)

Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.”

La Corte Constitucional de Colombia, también ha presentado diversos argumentos en relación con dicho principio, refiriéndose entre otras cosas a los elementos que facultan al legislador para expedir normas en las materias ya mencionadas que puedan ser ciertamente consideradas regresivas, siempre y cuando se demuestren razones de peso suficientes para legitimar dicha conducta. Es por lo anterior que, en la Sentencia C- 1141 de 2008, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se expresó lo siguiente:

“El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”

Sobre la presunción de inconstitucionalidad que a primera vista existe frente al retroceso en materia de derechos sociales, la Sentencia C-038 de 2004 hace un desarrollo claro del tema en los siguientes términos:

“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”.

En conclusión, puede decirse que se ha dado un rango de relevancia tan alto en el Estado Colombiano al principio de progresividad en materia de seguridad social, que actualmente él debe ser tenido en cuenta para cada pronunciamiento que efectúe el legislador respecto a los temas que involucra, convirtiéndose en una garantía indispensable que ha generado dentro del marco legal la seguridad necesaria para alcanzar el cumplimiento de los demás principios consagrados en la Constitución Política de 1991.

3.3. Principio de progresividad en la legislación Nacional Colombiana.

Como ya se ha visto en anteriores acápite, el principio de progresividad tiene sustento u origen en el Derecho Internacional y relación directa con el tema de los Derechos Humanos, puesto que en estos se crea la obligación o deber de los Estado de velar y hacer lo posible por lograr un desarrollo progresivo de las instituciones que fomentan la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Se podría manifestar que el principio de progresividad no se encuentra plenamente regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que es mencionado en diversas normas, siendo la principal de ellas la Constitución Política; en el artículo 48 en su segundo inciso, la Carta Política dispone que: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.”

El principio de progresividad también se encuentra mencionado en varias oportunidades dentro de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*” Encontrándose la primera mención en el preámbulo de la citada Ley, que dispone lo siguiente:

“La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.” (Negrilla fuera del texto)

Además, en el artículo 2º, que consagra los principios a los que se sujetará el servicio público esencial de seguridad social para su prestación, dispone mediante un único párrafo que: “**La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.**” (Negrilla fuera del texto)

Finalmente, y haciendo referencia directa al Sistema General de Pensiones, se tiene que si bien, el contenido del principio de progresividad ha sido desarrollado principalmente por vía jurisprudencial, dicho desarrollo ha se ha generado por la sujeción legal de dicho principio con el sistema de pensiones. Muestra de ello es el artículo décimo de la Ley 100 de 1993, que define el objeto del mencionado sistema pensional colombiano, resaltando la relevancia de que el mismo sea ampliado en cobertura de forma progresiva para que de esta forma el segmento de la población no cubierta con el sistema pueda acceder en un momento determinado a él:

Artículo 10. OBJETO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. *El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como **propender por la ampliación progresiva de cobertura** a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.*

Por esta misma línea y apartándose de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, es preciso mencionar la Ley 74 de 1968, “por la cual se aprueban los *"Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966"*, pues en su artículo único dispone lo siguiente:

“Artículo único. Apruébense los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y que a la letra dice: (...)”

De lo anterior puede inferirse entre otras cosas, que el artículo segundo del mencionado PIDESC, que hace referencia directa al principio de progresividad, ha sido ratificado dentro de la legislación nacional, reforzando de esta forma su obligatoriedad:

“ARTÍCULO 2

*1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para **lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*

En conclusión, no es dable afirmar que el principio de progresividad ha sido regulado directamente dentro de la legislación colombiana. Sin embargo, sí ha sido incorporado del derecho internacional y sirve de referente para estudiar situaciones de tránsito normativo en las que, posiblemente, se desmejora el reconocimiento de derechos, como pudo haber sucedido con la pensión de invalidez de los docentes del magisterio oficial.

4. ¿SE MATERIALIZÓ EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD CON EXPEDICIÓN DE LA LEY 812 DE 2003?

Luego de haberse presentado un análisis normativo detallado sobre la regulación en materia de pensión de invalidez aplicable a los docentes vinculados al magisterio y habiendo revisado en diferentes ámbitos los criterios necesarios para la aplicación del principio de progresividad en materia de la seguridad social, debe indagarse sobre la materialización del mencionado con la expedición de la Ley 812 de 2003, teniendo en cuenta que con ella se presentaron sustanciales cambios que modificaron de forma parcial las condiciones necesarias para la obtención de la citada prestación .

Como se dejó explicado en la primera parte del presente escrito, son múltiples las diferencias que se presentan frente a la adquisición de la pensión de invalidez de los docentes oficiales entre el régimen que dispuso el Decreto Legislativo 3135 de 1968 y el que actualmente está vigente. Es por eso que se pretende en lo subsiguiente demostrar que vistos en abstracto, es posible evidenciar la existencia de pros y contras en cada uno de dichos regímenes, pero, además, se intentará dar respuesta a la pregunta que existe sobre cuál de los dos puede ser más progresivo, teniendo también en cuenta para ello la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, que tal como lo ha entendido la Corte Constitucional, y lo relaciona en Sentencia SU-005 DE 2018, es la protección de las expectativas legítimas cuando ocurren cambios normativos abruptos que puedan traer consigo requisitos que impidan o dificulten en extremo la consolidación de un derecho.

Ello claramente va de la mano con lo que se ha explicado del principio de progresividad, que busca un desarrollo sucesivo de los derechos y su materialización y que por ende comprende la necesidad de la aplicación de las normas que vayan en pro de la realización paulatina de los derechos, sin importar necesariamente su vigencia; pues, tal como se ha entendido, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas que son regresivas, van en contravía de lo estipulado en La Convención Americana de Derechos Humanos y no responden por lo tanto a las obligaciones contraídas por los Estados, toda vez que como se indica en el artículo 2 del instrumento internacional mencionado, existe el deber de adaptar la legislación interna para que la misma vaya encaminada tanto al respeto de los derechos y libertades como de su garantía. De igual forma, junto con la norma referenciada anteriormente, se encuentra la contenida en el artículo 26 de dicha Convención, mediante la cual se recalca la necesidad del desarrollo progresivo y efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales.

4.1. Análisis respecto de la cuantía de la pensión.

Según el comparativo presentado en un acápite anterior, a simple vista resulta mucho más favorable el régimen establecido por el Decreto 3135 de 1968 teniendo en cuenta que existe la posibilidad de obtener una pensión de invalidez de hasta el 100% del último salario devengado por el docente oficial o el último promedio mensual en caso de que dicho salario sea variable. Lo anterior considerando además que en el régimen establecido por la Ley 812 de 2003, se descarta de entrada la posibilidad de que se obtenga una pensión de invalidez por dicho porcentaje (100%) y teniendo como expectativa máxima la obtención de una pensión por un monto del 90% del ingreso base de liquidación, sólo cuando la pérdida de capacidad laboral acreditada es superior al 66% y el pensionado requiera el auxilio de otras personas para realizar funciones elementales.

No obstante, resulta preciso mencionar también que en el régimen establecido por el Decreto 3135 de 1968, siempre que se presente una pérdida de capacidad laboral igual al 75%, se obtendrá sólo una pensión por un monto del 50% del ingreso base de liquidación, lo que evidentemente es más desfavorable contrastado con el régimen establecido posteriormente por la Ley 812 de 2003.

Resulta entonces complejo determinar cuál de los conjuntos normativos puede considerarse más favorable, pues como ya se manifestó, es evidente que en proporción frente a algunos aspectos relacionados con las expectativas de incrementar la cuantía de la pensión, puede uno ser mucho más llamativo que el otro, pero visto desde un ángulo diferente, puede evidenciarse lo contrario, dificultando de esta forma la tarea de determinar mediante el estudio de los criterios, si existe progresividad o regresividad en relación con lo estipulado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. También es necesario observar normas o reglas adicionales que puedan arrojar respuestas claras o simplemente ayudar a concluir de forma más concreta que ha existido o no un progreso frente a este tema.

4.2. Análisis respecto de la pérdida de capacidad exigida.

Frente a este requisito, pareciera ser más favorable lo que trae consigo el régimen aplicable con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, el determinado por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 38 indica que, con el 50% de pérdida de capacidad laboral, se podrá calificar a una persona como inválida, y que se entiende de igual forma en la Ley 776 de 2002 que regula lo atinente a la pensión de invalidez de origen laboral.

Por su parte, el régimen posterior a la vigencia del Decreto 3135 de 1968, exige como mínimo una pérdida de capacidad laboral del 75%, es decir, no considera inválido a quien tenga un porcentaje del 74% de pérdida de capacidad laboral.

Podría entenderse que, durante el período de aplicabilidad de este régimen, no se considera una exigencia tan grande, sobre todo si se tienen en cuenta las condiciones prestacionales y pensionales que en general gozaban los docentes como empleados públicos; sin embargo, una vez entra en vigor el régimen de la ley 100 de 1993 y se eliminan algunos beneficios de los docentes, tales como la pensión de gracia, es evidentemente complicado mantener condiciones tan complejas de cumplir.

Entonces, podríamos entender que actualmente, y en caso de que ambos regímenes parezcan ser posiblemente aplicables a un caso concreto, es más beneficiosa la aplicación del régimen actual, si se mira a partir de la pérdida de capacidad laboral exigida.

4.3. Análisis respecto de las condiciones que deben cumplirse para acceder a la pensión de invalidez.

Según lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, se exige que hayan sido cotizadas como mínimo 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración en caso de enfermedad o en caso de accidente; también se estableció mediante la citada norma, que los menores de 20 años deben contar con un mínimo de 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente

anterior a la fecha del hecho que ocasiona la invalidez o la fecha de estructuración de la misma.

Es decir, además de que la pérdida de capacidad laboral debe ser superior al 50%, que como dijimos podría ser un porcentaje más benévolo, la exigencia en cuanto a un número de semanas acumuladas, puede incrementar la dificultad para alcanzar la prestación y puede ser un obstáculo si no se cumple con ella.

Podríamos decir incluso, que frente a este requisito para acceder a la prestación y según la teoría presentada sobre el principio de progresividad, esta norma resultaría regresiva; ello con base en que, se hace obligatorio para los trabajadores, en este caso para los docentes, comenzar una vida laboral con cierta prontitud y de esta forma poder tener un número de semanas cotizadas más abultado que se convierta en mayor posibilidad de acceder a la prestación en caso de un accidente o una enfermedad. Lo anterior evidentemente no se ajusta a la realidad del sistema pensional colombiano, más aún si se tienen en cuenta las cifras de desempleo alcanzadas en la actualidad, o a manera de ejemplo, si se tiene en cuenta el caso del trimestre móvil de diciembre de 2020 a febrero de 2021, durante el cual, 38,9% de la población en edad para trabajar, se encontraba inactiva según lo indica el DANE, (2021), lo cual repercute directamente en las posibilidades de cotizar semanas para ese porcentaje de personas y en la probabilidad de que las mismas alcancen los hitos impuestos por el sistema.

Por lo tanto, es común que las personas que se encuentran realizando sus estudios no puedan estar al mismo tiempo activos laboralmente, y por ello, se les dificulte mucho más acumular cierto número de semanas cotizadas al régimen pensional, y aunado a ello, tampoco se puede desconocer la alta informalidad que en materia laboral padece nuestro país, del cual, los jóvenes no escapan, pues como indica el DANE, (2021), para el mismo trimestre móvil de diciembre de 2020 a febrero de 2021, la informalidad laboral alcanzó un 48,1%, y en el mismo sentido, se tiene que la proporción de ocupados cotizantes fue del 49,7%.

Haciendo referencia a lo anterior, no resulta raro que, durante los años de estudio, las personas no puedan laborar o laboren de manera informal sin realizar cotizaciones al sistema pensional y, por ende, en teoría comiencen mucho más tarde a evidenciar un incremento en su número de semanas cotizadas.

No hay que irse muy lejos para analizar esto, pues basta con recorrer los recintos de las universidades públicas para dar cuenta de la cantidad de jóvenes que mediante emprendimientos pequeños, compuestos en su mayoría por ventas de comida, accesorios o similares, buscan principalmente su sostenimiento durante la etapa académica.

Sin embargo, la Corte Constitucional en examen realizado a dicha norma, mediante sentencia C-428 de 2009, determinó que si bien se extendió el número de semanas que debían ser cotizadas como requisito de acceso a la prestación, también se amplió el tiempo para ello de 1 a 3 años y que por tanto dicho requisito era incluso más favorable para los grupos poblacionales que no tenían estabilidad laboral y con ello se desvirtuó la presunción de regresividad, conforme al principio de libertad de configuración del legislador, declarando exequible el requisito.

Por su parte, el régimen del Decreto Legislativo 3135 de 1968, en su artículo 32, sólo exige para acceder a la prestación, ser empleado público y cumplir con la pérdida de capacidad laboral ya mencionada, requisitos apenas acordes con la calidad que ostenta un docente como empleado público en la actualidad.

4.4. Análisis respecto de los factores salariales que se tienen en cuenta para calcular el monto de la pensión.

Como ya se manifestó con anterioridad, los regímenes pensionales contemplan también diferencias respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar el cálculo del monto pensional al que tiene derecho un miembro del magisterio. Así pues, se tiene que para el régimen pensional establecido por el Decreto Legislativo 3135 de 1968, los factores salariales aplicables son los dispuestos en el artículo 45 del decreto 1045 del 07 de junio de 1978, artículo mediante el cual se definen los elementos que constituyen salario, pues el objeto de su expedición fue “determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte”.

En el artículo ya referenciado se define como primer factor salarial, la asignación básica mensual para el respectivo cargo, que es entendida como la remuneración fija u ordinaria que recibe mensualmente el empleado público, sin incluir otros factores de salario, tales como lo percibido por concepto de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, de acuerdo con el Concepto 54551 del año 2019, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública. En otras palabras, la asignación básica mensual es el factor principal para definir el monto de una pensión por invalidez. Sin embargo, existen otros factores salariales presentados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 tales como los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto Ley 1042 de 1978, los gastos de representación, la prima técnica, los auxilios de alimentación y de transporte, la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de vacaciones, los cuales, al ser tenidos en cuenta de forma conjunta, pueden favorecer ampliamente al docente beneficiario de este régimen que adquiere el derecho pensional, pues el monto final de la mesada podrá incrementarse con cada uno de ellos.

Por otro lado, refiriéndonos a la Ley 812 de 2003, se tiene que los factores salariales, mediante los cuales se pagaron los aportes por parte de los docentes oficiales beneficiarios de este régimen, son los que deben tenerse en cuenta también para calcular el monto de la pensión. Dichos factores salariales se encuentran definidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, con el cual se puede evidenciar que se comparten algunos factores salariales presentes en el ya mencionado Decreto 1045 de 1978, entre los que se encuentran la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica y la bonificación de servicios prestados. Sin embargo, se suprimieron algunos factores salariales existentes en la legislación anterior, tales como incrementos de remuneración, auxilios de alimentación y transporte, prima de servicios y prima de vacaciones, para en su lugar incluir la denominada prima de antigüedad, la remuneración por trabajo dominical y festivos y la remuneración por trabajo suplementario, horas extra u horas nocturnas. Así, no es complicado concluir que se redujo el número de factores salariales considerados para obtener la pensión, y que también

se presentaron nuevos factores salariales que significan a la larga la posibilidad de obtener menos beneficios pues están dirigidos a un reducido número de trabajadores que pueden gozar de ellos.

Se puede afirmar entonces, que en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta con el fin de calcular el monto pensional, trae mayores beneficios el régimen anterior a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, pues no sólo considera salario a un número mayor de factores, sino que los factores presentados evidentemente pueden generar un incremento en el valor de la pensión o específicamente en la mesada pensional.

Conclusiones

La discusión jurídica sobre los regímenes aplicables a los maestros oficiales respecto de la obtención de la pensión de invalidez es compleja, principalmente por la posibilidad que existe, con posterioridad a su análisis, de llegar a diversas conclusiones que pueden estar influenciadas por el conocimiento, el punto de vista o las experiencias particulares de cada persona. Sin embargo, después análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial que se ha presentado, es pertinente brindar algunas conclusiones:

1. No es posible determinar que con la expedición de la Ley 812 de 2003 se haya generado un estado de regresividad evidente respecto del sistema pensional en general o de la pensión de invalidez en particular de los docentes del magisterio oficial. Algunos aspectos como el porcentaje de pérdida de capacidad exigido en uno y otro régimen se modificaron de forma considerable, haciéndose inclusive muchísimo más benévolo en el régimen actual, pues en comparación con el anterior, se necesita un 25% menos en la calificación de pérdida de capacidad laboral para aplicar por la obtención de la pensión de invalidez.

Además, las apreciaciones frente a los cambios se hacen más difusas si se comparan otros puntos como los factores salariales que se tienen en cuenta para la liquidación de la pensión, puesto que, si bien hay cambios, los mismos no representan como tal un detrimento si se observa que van de la mano con nuevos elementos guiados a la protección del trabajador, tales como agregar las horas extras al cálculo sobre el cual se hará el análisis de la mesada pensional. Incluso, frente al monto sobre el cual se calcula la mesada pensional, parece ser más pródigo el régimen actual, pues, no solo tiene un rango más amplio de porcentaje de PCL a partir del cual calcularlo, sino que también, con un porcentaje de pérdida de capacidad inferior, se puede obtener un monto mayor; por ejemplo, con un 66% se tiene un monto del 60% del PCL, y con el mismo porcentaje, ni siquiera se considera a alguien como inválido en el régimen anterior. Así mismo, con un porcentaje del 75% se tiene un monto de 75% del IBL y con el mismo porcentaje en el régimen anterior, se cuenta con un monto del 50%.

Por lo tanto, y frente a estos requisitos básicos y que sufrieron importantes transformaciones de un régimen a otro, no se desprende un detrimento relacionado con los derechos de los maestros en sentido estricto, pues podría decirse incluso que se tiene una mayor cobertura frente a las contingencias económicas que se desprendan de las alteraciones a las condiciones de salud que dan pie a la pensión de invalidez, dado que amplía el marco de quienes pueden considerarse en primer momento inválidos con base en su pérdida de capacidad laboral; por lo tanto, resulta equivocado declarar la existencia de regresividad frente a las diferencias ya señaladas e, incluso, puede afirmarse que si se busca mayor cobertura y protección desde un porcentaje de pérdida de capacidad laboral más bajo, se persigue la efectividad del derecho a la seguridad social, presupuesto indispensable para el desarrollo progresivo de los derechos, tal y como lo indica el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y como lo trae consigo la misma Ley 100 de 1993 en su artículo 2°.

2. De igual forma, se evidencia que hubo variación entre ambos regímenes sobre las condiciones o requisitos que deben cumplirse a la hora de pretender el acceso a la pensión de invalidez. El régimen del Decreto 3135 de 1968 sólo exigía contar con el porcentaje de

pérdida de capacidad laboral del 75% y ser empleado público, lo que se encontraba evidentemente acorde con la calidad de empleados públicos que tenían los docentes oficiales. Mientras que el régimen actual que comenzó a cobijar a los maestros con la expedición de la ley 812 de 2003 y que debe ser leído en conjunto con la Ley 100 de 1993, trae como requisito adicional al porcentaje de pérdida de capacidad laboral requerido, un número de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, o de la ocurrencia del accidente si fuera el caso, y su única excepción para reducir este número de semanas se encuentra basada en la edad, pues teniendo menos de 20 años de edad, la persona que sufrió un accidente o una enfermedad que disminuyó en un 50% o más su pérdida de capacidad laboral, deberá acreditar ya no 50 semanas cotizadas, sino un mínimo de 26 en el último año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la enfermedad o de ocurrencia del accidente.

Con base en esta diferencia tampoco se puede concluir que con la expedición de la Ley 812 de 2003 se haya generado un latente estado de regresividad, pues dicha situación fue incluso analizada por la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-428 de 2009 y el tribunal determinó que, si bien era cierto que se había extendido el número de semanas cotizadas como requisito para acceder a la prestación, también se había ampliado el tiempo para ser cotizadas y que, por ende, podía entenderse que dicho requisito era inclusive favorecedor para los grupos poblacionales que no contaban con estabilidad laboral y desvirtuó por lo tanto la presunción de regresividad conforme al principio de libertad del legislador, declarando por tanto dicho requisito como exequible. Sin embargo, y a la luz del análisis aquí hecho sobre el principio de progresividad, dicha norma no es como tal progresiva y, en cambio, sí podría parecer con tintes regresivos, pues resulta obligatorio para los trabajadores comenzar una vida laboral con cierta prontitud para poder contar con un número de semanas cotizadas más abultado y tener una posibilidad mayor para acceder a la prestación, lo cual dista de la realidad del país, teniendo en cuenta los altos niveles de desempleo y dentro de los mismos, la gran cantidad de hombres y mujeres que aun estando en edad para trabajar, se encuentran inactivos en el mundo laboral al estar estudiando.

Sin apartarse de lo dicho hasta ahora, es igualmente discutible el argumento del tribunal constitucional a la hora de analizar el requisito del número de semanas necesarias y el tiempo en el cual deben ser cotizadas al sistema, pues si bien hace alusión a que hubo una ampliación en el tiempo, estableciéndose de 1 a 3 años para ello, y que según se señala, con base en ello podrían verse favorecidos los grupos poblacionales que no contaban con estabilidad laboral, lo mismo pareciera ser contradictorio con las cifras que se han mencionado sobre desempleo y trabajo informal, pues el requisito sí amplía el plazo, pero recalca que las cotizaciones deben ser en los 3 años inmediatamente anteriores a la ocurrencia del accidente o de la estructuración de la enfermedad, llevándonos a preguntar: ¿qué pasa con las personas que, por culpa de la informalidad, la poca estabilidad laboral y el desempleo, cuentan con el número de semanas requerido pero distribuidas en un período más distante?

Así las cosas, si bien se ha defendido la progresividad evidenciada con la expedición de la Ley 812 de 2003, manifestando que introdujo ciertos cambios encaminados a la posibilidad de un mayor acceso a una prestación social como la aquí tratada para personas que con fundamento en el régimen anterior eran excluidas; también es necesario entender que no es enteramente progresiva, pues dicha Ley trajo consigo el requisito mínimo de

semanas cotizadas en un tiempo determinado, lo cual presenta un obstáculo y dificulta la optimización de un mandato como el del principio de progresividad, por lo cual, y en caso de ser aplicables ambos regímenes frente a un caso particular, debe realizarse un análisis según los requisitos y la real materialización de derechos que con base en una u otra normatividad pueda darse, y mediante ello definir la más favorable aplicando la principalística vigente en el ordenamiento jurídico.

Referencias

- Alexy, R. (1994) *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. pág 75.
- Atienza, M, Ruiz Manero, J. (1991). Sobre Principios y Reglas. *Revista Doxa* -Volumen 10.
- Asamblea General de la OEA. (2005), *Resolución 2074 "Normas para la Confección de los Informes Periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador"*, disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/docs/ag02863s12.pdf>
- Asamblea General de Las Naciones Unidas. (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16): Nueva York. Resolución 2220 A (XXI).
- Cadena, F. C. (2011). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. *Vniversitas*, 60 (122), 77-116.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia (julio 06). Bogotá: Gaceta Constitucional N° 127 del 10 de octubre de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. (1968). Ley 74 de 1968 (diciembre 26): Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (1989). Ley 91 de 1989 (diciembre 29): Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 60 de 1993 (agosto 12): Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 100 de 1993 (diciembre 23): Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial.

- Colombia. Congreso de la República. (1994). Ley 115 de 1994 (febrero 8): Por la cual se expide la ley general de educación. Bogotá. Gaceta Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (2002). Ley 776 de 2002 (diciembre 17): Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales. Bogotá. Gaceta Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (2003). Ley 812 de 2003 (junio 26): Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República. (2003). Ley 860 de 2003 (septiembre 26): Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1968). Decreto Legislativo 3135 de 1968 (diciembre 26): 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. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1978) Decreto Legislativo 1042 de 1978 (junio 7): Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1978) Decreto Legislativo 1045 de 1978 (junio 7): Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1969) Decreto 1048 de 1969 (noviembre 4): Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1994) Decreto 1158 de 1994 (junio 03): Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (1994). Decreto 1295 de 1994 (junio 22): Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. Bogotá. Diario Oficial.

- Colombia. Presidencia de la República. (2002). Decreto 1278 de 2002 (junio 19): Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente. Bogotá. Diario Oficial.
- Colombia. Corte constitucional. (2019). Sentencia T - 161 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). Sentencia C - 428 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006) Sentencia T - 221 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1997). Sentencia C - 251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU - 624 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C - 1165 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C - 1489 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia C - 1141 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia C - 507 de 2008. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU - 005 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido. Bogotá. Corte Constitucional.
- Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública. (2019). Concepto 54551 de 2019. Asesor con funciones de la Dirección Jurídica. José Fernando Ceballos Arrollave. Bogotá. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 3-52.

- DANE. (2021). *Mercado laboral inactividad*. DANE Información para todos. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/inactividad>.
- DANE. (2021). *Empleo informal y seguridad social*. DANE Información para todos. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social>.
- Goyes Moreno, I., (2013). Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Panorama, Volumen 12*, 123-141.
- Mejía, C. A. D. (2014). Pensión de invalidez de origen mixto y responsabilidad económica de las aseguradoras, en el sistema pensional colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, (15), 41-62.
- Moreno, I. G. (2013). Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Panorama*, (12), 123-141.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (1990), *Observación General N° 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (diciembre 14). Documento E/1991/23.
- Organización de los Estados Americanos. (1969), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.
- Organización de los Estados Americanos. (1988), *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador"*, disponible en: https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html
- Panamá. Asamblea Legislativa, República de Panamá Legispan. (1990) Ley N° 25 (diciembre 14): Por la cual se adoptan medidas en las entidades gubernamentales tendientes a proteger la democracia y el orden constitucional. Ciudad de Panamá. Gaceta Oficial: 21687.
- Pinto, M. (2004). Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano. *Revista IIDH*, 40, 25-86.
- Toribio, O. T. (2011). El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral. *Derecho y Cambio Social. Revista cambio social* 8 (23), 20.

Vicente-Herrero MT, Terradillos García MJ, Aguado Benedí MJ, Capdevila García L, Ramírez Iñiguez de la Torre MV, Aguilar Jiménez E. Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas. Disponible en: <http://www.aemt.com/>.