

**Evolución normativa de la pensión de invalidez en el régimen de prestaciones
sociales del magisterio colombiano**

Hugo Alexander Romero Muñoz

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor: Doctor Rafael Duarte Palomino

Universidad Antonio Nariño

Facultad de Derecho

Bogotá D. C.

2020

Contenido

Resumen	4
Introducción	6
2. Metodología	9
3. Problema de investigación	10
3.1 Objetivos	11
3.1.1 Objetivo general	11
3.1.2 Objetivos específicos	11
3.2 Estado del arte	12
4. Marco Teórico	32
4.1 Evolución histórica de la seguridad social en Colombia	32
4.1.1. La Ley 6 de 1945.....	32
4.1.2 Ley 90 de 1946.....	34
4.1.3 Ley 100 de 1993	35
4.2.1 Evolución histórica de la pensión de invalidez en el magisterio colombiano.....	39
4. 3 Creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	42
4.3.1 Ley 100 de 1993	43
4.4 Cláusula de exclusión del magisterio colombiano de la <i>Ley 100 de 1993</i> . Régimen de Transición.....	44
4.4. 1 Acto legislativo 01 de 2005.....	47
4.5 Líneas jurisprudenciales.....	48
4.5. 1 Decisión Andina 583 De 2004	48
4.5.2 Sentencia T 797 De 2005	49
4.5. 3 Sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) Del 13 de noviembre De 2014	52
4.5. 4 Sentencia T 021 de 2016	64

4.5.5 Salvamento de Voto a la Sentencia T 021 de 2016.....	84
4.5. 6 Sentencia STP 1791 de 2017.....	85
4.6 Caracterización jurídica de la pensión de invalidez. procedimientos y requisitos..	89
4.7 Cuando el Estado de Invalidez es originado por un accidente.....	96
4. 8 Riesgos laborales.....	99
4.9 Riesgos laborales en el ámbito del magisterio colombiano. Decreto 1075 de 2015	102
Pensión de Invalidez de Origen laboral	102
4.10 Enfermedad profesional de los docentes.....	106
4.10. 1 Concepto de enfermedad y enfermedad laboral a la luz del decreto 1655 de 2015	107
4. 10. 2 Causalidad en la enfermedad laboral	109
4.10. 3 Tabla de enfermedades profesionales en los docentes.....	111
4.10. 4 Pérdida de Capacidad Laboral en el docente. Estructuración y calificación de la condición de salud.....	112
4. 10. 5 Caracterización jurídica de la pensión de invalidez en el ámbito del magisterio colombiano a la luz del Decreto 1075 de 2015	116
4.10. 6 Juntas de calificación de invalidez para los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Colombiano.....	118
5. Análisis de la Línea Jurisprudencial.....	120
6 Conclusiones	124
7. Referencias	127

Resumen

Es de vital importancia identificar los aspectos más relevantes que caracterizan al Sistema de Prestaciones Sociales del Magisterio Colombiano en el ámbito de las prestaciones sociales a que un docente tiene derecho, en especial, en la obtención de pensión de invalidez. Así pues, se busca establecer cuál ha sido la evolución normativa de la adquisición de dicha prestación social para el magisterio colombiano, antes de 1991, y con las normas consagradas con la promulgación de la constitución de 1991, en especial, las regulaciones que se derivan de la aplicación de la *Ley 100 de 1993* y sus decretos reglamentarios. De esta manera, se deben ponderar los derechos y beneficios que la evolución normativa de la pensión de invalidez para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha representado para los docentes colombianos. Asimismo, se identifican las situaciones que pueden desencadenar en una pensión de invalidez, ya sea por una enfermedad de origen común, enfermedad profesional o accidente de trabajo, que esté enmarcado dentro del panorama de riesgos profesionales.

Palabras clave: sistema de prestaciones sociales del magisterio, pensión de invalidez, evolución normativa, enfermedad de origen común, enfermedad de origen laboral, accidente de trabajo, riesgos profesionales.

Abstract

It is vitally important to identify the relevant aspects that characterize the system of social benefits of the Colombian Magisterium in the field of social benefits to which a teacher has the right, in particular, in relation to obtaining the disability pension. Thus, to establish what has been the normative evolution of the acquisition of this social benefit for the Colombian Magisterium, before 1991, and with the norms enshrined with the promulgation of the Constitution of 1991, and in particular the regulations that derive from the Application of Law 100 of 1993 and its statutory. Thus, it is necessary to ponder the rights and benefits that the normative evolution of the disability pension for the educators affiliated to the National Fund of social benefits of the Magisterium has represented for the Colombian teachers, as well as to identify the situations that may trigger an invalidity pension, whether it is a common origin disease, a professional illness, or a work accident that is framed within the panorama of occupational hazards.

Keywords: Teachers social benefits system, normative evolution, disability pension, occupational disease, work accident, occupational hazards.

Introducción

La pensión de invalidez para el Magisterio Colombiano puede considerarse como una conquista de los derechos de los docentes colombianos a partir de la *Ley 91 de 1989* que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al igual que las normas que complementan los derechos a la seguridad social que la *Ley 100 de 1993* y sus decretos reglamentarios consagra en favor de los educadores. Así, en un primer momento, las pensiones de invalidez para los docentes, entre otros, “fueron reguladas por los Decretos del Régimen Común de los Empleados Nacionales. Así, las normas propias de las prestaciones sociales del Magisterio no se ocuparon de la pensión de invalidez y mucho menos si se originaba en enfermedad profesional o en accidente de trabajo” (Tribunal Administrativo del Casanare, 2016, pp.12-13).

Es así como con posterioridad, a la promulgación de la Constitución de 1991, que en su artículo 48 consagra el carácter obligatorio de la Seguridad Social como servicio público y que debe ser garantizado a todos como un derecho irrenunciable. La Seguridad Social, y todas las regulaciones que de ella se derivan, se plasman en la *Ley 100 de 1993* o Régimen de Seguridad Social y Pensiones, y que en particular en el panorama del sistema de Riesgos Laborales, regula la *Ley 1562 de 2012*, que de manera precisa en su artículo 21, aborda como aspecto principal la Salud Ocupacional del Magisterio y establece como derrotero para el “Ministerio de Educación Nacional y para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la elaboración de una Manual de Calificación de Invalidez y tabla de enfermedades laborales para los docentes afiliados al Fondo, junto con aspectos complementarios” (Ministerio de Educación Nacional, 2012, p. 15). Es allí, dónde términos importantes, como accidente de trabajo, enfermedad de origen común, enfermedad de profesional, calificación, entre otras, cobran valor tomando en cuenta que las nuevas regulaciones delimitan y aclaran el alcance de dichas situaciones y logra

enmarcar derroteros para la comprensión de cómo gozar de una pensión de invalidez en el ámbito de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el caso del Magisterio, cabe resaltar, que existe una excepción hacia los docentes, en virtud del artículo 279 de la ley 100 de 1993 puesto que, por estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no aplica entonces, la cláusula de afiliados forzosos del artículo 13. Es necesario entonces, en cuanto al goce de una Pensión de invalidez para los docentes comprender las características de esta prestación, los alcances en el régimen propio de los docentes colombianos. En especial, comprender los alcances con respecto al régimen de Pensión de invalidez en virtud del Decreto 1075 del 20 de mayo de 2015 en el cual se caracteriza en el aparte de los “Fondos Especiales, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo objeto principal es atender las prestaciones sociales de los docentes”(Presidencia de la República, 2015, p. 4) y el Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 o “Decreto Único Reglamentario del Sector Educación que reglamenta el artículo 21 de la ley 1562 de 2012 sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo de educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” (Ministerio de Educación Nacional, 2015, p. 1).

Teniendo en cuenta la importancia que tiene para el docente que le sobreviene una condición médica que le implique una merma, disminución de su capacidad laboral y las consecuencias para su calidad de vida, es importante distinguir los distintos escenarios que se le pueden presentar al docente, los distintos riesgos que su actividad laboral conlleva, las enfermedades a las que puede estar expuesto y aquellas condiciones de salud que pueden permitir el goce de una pensión de invalidez. En general, se trata de brindar información relevante para que el docente conozca a que tiene derecho como usuario de un sistema de salud y en qué

condiciones podría disfrutar de una pensión de invalidez bajo los presupuestos que la misma ley otorga. Determinar así, los verdaderos alcances en el proceso de reconocimiento de la prestación social o pensión de invalidez, en qué momento histórico normativo se encuentra dichas disposiciones, y si dicho momento histórico, es conveniente para los docentes, en aras de un mejor servicio de salud y garantías de Seguridad Social.

2. Metodología

La metodología para el desarrollo de este trabajo de investigación se enmarca en un enfoque histórico jurídico, y consiste en una revisión normativa y un análisis jurisprudencial de situaciones que generen controversia en el reconocimiento de la Pensión de Invalidez, al igual que algunos conflictos que se deriven de la aplicación de la normatividad vigente del régimen prestacional del magisterio en relación con decisiones que involucren la administración. En ese sentido, es relevante destacar, la promulgación de la ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo No 1 de 2005 que tuvo como consecuencia que el Régimen Prestacional del Magisterio no forme parte de los Regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

De igual modo, algunos precedentes jurisprudenciales, en particular aquellos que revisten importancia frente al tratamiento que la Corte Constitucional establece para las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas y en particular lo concerniente a la fecha de estructuración de una incapacidad laboral, en consecución del reconocimiento de una Pensión de invalidez. Frente a los criterios consagrados por el Consejo de Estado, se revisarán los aspectos relacionados con la aplicación de la normatividad vigente en el sistema pensional para el magisterio colombiano, y en particular a partir de la consagración de la ley 812 de 2003 y las implicaciones para el goce de una pensión de invalidez tanto para los docentes antiguos como los docentes nuevos en su vinculación al sistema pensional del magisterio.

3. Problema de investigación

¿Es el desarrollo normativo frente al reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo laboral de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio beneficioso en relación con la efectiva protección de sus derechos con ocasión de la entrada en vigencia de la *Ley 100 de 1993*?

3.1 Objetivos

3.1.1 Objetivo general

Comprender si el desarrollo normativo frente al reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo laboral de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene un carácter beneficioso a partir de la entrada en vigencia de la *Ley 100 de 1993*.

3.1.2 Objetivos específicos

1. Identificar las características propias del Sistema de Excepción del sistema de seguridad social del Magisterio colombiano en el marco de la *Ley 100 de 1993*, en particular lo concerniente con la consecución de una pensión de invalidez.
2. Establecer si el desarrollo normativo frente al reconocimiento de la Pensión de invalidez por riesgo laboral a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es más beneficioso con la entrada en vigencia de la *Ley 100 de 1993*.
3. Establecer una línea normativa y jurisprudencial que permita identificar momentos clave para el reconocimiento de la pensión de invalidez de los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.2 Estado del arte

Como parte de los expertos que han abordado el problema en materia pensional en el ámbito colombiano es importante destacar que en la investigación denominada *Reformas del Sistema Pensional Colombiano* concluye que

El sistema pensional colombiano a través de la historia había tenido muchos cambios pero que básicamente se caracterizaba por no tener una estructura legal única y por la existencia de regímenes paralelos para algunos sectores económicos que le brindan un constante cambio al propio sistema de seguridad Social (Arrieta, 2011, p. 5).

Son este tipo de regímenes de excepción que, con la consagración de la Constitución Política de 1991, se vienen a formar parte del Sistema de Seguridad Social, pero claramente exceptuados como es el caso de las Fuerzas Militares o el Magisterio colombiano (Arrieta, 2011). Es importante tener en cuenta que en el caso del Magisterio, la excepción a la que tiene lugar, brinda la oportunidad de mantener derechos en materia pensional al margen de las decisiones que el propio Sistema de Seguridad Social preserva para los demás trabajadores colombianos.

Para Arrieta (2011), también plantea que la reforma relevante en materia pensional ha sido la promulgación de la *Ley 100 de 1993* que busca ampliar la cobertura y adecuar la edad de retiro de las personas ante los cambios demográficos que vivía el país. De manera relevante Arrieta (2010) hace referencia al papel que jugó la promulgación de la *Ley 797 de 2003* que trajo consigo, entre otras cosas, “la recapitalización del Instituto de Seguro Social y de esta manera lograr racionalizar los recursos, con el fin de poder entregar las mensualidades a los beneficiarios del sistema” (Arrieta, 2011). De igual modo, Arrieta (2010) aborda la situación jurídica que acaece con la vigencia del Acto Legislativo de 2005 conlleva a la eliminación de los Regímenes Especiales de Pensiones en los cuales permanecen únicamente exceptuados, el régimen de la

Fuerza Pública y el Régimen de la Presidencia de la República(Arrieta, 2011) , con esta reglamentación no logra sobrevivir en el ordenamiento el régimen de Excepción del que gozaba el magisterio colombiano impidiéndose de esta manera que las “organizaciones sindicales pudiesen a través de negociaciones colectivas modificar el sistema pensional vigente” (Arrieta, 2011).

A juicio de Arrieta (2011), el sistema pensional colombiano se ha venido enfrentando con la “necesidad de que las reformas al sistema de pensiones vayan acordes con la necesidad de evitar las presiones financieras” (p. 7). Es así como, el esfuerzo del Estado colombiano no ha sido precisamente la garantía de una “suma de dinero para los ciudadanos en su vejez sino principalmente el permitir que la población en su conjunto pueda acceder a la Seguridad Social garantizando cobertura universal y sostenimiento del propio sistema”. (Arrieta, 2011, p. 9). Así, se puede observar que el sistema de seguridad social colombiano a pesar de pretender garantizar los

Derechos consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia no han sido en el tiempo tanto la cobertura universal ni su sostenimiento principalmente por los vacíos jurídicos de la legislación y los cambios demográficos experimentados por la población (Arrieta, 2011, p. 10).

Asimismo, Arrieta (2011) plantea como consecuencia de la necesidad que tiene el Sistema Pensional de sobrevivir a las presiones financieras es precisamente el énfasis en la racionalización de recursos y con esto producir un ahorro fiscal que se traduce en la dependencia de los aportes de los cotizantes, el esquema administrativo, y el esquema de parámetros (determinado por el valor de los aportes, el monto de la pensión, la tasa de reemplazo y la edad de pensión) (Arrieta, 2011). Las variables mencionadas son precisamente aquellas que son tenidas en cuenta en las distintas reformas pensionales que desde la promulgación de la *Ley 100 de 1993*

se han venido presentando y son una muestra de las dificultades que el Estado colombiano ha tenido para lograr el sostenimiento del sistema pensional.

Se establece a través de sus contribuciones a la comprensión de la evolución del sistema pensional colombiano, que en el período desde año 1946 y 2005 existieron distintos regímenes especiales que eran vigentes junto con la legislación ordinaria creados a través de diferentes mecanismos principalmente los que se derivan de las convenciones colectivas de las organizaciones sindicales. (Arrieta, 2011). Dichos Pactos o Convenciones derivan en regímenes especiales de pensiones que surgen en un entorno aún no regulado y de trabajadores de entidades públicas y mixtas y finalmente el garante del propio sistema era el propio Presupuesto Nacional. (Arrieta, 2011). Debido al crecimiento exponencial de los costos en los compromisos fiscales, el Estado colombiano decide a través del Acto Legislativo 1 de 2005 eliminar los regímenes especiales, impedir que en el futuro existan instituciones con similares características a los regímenes especiales y de igual forma la posibilidad de llevar a cabo discusiones análogas por parte de organizaciones sindicales y provocasen la modificación del sistema. (Arrieta, 2011).

Los aportes en las investigaciones de Arrieta (2011), se centran en la evolución del Sistema Pensional colombiano y principalmente en el impacto que la normatividad vigente en los sectores sindicales, sin embargo, para el propósito de este trabajo es importante reconocer cómo ha venido afectando la legislación vigente el ámbito del magisterio colombiano y por la relevancia de esta evolución en la comprensión del sistema pensional colombiano y cómo ha influido en el sistema pensional del magisterio. Si se es concreto, a juicio de la Arrieta (2011) entre los años 1945 y 1946, la legislación vigente para la época, crea la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y el Instituto de Seguros Sociales (ICSS) y a través de la *Ley 6 de 1945*, estableció un sistema de Seguridad Social que garantizara la pensión, salud y riesgos profesionales de los trabajadores.

Es así como a partir de la *Ley 90 de 1946*, se establece un sistema de seguridad social como tal con un patrimonio autónomo y un régimen de prima media en dónde todos aquellos aportantes contribuían a un fondo común (Instituto Colombiano de Seguros Sociales). Allí concurrían afiliados provenientes del sector privado, una pequeña parte de trabajadores por cuenta propia y de igual forma el sistema disperso de regímenes especiales que cubrían los empleados del sector público, el ejército y la policía. Así se van reconociendo pensiones de jubilación, primas de carácter no salarial y las ayudas propias del servicio de salud (Arrieta, 2011).

Debido a los problemas de sostenimiento del sistema pensional que se traducían en que la cobertura del sistema sólo beneficiaba a una parte de la población de empleados que contaba con carácter formal, la diversificación de los regímenes especiales en los que predominaban condiciones de acceso diferentes y requerimientos distintos de jubilación. De igual forma, para Arrieta (2010), el sistema como estaba planteado no era solidario puesto que existían diversos sistemas y Cajas de Previsión a nivel nacional y territorial. El Estado no controló a tiempo el sistema impidiendo su desbordamiento y tampoco controló la existencia de los nuevos regímenes (Arrieta, 2011).

Es así como con la promulgación de la Constitución Política de 1991, y principalmente en vigencia de la *Ley 100 de 1993*, el Estado colombiano consigue reformar de modo estructural el sistema pensional y así pretender ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas, reducir costos de administración y así garantizar la sostenibilidad del sistema (Arrieta, 2011). Es a partir de este momento que al sistema se trae la calidad dual como es el régimen de prima media con prestación definida, ya vigente y que subsiste con el régimen de ahorro individual con solidaridad cuyos aportes administran los fondos de carácter privado. Sin embargo, como consecuencia del Acto Legislativo de 1993,

fueron exceptuados los regímenes especiales de Ecopetrol, Magisterio, del Ejército Nacional y Policía Nacional, Congreso de la República, Rama Judicial, Fuerzas Armadas y Presidencia de la República. De esta forma, se presenta una situación de desigualdad para el sistema, por cuanto pervivieron instituciones excluidas del sistema y responsables del pago de prestaciones de jubilación para algunos funcionarios públicos, y así constituirse un detrimento de los dineros del Estado. (Arrieta, 2011).

Por los análisis conceptuales de Arrieta (2011), el régimen de prima media con prestación definida trae consigo el inconveniente que la distribución de los beneficios generados por el fondo común no está dada en la misma proporción y así tienden a beneficiarse los afiliados con mayores ingresos, quienes tienen mayor cobertura y pueden acceder a mesadas más altas por cuenta principalmente de los altos salarios de los últimos diez años. Y finalmente, la reducción del número de contribuciones por pensionado debido al traslado principalmente por motivos de desempleo a los Fondos de Pensiones (Arrieta, 2011), Frente al Régimen de Ahorro individual, la desventaja principal consiste en que no consigue la redistribución de los recursos generados a lo largo del tiempo entre los afiliados. Se genera entonces desequilibrio entre los cotizantes de mayores ingresos y los de menores ingresos. Los aportes de los afiliados al fondo de solidaridad son insignificantes (Arrieta, 2011).

Con la promulgación de la *Ley 797 de 2003* tuvieron lugar modificaciones al Sistema General de Pensiones. Entre otras, el incremento en el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez y una reducción de la vigencia del periodo de transición establecido ya no para el 1 de agosto de 2014 sino adelantado para el 1 de agosto de 2010 excepto para trabajadores que hubiesen cotizado 750 semanas a la aprobación de dicha reforma constitucional (Arrieta, 2011).

A partir entonces de la *Ley 797 de 2003*, los regímenes especiales entran en decadencia para que posteriormente con la *Ley 860 de 2003*, ante los vacíos que la normatividad aún tenía y básicamente porque los beneficiarios del régimen de transición se encontraban cotizando en un régimen y debían ser transferidos al nuevo régimen y de igual forma la distinción necesaria para el otorgamiento de beneficios por pensión de invalidez por enfermedad y por accidente. Finalmente, con el Acto Legislativo 1 de 2005, los regímenes especiales son eliminados sólo permaneciendo el de las Fuerzas Militares y Policía y el régimen de la Presidencia de la República. (Arrieta, 2011).

Frente a las repercusiones de las reformas que se derivaron del Acto Legislativo de 2005 según Arrieta (2011), se encuentra en el caso del Magisterio, ya como régimen especial desaparecido, los docentes beneficiarios del antiguo régimen especial tendrían un requisito de edad de 55 años tanto para hombres como para mujeres, 20 años de servicio, aportes del empleador en un porcentaje del 3 % y un porcentaje del trabajador en 5% y un ingreso base de liquidación correspondiente al 75 % del último salario. (Arrieta, 2011).

En la discusión de Arrieta (2011), ella concluye indicando que el objetivo principal de la eliminación de los regímenes especiales era brindar unificación y homogeneidad al sistema de pensiones, puesto que se consideraba que contribuían al no sostenimiento del sistema pensional. A juicio de Arrieta (2011) los regímenes especiales que se mantuvieron constituyen un gran peso fiscal para el Estado y no refleja los objetivos de optimización económica para el verdadero sostenimiento del sistema pensional.

Ahora bien, para Rendón (2010), en su síntesis sobre el Régimen de Seguridad Social de los docentes de Educación Básica y Media Vocacional del año 2010, establece varias consecuencias jurídicas que trajo consigo las reformas pensionales de la *Ley 797 de 2003* y del Acto Legislativo 1 de 2005. Al abordar la situación del magisterio colombiano con relación a su

sistema de Seguridad Social y la concreción de sus derechos y garantías, encontramos que las condiciones de las que gozaban los docentes colombianos se ven afectadas con las dos reformas antes mencionadas, puesto que los nuevos docentes deben asumir condiciones prestacionales distintas con respecto a los docentes antiguos.

Es así como, Rendón (2010) identifica algunos momentos importantes en la conquista de derechos por parte de los docentes colombianos en el período ubicado en la década de los 80 y principio de los 90. Esta investigadora plantea que en el periodo mencionado se lograron las más grandes conquistas del Magisterio en el ámbito laboral, prestacional e intelectual, fruto de esas luchas es la expedición de la *Ley 91 de 1989*, que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciéndose así un sistema de Seguridad Social unificado en favor del Magisterio. Posteriormente, con la promulgación de la *Ley 100 de 1993*, que establece un Sistema General de Seguridad Social en Colombia, el Magisterio logra un Régimen de Seguridad Social exceptuado del régimen general en virtud del artículo 279 de la propia Ley 100 de 1993 (Rendón, 2010).

Sin embargo, la *Ley 100 de 1993*, pretendía aliviar la carga del sistema de seguridad social y entre otros aspectos poner fin a la multiplicidad de instituciones, Cajas, Fondos Nacionales y regionales y de igual modo circunstancias de orden económico que generaban grandes desequilibrios al sistema. Es así, como se empieza a considerar que los regímenes exceptuados como el del Magisterio, son los responsables del desequilibrio financiero del sistema y así en posteriores reformas pensionales, algunas de ellas infructuosas. Se pretende terminar con el Régimen Especial del Magisterio, y de igual forma con el régimen de transición del artículo 36 de la *Ley 100 de 1993*. Sin embargo, a criterio de Rendón (2010), el denominado régimen especial del magisterio no posee en si condiciones más beneficiosas que las que se encuentran en el sistema general.

Es así como con la promulgación de la *Ley 797 de 2003* que reforma el sistema de seguridad social integral, se inician los primeros pasos para debilitar el régimen especial del magisterio pues al establecer que “el régimen pensional del magisterio será regulado por la Ley” y al no “haberse derogado el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, si se facilitó el camino para posteriores reformas como la que corresponde a la Ley 812 de 2003 o la que abarca el Acto Legislativo No 01 de 2005 que a la postre dejan en estado agonizante al régimen especial de los docentes” (Rendón, 2010).

El análisis de Rendón (2010) frente al impacto de las reformas pensionales del sistema general de Seguridad Social en el régimen especial de los docentes se concentran en la comprensión de los elementos relevantes de la *Ley 812 de 2003* y su artículo 81 y el Acto Legislativo 01 de 2005 y si el régimen de seguridad social del magisterio es violatorio del principio de inescindibilidad dentro del marco del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia. El principio de inescindibilidad fundamento de los aportes de la Rendón (2010) consiste en la aplicación íntegra de una norma, ley, régimen o precepto impidiéndose la posibilidad de acogerse a una parte ellos o desconociendo otros o fusionar esas mismas leyes, regímenes, normas o preceptos dando como resultado una norma nueva.

El análisis de Rendón (2010) parte de establecer un momento importante en la consecución de un sistema de seguridad social para el magisterio colombiano y que como respuesta a la necesidad de unificar los distintos regímenes legales que existían y los cuales creaban una variedad de maestros ya fuesen nacionales, nacionalizados o territoriales con la consiguiente dificultad para el pago y reconocimiento de las prestaciones sociales adeudadas por las entidades públicas al magisterio colombiano. Es así como, se promulga la *Ley 91 de 1989* y se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se establece que a partir del 1

de enero de 1990 todos los docentes que se vincularan al servicio del Magisterio estarían a cargo de la Nación y sus prestaciones sociales serían pagados por el Fondo.

Ahora bien, Rendón (2016) explica que con relación al pago de las prestaciones sociales, la *Ley 91 de 1989* establece que los docentes nacionalizados y vinculados al servicio antes de del 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que gozaban en cada entidad territorial de acuerdo a las normas vigentes y que en el caso de los docentes nacionales vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990 se regirán por la normatividad de los empleados públicos del orden nacional (Rendón, 2010). Frente al sistema prestacional de los docentes oficiales en Colombia, se debe decir que se trata de un régimen exceptuado que ampara a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya afiliación es de carácter obligatorio y la cual no es dable que los docentes elijan una Administradora distinta a la que ofrece el Fondo.

Ahora que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les obligan a aportar un porcentaje de su salario básico para el funcionamiento y el pago de las prestaciones por parte de dicho Fondo. Es así como, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantiza el pago de estas prestaciones como son: Pensión de Jubilación, Vejez, Invalidez (por cualquier causa), sobrevivientes (sustitución pensional y pensión post-mortem), auxilio funerario y todas estas prestaciones enmarcadas en las *Leyes 6 de 1945, 12 de 1975, 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989* y de los Decretos 3135 de 1968, 224 de 1972, 1848 de 1969 y 1160 de 1989 (Rendón, 2010).

Frente al régimen de salud de los docentes oficiales de Colombia, Rendón (2010), establece que es un sistema exceptuado en el cual el artículo 5 en su numeral 2 de la *Ley 91 de 1989* del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantiza su administración a través de un Consejo Directivo que se encarga de determinar los procedimientos para determinar

la destinación de los recursos, el orden de prioridad para atender las prestaciones sociales y las prestaciones económicas a las que haya lugar cuando se presenten situaciones derivadas de la enfermedad profesional y no profesional al igual que de los auxilios por maternidad.

De igual forma, Rendón (2010) sostiene que la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo debe también contratar las entidades de salud que ofrecen el servicio de salud de los docentes en los Departamentos y que garantice los servicios médico-asistenciales para todos aquellos docentes activos y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; esto es, sin brindar la posibilidad al docente de elegir la entidad que va a prestar su servicio de salud es así como a través del Acuerdo 4 de 2004, la Fiduciaria La Previsora S.A. debe contratar las entidades que prestaran los servicios de médico-asistenciales en los Departamentos y sí se permite que el docente elija la entidad que prestará sus servicios pero enmarcado dentro de limitaciones. Finalmente, el régimen de salud del Magisterio no cuenta con la figura del copago, no operan las preexistencias ni tampoco los periodos mínimos de cotización para acceder a la atención en salud de las enfermedades de alto costo.

Frente al panorama de riesgos profesionales, Rendón (2010) indica que la *Ley 91 de 1989*, la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este regula el sistema de Seguridad Social para el Magisterio, no contempló una normatividad individual de riesgos profesionales. (Rendón, 2010). De manera pues, que el Gobierno Nacional como empleador de los docentes, no aporta una cotización para este fin, solamente el porcentaje legal correspondiente para salud y pensiones. (Rendón, 2010).

Es así como las prestaciones médico asistenciales y económicas que se derivan de los riesgos profesionales, a los que se ven expuestos los docentes son otorgados dentro del sistema de salud y pensiones financiados precisamente por los aportes de estos renglones. Sin embargo, según señala Rendón (2010), a los docentes se les conceden algunas prestaciones económicas

derivadas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales que se traduce en indemnizaciones y auxilios por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, (Rendón, 2010). Es importante indicar que con el tiempo la normatividad de riesgos profesionales de los docentes se presenta transformada entre otras con la *Ley 1562 de 2012*, los Decretos 1075 del 20 de mayo de 2015 y el 1655 del 20 de agosto de 2015.

Ahora bien, Rendón (2010) plantea que para el magisterio colombiano es un momento clave la promulgación de la *Ley 812 de 2003* y el Acto Legislativo No 1 de 2005; puesto que, la propia *Ley 100 de 1993*, no logró en su momento unificar el sistema de seguridad social colombiano, debido en gran medida al hecho de que hubiese regímenes exceptuados en el caso del Magisterio. la *Ley 797 de 2003* constituyó una primera reforma al establecer en su artículo 16 que el régimen del Magisterio sería reglamentado por la ley, y como consecuencia se profiere el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. Hacia un Estado Comunitario, mediante la *Ley 812 de 2003* en su artículo 81, reforma el sistema pensional de los docentes de primaria, secundaria y media vocacional (Rendón, 2010). En tiempo posterior, y con el fin de que se reforzaran las medidas implementadas con la *Ley 797 de 2003* que requerían adelantar el compromiso de sostenibilidad financiera, se adiciona al artículo 48 de la Constitución el Acto Legislativo No 1 de 2005.

Así las cosas, para Rendón (2010) es precisamente la *Ley 812 de 2003* en su artículo 81, la cual constituye la reforma más importante para la reforma del Sistema de Seguridad Social del Magisterio y en particular lo que concierne al Acto Legislativo No 1 de 2005. En sus investigaciones sobre el tema de seguridad social de los docentes de Básica, Secundaria y Media Vocacional. La investigadora plantea como primer objetivo de la normatividad mencionada, el que se aumentara el valor total de la cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al establecer que debe corresponder a la suma de los aportes

para salud y pensiones como consagra la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*, manteniendo la misma distribución de empleadores y trabajadores.

Así, a través del Decreto Reglamentario 2341 de 2003, los aportes para maestros antiguos y nuevos, activos y pensionados por los preceptos de la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*, se incrementan de un 5 % a 7,357 % en el año 2003 y al 7,875 % en el año 2010. Adicionalmente un 1 % para el Fondo de Solidaridad Pensional para aquellos docentes que estén por encima del grado 12 del escalafón docente según sostiene (Builes, 2010). A su vez, la reforma mencionada, crea de acuerdo con Rendón (2010), dos situaciones jurídicas para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003, los cuales se regirán a lo atenido por la *Ley 91 de 1989* y las leyes anteriores a la *Ley 812 de 2003*, las cotizaciones se regirán por la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003* como afirma (Rendón, 2010).

La segunda situación jurídica planteada por Rendón (2010) declara que para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la *Ley 812 de 2003* o a partir del 26 de junio del 2003 y, en este caso, se pensionan con el régimen de prima media con prestación definida como establece la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003* y con excepción del requisito de edad que será de 57 años para hombres y para mujeres. Esta situación se complementa para los docentes que se afilien al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo sistema pensional se regirá por los preceptos de la *Ley 91 de 1989* y frente a los riesgos profesionales los que establezca el Fondo para dichos efectos (Rendón, 2010). Así pues, las prestaciones serán reconocidas con cargo a la cotización de salud; puesto que, las prestaciones destinadas a pensiones deberán ser distribuidas conforme lo consagra la normatividad con respecto al régimen de prima media con prestación definida.

El panorama para los docentes que se vincularon a partir del 26 de junio de 2003 según los planteamientos de Rendón (2010), se condensa en que, estando afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrán afiliarse a ningún Fondo privado ni tampoco al Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces. En cuanto al tema pensional, tendrán los mismos derechos del Régimen General de Prima Media con Prestación Definida otorgados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como contempla la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*. Finalmente, no tendrían un Régimen de Riesgos Profesionales de carácter independiente, sino que le seguirán reconociendo dichas prestaciones como establece el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con la *Ley 91 de 1989*.

Es en este punto Rendón (2010) plantea su tesis principal al observar que la reforma que se deriva del Acto Legislativo No 1 de 2005, sólo hace referencia al régimen pensional del Magisterio que se haya vinculado a partir del 26 de junio de 2003, pero en este caso dejando incólumes las disposiciones que en materia de salud y riesgos profesionales rigen para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este sentido, en pensiones el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para Salud y Riesgos Profesionales, el régimen especial o exceptuado. Este hecho para Rendón (2010) implica una violación del principio de inescindibilidad de las leyes pues a los docentes se les aplicaría una parte de *la Ley 100 de 1993* y una parte de la *Ley 91 de 1989*.

Así mismo, Rendón (2010) analiza cómo se aplica el principio de inescindibilidad al régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta autora plantea varias premisas que son dignas de analizar. En un primer momento se plantea que la dificultad real para aplicación del principio de inescindibilidad, son precisamente las condiciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 26 de junio de 2003, fecha en la cual entra en vigencia la *Ley*

812 de 2003 (Rendón, 2010). Esto implica que los docentes en su sistema general en pensiones, salud y riesgos profesionales continúen sin el pago de cuotas moderadoras, copagos, sin periodos mínimos de carencia, sin la posibilidad de elegir en los términos de mercado la prestación de los servicios ni la administración de los mismos por varias EPS e IPS y los “Riesgos Profesionales”, que sea un régimen que concede prestaciones económicas, sin la respectiva cotización del Estado y con cargo a las cotizaciones de salud, lo que constituye para la Rendón (2010) un desorden en términos jurídicos y prácticos.

Ahora bien, según plantea Rendón (2010), el régimen pensional de los docentes bajo la *Ley 91 de 1989*, no es más beneficioso, en términos generales que el régimen pensional establecido por la *Ley 100 de 1993*. El hecho mismo de mantener un sistema pensional propio exceptuado, como en el caso del sistema de seguridad social del Magisterio, puede por ejemplo a juicio de Rendón (2016), en lo que se refiere a la pensión de sobrevivientes o pensión de invalidez, representar una ventaja para el conjunto del Magisterio (Rendón, 2010). Así las cosas, en el marco del sistema pensional del magisterio, el principio de inescindibilidad en materia laboral es más aplicable que el principio de favorabilidad, para lo cual el principio de favorabilidad resultaría más beneficiosa para el trabajador, pero esta debe ser aplicada en su totalidad, en su integridad, no habría posibilidad de fraccionar el contenido de la norma para extraer de ella otra diferente que resulte aún más favorable (Rendón, 2010).

Según Rendón (2010) continúa argumentando que se estaría violando el principio de inescindibilidad con respecto a los docentes vinculados a partir del 26 de junio de 2003, debido a que tendrían los derechos correspondientes a la prima media consagrados en la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*, tomando en cuenta que el requisito de edad que deben cumplir las mujeres para acceder a la pensión de vejez es 57 años, este requisito, entonces fue modificado, ya que la *Ley 797 de 2003* mantenía para ellas una edad de 55 años hasta el 31 de diciembre de 2013, y así

le incrementarían en dos años el requisito de edad, 11 años antes de lo que estipula la norma general, así se les aplicaría el régimen de prima media pero no en integridad, esto hace más desfavorable la norma para este sector docente (Rendón, 2010).

Los profesores que vienen ejerciendo sus labores en la modalidad de Orden de Prestación de Servicios desde antes de 2003, serían para los efectos de la nueva normatividad, docentes nuevos y entonces no quedarían cobijados por la *Ley 91 de 1989*, ni tampoco por la *Ley 100 de 1993* ni por la *Ley 797 de 2003* en integridad (Rendón, 2010) y teniendo en cuenta que muchos de ellos vienen cotizando en el Sistema de Seguridad Social Integral pensiones y riesgos profesionales, deberán trasladarse a la EPS que contrate la Fiduciaria La Previsora en cada Departamento y perder los beneficios en materia de riesgos profesionales que son más benéficos que aquellos consagrados en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. A juicio de Rendón (2010), en términos asistenciales y económicos y, de igual modo, resulta una clara desventaja también en materia pensional ya que las profesoras que laboran por Orden de Prestación de Servicios se verían abocadas a un cambio de edad de forma anticipada. Se observaría entonces una mezcla normativa en la cual a los docentes por Orden de Prestación de servicios no se les respeta el Sistema Seguridad Social Integral de Salud, pensiones y riesgos profesionales, al cual venían perteneciendo y de igual modo no se les respeta los aspectos consagrados en la *Ley 91 de 1989* en integridad por tratarse de docentes en servicio antes del 26 de junio de 2003 (Rendón, 2010).

Ahora para estos mismos docentes, según Rendón (2010) resulta complejo la aplicación del Régimen de Transición puesto que venían vinculados al Sistema General de Pensiones como docentes por Orden de Prestación de Servicios y que pertenecían al Régimen de Transición. La pregunta que surge es entonces para este grupo de docentes cuál es su régimen anterior el de la *Ley 91 de 1989* o el del Decreto 758 de 1990 para trabajadores del sector privado, para este grupo

de docentes cuál es la entrada en vigencia de su régimen el 1 de abril de 1994 o el 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003* (Rendón, 2010). Aun así, para Rendón (2010) surge también la inquietud de si este grupo de docentes vinculado como nuevo a partir de la *Ley 812 de 2003* y que cumple con el requisito de edad o tiempo de servicio, gozará del régimen de transición y de ser así, cuál será el régimen aplicable, o por el contrario los nuevos docentes y los docentes que laboran por Orden de Prestación de Servicios pierden también la posibilidad de pensionarse bajos los preceptos del artículo 36 de la *Ley 100 de 1993* (Rendón, 2010).

De igual forma, Para Rendón (2010) es preocupante el hecho de que la reforma derivada de la aplicación de la *Ley 812 de 2003* y el Acto Legislativo No 1 de 2005 haya sido concebida como la respuesta al desequilibrio financiero del sistema y se haya permitido la existencia paralela en un mismo régimen de una normatividad general y una especial de riesgos profesionales donde se otorgan prestaciones económicas si existir cotización y recargar el sistema de salud con prestaciones que no le corresponden.

Continuando con el análisis de Rendón (2010) B, con relación a la violación del principio de inescindibilidad de la ley, argumenta que la aplicación del artículo 81 de la *Ley 812 de 2003*, sería violatorio del principio de la libre elección de Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta que para los nuevos docentes se les aplicaría el Régimen de Prima Media con Prestación Definida pues deben afiliarse obligatoriamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por otro lado no pueden optar por Régimen de Ahorro individual con solidaridad. Ahora bien, la Rendón (2010), retomando lo expresado por (Cetina, 1986), argumenta que se estaría violando el principio de unidad del artículo 2 de la *Ley 100 de 1993*, puesto que para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

exigiendo una unidad en el ámbito legislativo, administrativo y financiero para el sistema y así evitar contradicciones, complejidades, desigualdades e injusticias.

Desde el aspecto previo, Rendón (2010) concuerda con (Cetina, 1986), en el sentido de que en el medio colombiano es común el funcionamiento de organismos de distinta índole que prestan servicios a distintos sectores de la población de forma dispersa y desorganizada como en el caso del régimen docente, conllevando a la duplicidad de prestaciones y disposiciones reglamentarias, gastos múltiples, injusticias y discriminaciones.

De este modo, Rendón (2010) concluye que el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003* y el Acto Legislativo No 1 de 2005, que reformaron el Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Básica Primaria, Secundaria y Media Vocacional, viola el principio de inescindibilidad de la ley por cuanto se está frente a normas jurídicas distintas y que no siendo las mismas en uno y otro caso, no es posible escindir los contenidos normativos incurriendo en una falta de lógica sistemática.

Frente al panorama de la Seguridad y Salud en el trabajo de los docentes se destaca el aporte conceptual del Gómez (2016) en el que plantean nuevas obligaciones para los Directivos Docentes, con relación a la normatividad que en adelante regula el sistema educativo colombiano. Es así como este investigador establece que es precisamente el Decreto 1655 de agosto 20 de 2015 un avance significativo para la prevención de enfermedades y los accidentes laborales del personal docente en servicio vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así, Gómez (2016) plantea que tanto el Decreto 1655 de 2015 como la *Ley 1562 de 2012*, tienen como objetivo primordial prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que se puedan presentar con ocasión y como consecuencia del trabajo que desarrollan. Es así como, los avances que traen consigo el Decreto 1655 de 2015 y

junto con la *Ley 1562 de 2012* forman parte del Programa de Salud Ocupacional y del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-SGSST de la *Ley 100 de 1993*. Este Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SGSST, como se ha venido reglamentado en el Sistema de Seguridad Social del Magisterio, se caracteriza por ser un modelo lógico por etapas y un proceso de mejora continua, que incluye la política, organización, planificación, aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y salud en el trabajo. (Gómez, 2016).

De esta forma, el Decreto 1655 de 2015 tiene como objetivo establecer los diferentes sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, la vigilancia epidemiológica, los comités paritarios de seguridad social y salud en el trabajo, todas las actividades de promoción y prevención, la tabla de enfermedades Laborales y el Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, para educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Gómez, 2016).

El doctor Gómez (2016) plantea que el artículo 21 de la *Ley 1562 de 2012* concedió un año, para que a partir de la vigencia de la ley para que el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio establecieran el Manual de Calificación de Invalidez y Tabla de Enfermedades Laborales para los docentes afiliados a dicho Fondo, sin embargo, sólo hasta el 20 de agosto de 2015 se lleva a cabo la orden legislativa por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, mil ciento treinta y tres días (1133) días después. Y plantea como inquietud, Gómez (2016), ¿cuántos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hubiesen podido beneficiarse de los derechos que contempla el Decreto 1655 de 2015, más aún si la salud y la seguridad son considerados derechos fundamentales?

Según el artículo 4 de la *Ley 1562 de 2002* se entiende que la enfermedad laboral se puede contraer por la exposición a factores de riesgo propios de la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ve obligado a laborar. De igual modo, el Gobierno Nacional, determinará periódicamente, las enfermedades que se deben considerar de carácter laboral, pero que se demuestre la relación de causalidad con los factores que se constituyan en un factor de riesgo ocupacional y pueda ser reconocida efectivamente como una enfermedad laboral de acuerdo con la normatividad vigente (Gómez, 2016).

La enfermedad laboral, según Gómez, (2016) es evolutiva y no repentina como en el caso del accidente de trabajo, ya que se traduce en una alteración del estado de normal de la salud y en el caso del docente le provoca una pérdida gradual o incapacidad que es originada de manera directa por la actividad laboral, o el ejercicio de la labor docente. Como se desprende de los análisis la enfermedad laboral, es esencialmente la “contraída como resultado de la exposición a los factores de riesgo propios de la actividad laboral” (Gómez, 2016, p. 23).

Tratándose del Decreto 1655 de 2015 y de la tabla de enfermedades laborales incluida, se deriva una relación de causalidad que se encuentra preestablecida o es presunta, es decir, que se presume la relación existente entre el factor de riesgo ocupacional y la enfermedad que se presenta, tal es el caso de la disfonía que presenta el educador como consecuencia del uso mantenido de la voz. (Gómez, 2016). Es así como, para determinar que una determinada condición de salud es una enfermedad laboral basta con demostrar la existencia de la enfermedad y la exposición del docente de manera suficiente al riesgo ocupacional. Esta categoría de enfermedad asume que la causalidad se ha demostrado previamente, por lo cual, no es necesario, demostrar la causalidad nuevamente. (Gómez, 2016). Para el caso de las enfermedades que no estén incluidas en la tabla, se requiere probar que el factor de riesgo ocupacional. Así, se necesita

demostrar la existencia de la enfermedad, la exposición en la labor al factor de riesgo ocupacional y finalmente el nexo causal.

La relación de causalidad entre el factor de riesgo ocupacional y la enfermedad diagnosticada debe tener los siguientes criterios: comprobación de la presencia de uno o varios factores de riesgo ocupacional relacionada con la enfermedad diagnosticada, determinación de la suficiencia a la exposición, confirmación del efecto y el establecimiento de la relación causa-efecto.

4. Marco Teórico

4.1 Evolución histórica de la seguridad social en Colombia

En general para autores como Arenas (2006), la seguridad social en Colombia tuvo su evolución, como un sistema público o de asistencia social y de asistencia pública a partir del año 1945. Finalmente, de un corte más estructural luego del año de 1990 hasta los tiempos actuales. (Torres, 2012, p. 48). En el ordenamiento colombiano y en particular sobre Seguridad Social, se destacan tres leyes que fundamentaron la materia. Así, la *Ley 6 de 1945*, la *Ley 90 de 1946* y la *Ley 100 de 1993*. (Torres, 2012, p.51). A continuación, unas reseñas breves de cada una de ellas, tales como:

4.1.1. La Ley 6 de 1945

La importancia de esta norma radica en que establece la figura de la previsión social como medio para proteger el trabajador ya fuesen obreros o empleados del Estado (Torres, 2012, p. 51). Y el reconocimiento del patrono de asumir directamente la obligación prestacional. Un examen detenido de la norma, en particular tratándose de la Pensión de Invalidez para empleados nacionales, se establecía que podía ser adquirida por aquella persona que hubiera perdido su capacidad para toda ocupación u oficio según *Ley 6 de 1945*, mientras durara la incapacidad el obrero o empleado recibiría el equivalente al último salario devengado sin este ser inferior a 50 pesos ni exceder los 200 pesos.

Por otro lado, y complementario con la regulación de la época, el Gobierno Nacional junto con la Academia Nacional de Medicina, adoptan la tabla de valuación de incapacidades por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a través del Decreto 841 de 1946. Un examen detenido del Decreto en mención, permite establecer que, en los dos artículos, se abordan distintas indemnizaciones, que se dividen en 18 grupos principales, indicando a cuantos meses de salario se tenía derecho dependiendo del Accidente de trabajo. El proceso de reconocimiento de

dichas indemnizaciones requería que fuesen revisadas y consideradas por los médicos del Departamento Nacional del Trabajo, o por la Oficina de Medicina Legal. Todos los accidentes de trabajo, que venían contemplados en el Decreto 841 de 1946, incluían pérdidas funcionales, amputaciones entre otros, forman parte del tipo de situaciones peligrosas a las que se expone un obrero u operador de máquinas, no se ven en principio situaciones que pudieran afectar directamente a un docente en su ejercicio profesional.

De otra parte, el decreto 841 de 1946 también establecía la Tabla de Enfermedades Profesionales, abarcaba situaciones de la exposición a Silicatos, carbón, tabaco y enfermedades como la tuberculosis, dermatitis o tétanos entre otros, que de igual forma no corresponden a enfermedades que pudiera padecer un docente en ejercicio en su labor profesional

Al revisar ambas normas, y con relación a las Pensiones de Invalidez de los Docentes al Servicio del Estado, se puede deducir que al inicio de un proceso que permitiera proteger a los obreros y empleados nacionales a través de la previsión social, las pensiones de invalidez y accidentes de trabajo no están categorizado de forma particular, para este gremio de trabajadores, y en principio no parecen gozar de una protección especial por parte del Estado. Sin embargo, como señala, Torres (2012) las Cajas de Previsión, prestaban atención en contingencias diversas “ya fuesen vejez, invalidez o muerte, pago de vacaciones, cesantías, primas, auxilios funerarios, indemnizaciones por accidentes de trabajo, entre otros” (p. 53). Este tipo de Cajas tuvieron vigencia hasta la promulgación de la *Ley 100 de 1993*, y los docentes como servidores públicos gozaron de dichos servicios, a través de la Caja Nacional de Previsión Social. Con posteriores reformas, todas las prestaciones que hacen parte del Sistema de Seguridad Social, y en particular, las que pueden gozar los docentes al servicio del Estado, se han venido distribuyendo en subsistemas distintos que le faciliten al Estado cumplir con dichas obligaciones.

4.1.2 Ley 90 de 1946

Como señala Arenas (2006) la promulgación de la *Ley 90 de 1946* significó adoptar un modelo de seguro social obligatorio como ya se había venido estableciendo en otras partes del mundo. De igual forma señala que para la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Seguros sociales eran de especial interés los seguros económicos como son riesgos profesionales e invalidez, vejez y muerte. Sin embargo, no es sino hasta el Decreto 3041 de 1966 que se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya finalidad era el cubrimiento de los servicios de la Seguridad Social para todos aquellos trabajadores dependientes del sector privado como señala (Cortes 2003). La *Ley 90 de 1946* contemplaba la cobertura de carácter opcional para trabajadores independiente e incluso los trabajadores del servicio doméstico. De esta etapa y como señala Cortes (2003), en su primera etapa, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, surgió como una entidad al servicio exclusivo de los trabajadores del sector privado, tan es así, que la misma *Ley 90 de 1946* prohibió expresamente que los servidores públicos se pudiesen afiliarse a esta entidad, pues dichos trabajadores deberían estar vinculados a las Cajas de Previsión que fueron creadas para tal fin.

En un principio, en la constitución del Instituto Colombiano de Seguros Sociales se adoptó el carácter tripartito de la aportación, es decir, Estado-Empleador-Trabajador, que a juicio de Cortes (2003), el irresponsable manejo de recursos, desvío de aportes y el incumplimiento de los empleadores, entre otros factores contribuye a la crisis de esta institución en tiempos posteriores.

Para el año 1973, durante el gobierno del Presidente Misael Pastrana Borrero y al expedir el Decreto 1935 de 1973, se adopta el modelo bipartito de los aportes que consistía en que el Estado ya no aportaba al Sistema de Seguridad Social, y en lo sucesivo sería el empleador quien

asumiera dicha obligación en dos terceras partes; un tercio restante le corresponderá al trabajador según Cortes (2003). Se aclara que dicho sistema de aportación era característico de Salud y Pensiones, en el caso de los Riesgos Profesionales, la totalidad de dicho aporte le corresponde precisamente al empleador.

En un principio el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, únicamente asume la carga prestacional en salud, sin embargo, en 1967, se incluyeron las contingencias derivadas de la invalidez, vejez y muerte y de igual forma los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Es importante, denotar, que, en materia de Riesgos Profesionales, la legislación colombiana introduce cambios sustanciales en reformas posteriores; los primeros avances en Seguridad Social como los que se han analizado en la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y de las Cajas de Previsión Social son relevantes para comprender su posterior evolución.

4.1.3 Ley 100 de 1993

La regulación que trae consigo la promulgación y vigencia de la *Ley 100 de 1993*, en sus aspectos más relevantes abarca la consagración del Sistema de Seguridad Social Integral, que, en primera medida, establece los principios que rigen el Sistema General de Pensiones, su modo de afiliación y cotización al igual que el tipo de Pensiones que pueden generarse en favor del trabajador y en particular lo que concierne a la Pensión de Invalidez por Riesgo Común, entre otros aspectos. Si bien es cierto, la ley establece condiciones para la Seguridad Social en Colombia, la reglamentación de la *Ley 100 de 1993* es variada y compleja es así como, en el transcurso del tiempo no sólo se han presentado Reformas, como la que incluye el Régimen de transición y las que involucran el Sistema General de Riesgos Profesionales de 2002 o *Ley 776 de 2002*, o la Reforma Laboral o *Ley 789 de 2002* y la Reforma Pensional de la *Ley 797 de 2003*,

sino que en tiempos posteriores. También son relevantes aquellas nuevas regulaciones en materia pensional en tanto conciernen a la Pensión de Invalidez y en particular los aspectos inherentes a dicha prestación en el ámbito del gremio del magisterio.

4.2. Evolución Histórica de la Pensión de Invalidez

La pensión de invalidez en palabras de Arenas Monsalve (Gerardo Arenas Monsalve, 2006, p 52), es una pensión de vejez anticipada en la cual se concede beneficios siempre y cuando se den las circunstancias de pérdida definitiva de capacidad laboral como establezca la legislación vigente. Así, en el origen de la Seguridad Social (Decsy Arévalo Hernández, Oscar Rodríguez Salazar, 1986, p 18), es menester incluir los riesgos profesionales a los que se expone un trabajador y en ello se establece la cobertura correspondiente contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Dichas condiciones que pueden presentarse en una relación laboral son generalmente consideradas en el ordenamiento y de igual forma se complementa con otras prestaciones como son la pensión por vejez, invalidez y sobrevivientes al igual que la atención en salud y el apoyo monetario durante la ocurrencia del accidente común o no laboral y la maternidad y de igual forma aquellas asignaciones que completan el salario en proporción al número de hijos y subsidios al desempleado.

Es de anotar que como obligación del Estado de brindar protección a los trabajadores, y en particular, sobre la pensión de invalidez, que en las distintas etapas de evolución de la Seguridad Social, no sólo en Colombia, sino a nivel mundial, la preocupación se ha centrado en cómo garantizar dicha prestación y que el propio sistema a través de las contribuciones que dentro de él mismo se generan esté en capacidad de soportar la carga laboral que las prestaciones y en especial los aspectos concernientes a la pensión de invalidez.

El esquema de Seguridad Social que caracteriza a la mayoría de los países latinoamericanos (Decsy Arévalo Hernández, Oscar Rodríguez Salazar, 1986, p 18) y en Colombia tomaron como base las reformas que se presentaron en Alemania hacia los años 1880 y se fundamentan principalmente en la relación que guarda el empleo dependiente. Así, se establece que existan programas separados (Decsy Arévalo Hernández, Oscar Rodríguez Salazar, 1986, p 19) para atender los distintos riesgos, especialmente los profesionales, pensiones y los derivados de la enfermedad general. La obligatoriedad restringida que incluía cotizaciones para toda aquella fuerza laboral asalariada que estuviera vinculada a las empresas formales. La necesidad de establecer cotizaciones a cargo del Estado, a cargo del trabajador y a cargo del empleador. De igual forma, prestaciones o pensiones que estén directamente relacionadas con las cotizaciones. Y finalmente, regímenes técnico-financieros que permitan capitalizar las pensiones basándose en los ahorros de los aportes y sus respectivos rendimientos.

El caso colombiano, frente a la implementación de un modelo de Seguridad Social, y en el periodo comprendido entre los años 1946 y 1992 (Decsy Arévalo Hernández, Oscar Rodríguez Salazar, 1986, p 22) se caracterizó porque la mayor cobertura fue lograda por aquel segmento de la población con mayor poder gremial y político y así las prestaciones más beneficiosas. En periodos posteriores, ya entrados los años 40, con la creación de la Caja Nacional de Previsión (1946), CAJANAL, que en esencia se encargaba de la protección social para los empleados públicos nacionales y con la posterior creación de entidades similares a nivel local y de igual forma con la consolidación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) (1946) o posteriormente ISS, encargado de garantizar las prestaciones sociales para aquellos trabajadores del sector privado.

Con el transcurrir del tiempo, para el año 1949, la protección en Seguridad Social abarcaba la enfermedad general y la maternidad (Arévalo, Rodríguez, 1986) de las afiliadas. A

partir del año 1965, la cobertura se amplía a los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y finalmente en el año 1967 cuando se incluye las pensiones de invalidez, vejez y muerte. La evolución del Sistema de Seguridad Social en Colombia, basado en el sistema alemán pretende ser un sistema cada vez más completo permitiendo en primera instancia la afiliación voluntaria de trabajadores independientes y medicina familiar. En los años ochenta, se empieza a discutir la extensión de los beneficios prestacionales para empleados domésticos y aquella población de la tercera edad. Finalmente, en los años noventa, con la promulgación de la *Ley 100 de 1993*, que se constituye la última de las reformas en Seguridad Social en Colombia.

Es de anotar que a partir del año 1967 se incluye la pensión de invalidez como prestación social para los trabajadores. Es necesario tener en cuenta que como parte de la evolución de la adquisición y de la consagración normativa de una Pensión de invalidez, que dicha prestación surge como un tipo de protección especial para los trabajadores de industria o de fábricas, es decir, de aquel trabajador que se caracteriza por ser obrero. Con el tiempo la cobertura de los riesgos laborales evoluciona para amparar a todos los trabajadores, incluyendo a los docentes y particularmente aquellos pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Colombiano.

Es importante mencionar el Decreto *Ley 3135 de 1968* puesto que establece un régimen prestacional que era aplicable tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales (Mario Fidel Rodríguez, et al, 2016, p 24) y pretendía brindar una regulación efectiva para el régimen de prestaciones sociales de los servidores del Estado Para los expertos en la materia.

Así, el panorama de la reforma pensional derivada de la aplicación de la *Ley 100 de 1993*, y específicamente al referirse a la promulgación de la *Ley 797 de 2003*, viene desmontando los regímenes de excepción de Ecopetrol (Cortes, 2003) y de la *Ley 812 de 2003*. Esta última regula la permanencia de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio a partir del 26 de junio de 2003 en el sistema de la *Ley 91 de 1989* y, por el contrario, ingresar de manera plena al régimen de la *Ley 100 de 1993*, ya no en un régimen exceptuado, sino por el contrario formando parte del Sistema Integral de Seguridad Social en materia pensional y en particular frente a las regulaciones con respecto a los riesgos profesionales y a la pensión de invalidez.

4.2.1 Evolución histórica de la pensión de invalidez en el magisterio colombiano

Una primera aproximación sobre el goce y disfrute de una pensión de invalidez para el magisterio colombiano pasa por identificar cómo ha sido el reconocimiento de alguna de las primeras prestaciones para el profesorado colombiano. Así la primera prestación a la que se tuvo derecho por parte del magisterio colombiano fue la Pensión de Jubilación, la cual requiere un análisis detallado en el marco normativo, Según, Arenas (2006) dentro del personal civil oficial, el sector de los educadores fue protegido en los inicios de la Seguridad Social en Colombia. Así, la *Ley 50 de 1886*, extendió el goce de la Pensión de Gracia que originalmente percibían los militares y sus familias; esta pensión aún está vigente dentro del régimen educativo y es percibida aún por algunos docentes. De igual forma, leyes posteriores como como la *Ley 39 de 1903*, *114 de 1913* y *116 de 1928* sobre materia pensional en favor de los educadores, permitió unificar los tiempos de servicio al Estado y la educación en el servicio particular. Este tipo de normas, a juicio de Arenas Monsalve, vino a producir cambios en el régimen docente sólo en tiempos posteriores, con la *Ley 71 de 1987* y *Ley 100 de 1993*.

Al tenor de la *Ley 50 de 1886*, en su artículo 11 se establecía una pensión de jubilación para los empleados civiles que hayan desempeñado cargos de manejo judiciales o políticos por un

tiempo de 20 años, haber sido inutilizados del servicio y no tener medios de subsistencia o ser mayor de sesenta años de acuerdo con la *Ley 50 de 1886*, al igual que otra serie de requisitos de conducta y de manejo de recursos públicos. Así y como consecuencia, en el artículo 12 de la misma norma, se consagra beneficiar a los docentes, en este caso a los empleados de la instrucción pública de la pensión de Jubilación, esto es en esencia, bajo los requisitos antes mencionados y adicionalmente declaraciones juradas de por lo menos 6 discípulos de buena conducta moral, patriotismo y buenas costumbres y distinguida posición como padres de familia según la *Ley 50 de 1886*.

Es precisamente en periodos posteriores, a la *Ley 90 de 1946*, ya en el año 1964, al ser organizadas las Cajas de Previsión, que la protección de los trabajadores se vio favorecida. Tratándose de las prestaciones de empleados oficiales, este tipo de obligaciones estaban a cargo de la Caja Nacional de Previsión Nacional, y particularmente de las prestaciones del magisterio. Es importante tener en cuenta que hasta el año 1989, se establece un Fondo Prestacional exclusivo para los docentes a cargo del Estado.

De acuerdo a las atribuciones que le fueron conferidas a la Caja Nacional de Previsión Social se establece que todo empleado oficial por cualquier causa no provocada de forma intencional:

Ni por culpa grave o violando injustificadamente y gravemente los reglamentos de previsión y que haya perdido de manera transitoria o permanente en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar desempeñando su cargo en su actividad habitual o la profesional tendrá derecho a una pensión de invalidez (Bautista, 1986, p. 178).

Siguiendo con las consideraciones se establecen cuantías dependiendo del grado de incapacidad laboral y determinando así que el valor que se tome como base sea del último salario devengado por el empleado y si ésta fuera equivalente al 75 %, la pensión será entonces del 50 % del último salario devengado por el empleado oficial o del último promedio mensual si el salario fuese variable. Si la incapacidad excediere el setenta y cinco por ciento y no sobrepasare el 95 %, la pensión será el equivalente al 75 % del último salario devengado o del promedio mensual si el salario fuese variable. Y si la incapacidad fuese superior Al 95 % sería equivalente a la totalidad del último salario devengado por el empleado oficial o del último promedio mensual si este no fuera un salario fijo para (Bautista, 1986, p 179). Las entidades que certificaban la incapacidad laboral era la propia Caja Nacional de Previsión Social a través de su oficina correspondiente la cual se encargaba de calificar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que pretendiese ser tenida en cuenta para el reconocimiento y pago de dicha pensión de invalidez.

En virtud de la vigencia de la *Ley 812 de 2003* en su artículo 81, se consagra que el Régimen Prestacional de los docentes oficiales, nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al Magisterio, dicese Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la precitada ley en materia de Pensión de Invalidez se dará aplicación a la *Ley 33 de 1985*, *Ley 62 de 1985* y *Ley 91 de 1989* de igual forma los Decretos 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969 en lo que refiere al reconocimiento de la Pensión de Invalidez (Secretaría de Educación del Distrito Capital, 2019).

De otro lado, para los docentes que sean vinculados con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*, la norma establece que dichos funcionarios tendrán las prerrogativas del régimen pensional de prima media como establece la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*. Es decir, los docentes vinculados bajo el decreto 1278 de 2002 y que pertenecen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*,

se aplica lo atinente a Pensión de Invalidez de origen Común como está consagrado en la *Ley 100 de 1993*, y con los Decretos 1158 de 1994 y 1655 de 2015 en lo que concierne a la Pensión de Invalidez de origen laboral.

4.3 Creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Con la *Ley 91 de 1989* se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Colombiano cuyo fin principal era regular los recursos necesarios para las entidades territoriales asuman las obligaciones prestacionales para con el personal docente. (Casa Nacional del Profesor, 2003, p. 370). Así, la norma mencionada definía el carácter de cada tipo de personal docente (Casa Nacional del Profesor, 2003, p. 370), que es beneficiario de dichas prestaciones de la siguiente manera:

- Personal Nacional: como aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
- Personal Nacionalizado: aquellos docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes de enero de 1976 y aquellos que estuvieran vinculados a partir de la fecha, de acuerdo con lo dispuesto por *Ley 43 de 1975* y finalmente,
- Personal territorial: que son aquellos docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial a partir del 1 de enero de 1976, sin contemplar el requisito que la norma, *Ley 43 de 1975* en su artículo 10.

Al tenor de la *Ley 43 de 1975* en su artículo 2 establecía cómo a través de la nacionalización, el Gobierno Nacional, estaría a cargo de las prestaciones del magisterio colombiano, sin embargo, en un tiempo de 10 años a partir de la promulgación de la ley, las entidades debían pagar a la Nación en cuotas partes el equivalente que precisamente adeudarían al personal docente a su cargo. (*Ley 43, 1975*). De esta manera, la *Ley 43 de 1975* es una base

jurídica para establecer obligaciones prestacionales para las entidades y prepara el establecimiento de un Fondo que garantizara el pago de dichas prestaciones de igual en reformas posteriores el carácter del Personal Docente también varía de acuerdo con lo que las distintas leyes en la materia consagran.

4.3.1 Ley 100 de 1993

En virtud de la *Ley 100 de 1993* y los aspectos atinentes al reconocimiento de la Pensión de Invalidez a los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*. Es importante señalar que su régimen prestacional se aplica con base en el artículo 40 y siguientes de la *Ley 100 de 1993* y que consagra que, para calcular el monto de la Pensión de Invalidez de origen común, será del 45 % del ingreso base de liquidación, más el 1,5 % de dicho ingreso por las cada 50 semanas que el afiliado tuviera con posterioridad a las primeras 500 semanas, cuando la disminución de su capacidad laboral corresponda o sea superior al 50 % e inferior al 66 %. El monto de la Pensión de Invalidez de origen común, el 54 % del ingreso base de liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por las cada 50 semanas que el afiliado tuviera con posterioridad a las primeras 800 semanas, cuando la disminución de su capacidad laboral sea igual o superior al 66 %. La norma establece que en ningún caso la Pensión de Invalidez podrá superar el 75% del ingreso base de liquidación.

Para el monto de la Pensión de invalidez de origen laboral se tendrá en cuenta como liquidación la que se realizare tomando como base el último salario devengado por el docente y debe observarse el grado de incapacidad que se presente, es decir, si se trata de una pérdida de capacidad laboral superior al 95 % esto implica que el valor de la pensión corresponde a un 100 % del último salario devengado por el docente; si la pérdida de capacidad laboral excede el 75%

sin pasar del 95 %, el valor de la pensión sería igual al 75 %; si la pérdida de capacidad laboral sea del 75%, dicha pensión será entonces del 50 % del último salario devengado por el docente.

Es importante, entonces tener en cuenta que la liquidación debe realizarse con base en el último salario devengado por el docente y en este caso debe ser equivalente al grado de incapacidad teniendo presentes estos porcentajes: cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95 %, el valor de la pensión será igual al 100 % del último salario devengado por el docente. Cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda el 75 %, sin pasar del 95 %, el valor de la pensión será igual al 75 % del último salario devengado por el docente. Cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%, dicha pensión será del 50% del último salario mensual devengado por el docente.

4.4 Cláusula de exclusión del magisterio colombiano de la *Ley 100 de 1993*. Régimen de Transición

La *Ley 100 de 1993* consagra regímenes especiales en su artículo 279, así son exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otros, y particularmente, los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en virtud de la *Ley 91 de 1989*, que crea y regula dicho FONDO frente a las distintas prestaciones a su cargo y que serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración (Congote, Muñoz, 2016).

El artículo 279 de la *Ley 100 de 1993* consagra una excepción para el conjunto de docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en particular los aspectos que conciernen al reconocimiento de Pensiones y Prestaciones en beneficio de los docentes a través del denominado Régimen Especial de los docentes en virtud de la *Ley 91 de*

1989 que se encarga de regular el funcionamiento del FONDO. Así mismo, el artículo 279 también establece que el FONDO será responsable de la expedición de pago de bonos pensionales a favor de los educadores que se retiren del servicio, y deberá tenerse en cuenta la reglamentación que para tal fin se expida (Ley 100, 1993). Debido a que los Regímenes especiales y exceptuados de la *Ley 100 de 1993* no hacen parte del Sistema Integral de Seguridad Social, la Corte Constitucional en Sentencia C-461 de 1995 justifica la existencia de dichos regímenes en el entendido que éstos garantizan un nivel de protección, igual o superior en materia pensional no se trata de un tratamiento de tipo discriminatorio, sino que por el contrario los trabajadores se ven favorecidos (Congote y Muñoz, 2016).

El origen de un régimen exceptuado para los docentes oficiales surge con el decreto 2277 de 1979, o Estatuto Docente. Sin embargo, dicho Decreto no contempla ninguna disposición frente a la regulación sobre pensiones de jubilación o pensiones ordinarias. Así, en materia pensional la norma que se debe tener en cuenta es la *Ley 33 de 1985* que regula, en principio, el reconocimiento de la Pensión de Jubilación, que sería equivalente al 75 % del salario promedio que haya servido de base para los aportes durante el último año de servicio del docente.

Otras normas que reglamentan las demás prestaciones sociales que le pueden ser reconocidas a los docentes como es el caso de la Pensión de Invalidez, son reguladas para docentes oficiales, nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la *Ley 33 de 1985*, *Ley 62 de 1985*, y de igual forma, los Decretos 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969. (Secretaría de Educación Distrital, 2019).

Ahora, si bien es cierto el artículo 279 de la *Ley 100 de 1993* consagra regímenes especiales y exceptuados, y particularmente aquel que abarca a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 11 de la misma norma consagra la

condición de que los derechos adquiridos, garantías, prerrogativas, sólo serán tenidas en cuenta para aquellos trabajadores que sean beneficiados por normatividades anteriores y que precisamente a la fecha de vigencia de la *Ley 100 de 1993* hayan cumplido todos los requisitos para acceder a pensión de jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes. Así, la ley establece la posibilidad de que se consagre un Régimen de Transición, en el caso particular de los docentes afiliados al FONDO, merece mención especial la *Ley 812 de 2003*, que consagra que para los maestros oficiales incorporados antes del 26 de junio de 2003 operaba la excepción de forma efectiva. Por el contrario, para todos aquellos docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003* forman parte del Sistema General de Pensiones conforme a la *Ley 100 de 1993* (Congote y Muñoz, 2016).

Si se tienen en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado frente a la consulta realizada por el Ministerio de Educación Nacional, y que es citada por (Congote 2016), frente a: ¿sí existe un régimen de transición pensional para los docentes ya vinculados al servicio público estatal en las condiciones que establece el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003*. De igual forma para aquellos que hubiesen ingresado a partir de la vigencia de la *Ley 812 de 2003* pero antes del 31 de julio de 2010?, y generando una inquietud adicional consistente en saber: ¿si efectivamente los docentes conservan el Régimen de Transición Pensional a pesar de la expiración de los regímenes especiales y exceptuados a partir de julio de 2010?, con lo cual el propio Consejo de Estado conceptúa que: “en virtud de mandato constitucional,” el régimen pensional de los docentes se debe determinar con relación a la fecha de ingreso del docente y no se extinguiría el 31 de julio de 2010.

Como conclusión, y retomando a Congote (2016), el único régimen especial que sobrevive a la reglamentación de excepción del artículo 279 de la *Ley 100 de 1993*, es el de los

docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero sólo para aquellos educadores oficiales vinculados con anterioridad al 31 de julio de 2010.

4.4. 1 Acto legislativo 01 de 2005

Frente al denominado Régimen de transición, el Gobierno Nacional decide por vía constitucional, reformar el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia a través del Acto Legislativo 01 de 2005, que se integra a la Carta Política y trae consigo reformas a la existencia y permanencia de los regímenes especiales y algunos exceptuados. (Congote y Muñoz, 2016, p 235). Los cambios que trae consigo la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 con relación al Régimen de Transición que había establecido la *Ley 100 de 1993*, y en particular del Régimen de excepción de los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

Así, en el caso de los educadores oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con la vigencia de la *Ley 812 de 2003* que consagrada de forma definitiva el ingreso de los docentes al Sistema General de Pensiones de la *Ley 100 de 1993*. El Régimen de Transición que el Acto Legislativo 01 de 2005 logra extinguir, sólo se mantendría para aquellos trabajadores, que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio, a la vigencia de la norma, es decir, 25 de julio de 2005. En todo caso, el desmonte gradual del régimen de transición, sólo se extendía hasta el año 2014. Una vez entra en vigencia, el Acto Legislativo 01 de 2005, se extinguen los Regímenes Especiales y Exceptuados, con la salvedad del Régimen aplicable a la Fuerza Pública y el presidente de la República (Congote y Muñoz, 2016, p. 236).

Para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y cómo se ven afectados por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es relevante

indicar que es la promulgación de la *Ley 812 de 2003*, establece un límite para la existencia del régimen que exceptuaba a los educadores para ingresar al Sistema General de Pensiones consagrado en la *Ley 100 de 1993*. Es decir, para quienes ingresaron con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*, se entenderá que gozan de los beneficios del régimen pensional de prima media como establecen la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*. Por otro lado, para aquellos docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*, se consagra que en materia pensional se registrará por los lineamientos de la *Ley 91 de 1989* (Secretaría de Educación Distrital, 2019).

4.5 Líneas jurisprudenciales

4.5. 1 Decisión Andina 583 De 2004

Este documento que forma parte del Acuerdo de Cartagena y que tuvo vida jurídica el 13 de mayo de 2004 tiene relevancia por cuanto establece directrices frente al manejo de la Seguridad y Salud en el Trabajo y en él la República de Colombia adquiere compromisos con los países miembros de consolidar normatividad que garantizara la protección efectiva del trabajador. En ese sentido, sustituye la DECISIÓN ANDINA 583 y establece para los países miembros la obligación de garantizar a los “migrantes laborales a nivel andino al igual que a sus beneficiarios, los mismos derechos y obligaciones en materia de seguridad social que los nacionales de esos mismos países” (Acuerdo de Cartagena, Decisión Andina 583, 2004, p. 1).

Así como parte de la DECISIÓN ANDINA 583, es aprobado el Instrumento Andino de Seguridad Social que particularmente en su artículo 2, numeral d, consagra para los Países miembros y sus migrantes laborales Distintas Prestaciones Sanitarias, que deben comprender todos los servicios de promoción, prevención recuperación, rehabilitación y todos aquellos

servicios terapéuticos y farmacéuticos que conlleven a preservar o restablecer la salud en los casos que tengan relación con enfermedad común o profesional, maternidad, o accidente cualquiera fuese su causa (Acuerdo de Cartagena, Decisión Andina 583, 2004).

De igual forma, la DECISIÓN ANDINA 583, consagra en el artículo 2 numeral k, “la obligación de los países miembros la obligación que el ordenamiento jurídico establezca para el migrante laboral y sus beneficiarios la posibilidad de acceder, no sólo las prestaciones económicas en efectivo, renta, subsidio, indemnización previstos ya en las legislaciones sino también cualquier complemento, suplemento, revalorización a que haya lugar, por maternidad, incapacidad laboral, lactancia, jubilación, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez o muerte”

En este sentido, la DECISIÓN ANDINA 583, insta a los países miembros, para que los migrantes laborales disfruten de las ventajas que la legislación vigente de cada país, frente a leyes, reglamentos, disposiciones en general, en materia de seguridad social y de una forma más desarrollada en sus disposiciones generales establece para los países miembros

Aquellas medidas de prevención que se requieren para evitar o disminuir, los riesgos que se deriven del trabajo, así como proteger la salud del trabajador contra aquellas situaciones que generen daños como consecuencia del desarrollo de la labor (Acuerdo de Cartagena, Decisión Andina 583, 2004, p 8).

4.5.2 Sentencia T 797 De 2005

Esta sentencia de Tutela ilustra un conflicto que se suscita cuando del derecho a la salud se trate, una docente considera que han sido vulnerados sus derechos fundamentales, en este caso, del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida digna y por lo cual, una docente al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño requería de un Traslado por

razón de enfermedad. La Sentencia del Juzgado Tercero del Circuito de Pasto, objeto de revisión, Tutela objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, tiene como hechos fundantes que a partir del año 1990, la docente señora Emérita del Carmen Delgado Enríquez, empezó a laborar como profesora de tiempo completo en el Colegio del Sagrado Corazón de Jesús del Municipio del Tambo Nariño, para el año 2000, la docente Emérita del Carmen Delgado Enríquez, empezó a sufrir de un cuadro de displasia congénita de cadera y ya para el año de 2004, su servicio médico le diagnostica una Artrosis Severa de Cadera, en cuyo caso, su mismo servicio de salud le prescribe un tratamiento médico específico que únicamente debe ser adelantado en la ciudad de Pasto. De igual forma, la actora, también indica que sus médicos tratantes recomiendan una disminución de carga física y que como consecuencia de su padecimiento ha sido en ocasiones incapacitada y además debe ser sometida a una intervención quirúrgica y terapias como parte de su recuperación.

La señora Delgado Enríquez alega que el desplazamiento de 42 kilómetros, desde la ciudad de Pasto hasta el municipio del Tambo, le implica un desmejoramiento de sus condiciones de salud y ver obstaculizado su tratamiento médico toda vez que sale al trabajo temprano a las 5 de la mañana y regresa a la 1 de la tarde, presentándose la imposibilidad de llegar a las sesiones de fisioterapia prescritas en el horario de las 3 de la tarde. Los inconvenientes anteriormente señalados llevan a que la señora Delgado Enríquez, en el año 2004 solicite en dos oportunidades traslado a la ciudad de Pasto, en razón de su condición de salud, con el ánimo de garantizar sus tratamientos médicos, y de cuyas solicitudes no ha recibido respuesta satisfactoria.

De parte de las entidades accionadas, argumentan que en ningún caso consideran vulnerados los derechos fundamentales de la señora Emérita del Carmen Delgado Enríquez, toda vez que, en virtud, del artículo 22 de la *Ley 715 de 2001* y el artículo 2 del Decreto 3222 de 2003 que indica que el proceso de Traslado de docentes obedece a razones de necesidad del servicio y

disponibilidad presupuestal y cargos que las entidades consideran que la docente actora no cumple con dichos requisitos. Las mismas entidades accionadas alegan también que por la *Ley 715 de 2001* y la Directiva Ministerial No 020 de 2003 es imposible otorgar cargos, tomando en cuenta que se están incorporando docentes en provisionalidad en municipios en cercanía de Pasto y que también estaban avocados a suprimir 600 cargos y entregar plazas al municipio de Pasto y ser reubicados en su jurisdicción. De igual forma, que los municipios en las cercanías de Pasto están excedidos en la proporción alumno-docente tanto en el ámbito urbano como rural, dificulta aún más las pretensiones de la señora Delgado Enríquez, las entidades accionadas aducen que gozan de autonomía para manejar su planta de personal. Finalmente, las entidades accionadas indican que a la docente actora le van a garantizar todos los permisos y licencias que la profesora requiera para adelantar sus tratamientos médicos ante la imposibilidad de cumplir las Acciones de Tutela que conminan al traslado de docentes a la ciudad de Pasto o a municipios cercanos, precisamente, por la falta de vacantes.

A juicio de la Corte, las razones que tuvo en cuenta el Juez de Primera Instancia, fue en primer lugar no contar con un Concepto Médico del que se desprendiera que para la docente Delgado Enríquez su desplazamiento al sitio de trabajo le estuviese generando problemas en su condición de salud y con relación a sus terapias recomendadas y que en ningún caso justifica un traslado definitivo para la docente a la ciudad de Pasto.

La Corte en la evaluación probatoria examina el hecho que los médicos tratantes efectivamente recomiendan a la docente una disminución de carga física generada por el desplazamiento y así evitar el progreso de la artrosis que la docente padece. En virtud de ello, la Corte conceptúa que efectivamente el traslado de la docente actora es necesario para el mejoramiento de las condiciones de salud de la docente Delgado Enríquez.

Frente a la ausencia de vacantes, la Corte observa que el argumento de la Administración de estar imposibilitada para poder cubrir vacantes, por la cercanía del Concurso de Méritos y la necesidad de cubrir vacantes en provisionalidad y así a juicio de la Corte, por el artículo 53 de Decreto *Ley 1278 de 2002*, existe la prevalencia de los traslados de docentes sobre la lista de elegibles, con lo cual si habría vacantes y es posible proveerlas con la figura del traslado de docentes. Así las cosas, decide conceder el amparo solicitado por la parte actora y revocar la decisión del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto y ordenar a la Gobernación y a la Secretaría de Educación de Nariño y a la Alcaldía y a la Secretaría de Educación de Nariño, en un término de diez días contados a partir de la fecha y la notificación de la sentencia hacer efectivo el mecanismo de traslado definitivo que contempla el artículo 22 de la *Ley 715 de 2001* para que en forma efectiva la actora ocupe una plaza docente permanente en el municipio de Pasto y para lo cual se expida el respectivo Acto Administrativo y la suscripción del Convenio Administrativo entre entidades territoriales.

4.5. 3 Sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) Del 13 de noviembre De 2014

Esta sentencia del Consejo de Estado plantea un debate con relación a la liquidación de una pensión de invalidez para un docente perteneciente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en la cual surge la controversia por el régimen aplicable para este caso concreto. En virtud del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que el Consejo de Estado resuelve el Recurso de Apelación que se interpone contra la Sentencia de 16 de mayo de 2013. A juicio de la Sala al tratarse del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, es necesario establecer el momento de vinculación al servicio del docente oficial para así determinar el régimen pensional aplicable (Sentencia Consejo

de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). Es así como, si la vinculación se registra con anterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*, es aplicable el régimen vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, si la vinculación se registra con posterioridad, no hay duda, en que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la *Ley 100 de 1993*. (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

El Consejo de Estado conceptúa que cuando la *Ley 812 de 2003* hace referencia al régimen anterior, se trata de los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la norma y concierne a lo dispuesto al Decreto *Ley 3135 de 1968* y los Decretos 1849 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estas normas contemplan el reconocimiento de pensión de invalidez a favor de servidores públicos que experimentaran una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). La sala estima que la Liquidación prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta como ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salarios devengados por el docente en el último año en que fueron prestados efectivamente sus servicios. Para ello, la Sala tendrá en cuenta como base normativa los aspectos dispuestos en la *Ley 65 de 1946*, Decreto 1848 de 1969, *Ley 4 de 1969*, el Decreto 1743 de 1966.

En sede de Primera Instancia al docente Leonel Hernández Hernández, acude a la jurisdicción y el Tribunal Superior de Boyacá, toda vez que le fue reconocida la Pensión de Invalidez, por parte de la Secretaría de Educación de Boyacá, actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y solicitando la parte demandante, nulidad parcial de la Resolución 1154 del 22 de septiembre de 2006, ordenando a título de restablecimiento del derecho, se obligue a la entidad demandada reliquidar

la pensión que viene percibiendo, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al momento de su retiro del servicio por invalidez, entre dichos factores salariales la parte demandante solicita se incluyan auxilio de movilización, las primas de alimentación, navidad, vacaciones y rural, así como el sobresueldo del 20 % (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). Todo en concordancia con los artículos 171, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y se dé entonces cumplimiento a la sentencia en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

En contestación de la demanda, la parte demandada se sostiene que no es cierto que para los docentes que se encontraban vinculados al 31 de diciembre de 1980, gocen de un régimen especial de pensiones, teniendo en cuenta que la *Ley 91 de 1989*, en ningún caso refiere tales requisitos especiales para el reconocimiento de la mencionada prestación pensional. Por otro lado, aduce que el artículo 3 del Decreto 3752 establece que la base que se tiene en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*, no podrán ser diferentes a la base de cotización sobre la cual se hubieran efectuado los respectivos aportes del docente (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Con relación a la sentencia del 16 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Boyacá, mantiene su postura y accede a las pretensiones de la demanda basándose en los siguientes argumentos: que de acuerdo con la *Ley 91 de 1989* y teniendo el docente Leonel Hernández Hernández el carácter de docente nacionalizado y durante su vinculación laboral, no hay lugar a duda que el régimen aplicable a su situación concreta es el previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1849 de 1969 y 1045 de 1978 (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Así el Tribunal precisa que en virtud del artículo 23 del Decreto 3135 de 1968 establece que en aquellos eventos en que un servidor público experimente una pérdida igual o superior al 95 % de su capacidad laboral tendría derecho al reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez equivalente al 100 % del último salario mensual devengado. De esta forma en el caso del señor Leonel Hernández Hernández tenía derecho a gozar de una pensión de invalidez teniendo en cuenta que la pérdida de su capacidad laboral ascendió al 96 % (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Frente al cálculo del monto correspondiente a la mencionada prestacional, el Tribunal sostiene que el Consejo de Estado acude a las disposiciones previstas en el Decreto 1045 de 1978 dado que el citado Decreto 3135 de 1968 no establecía los factores a tener en cuenta al momento de liquidar una prestación pensional por invalidez. De este modo, y en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 la prestación pensional del señor Leonel Hernández Hernández que viene percibiendo debe ser reliquidada con la totalidad de factores salariales como son: auxilios de movilización, las primas de alimentación, grado, rural, navidad y vacaciones.

Como parte del Recurso de Apelación contra la anterior providencia la parte demandada argumenta que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 consagra que el ingreso base de liquidación de la totalidad de las pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*, no puede ser distinto a la base de liquidación sobre la cual se realizaban los aportes durante el tiempo que permaneció laborando el servidor de que se trate (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Ahora bien, que la parte demanda, en sede de Apelación, precisa que los factores salariales a los que se refiere la *Ley 812 de 2003*, para integrar la base de liquidación de una prestación pensional de un docente oficial, son las consideraciones previstas en el Decreto 1158

de 1998, los cuales, a juicio, de la entidad demandada fueron tenidos en cuenta en el caso particular del demandante. Todo esto en consonancia con la *Ley 33 de 1985*, que establece que el monto de las pensiones de jubilación deben ser un reflejo de los aportes efectivamente pagados por el pensionado que reclamaba su derecho prestacional y de igual forma con los aspectos dispuestos en el Acto Legislativo No 1 de 2005 cuando consagra que para la liquidación de pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado las cotizaciones (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). De este modo, la entidad demandada solicita que se revoque la sentencia impugnada y negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

En esta etapa del proceso, en sede de Apelación, interviene el Ministerio Público, la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado y a su juicio, la prestación pensión de invalidez para los docentes está regulada por el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, en cuanto se exige una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% para garantizar su reconocimiento y pago. Ahora bien, que, tratándose del monto de la prestación pensional por invalidez, el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, disponiéndose que una pérdida de capacidad laboral igual a superior al 95 % el valor de la prestación pensional será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o el último promedio mensual, si fuese variable. (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). En el caso particular, la Procuraduría manifiesta que está probado que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Leonel Hernández Hernández era precisamente superior al 95%, es entonces el monto de la prestación pensional que debe ser reconocida debe ser igual a la totalidad del último salario devengado, tal y como fue concebido por el Tribunal en la sentencia apelada (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Del mismo modo, se aduce la *Ley 65 de 1946* entendiendo por salario todas las sumas que habitualmente y periódicamente percibidas por un trabajador como retribución a la prestación de sus servicios lo cual es acorde con los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y entonces es necesario incluir en la base de la prestación pensional del demandante la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014). La Sala al considerar el problema jurídico en cuestión manifiesta que el interés es determinar si el haber laborado como docente oficial, tiene derecho a obtener la reliquidación de la pensión de invalidez que viene percibiendo y así incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que fueron prestados sus servicios (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Del análisis, el Consejo de Estado conceptúa que la *Ley 812 de 2003* a través de la cual es aprobado el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 en su artículo 81 regula aspectos relevantes del sistema prestacional de los docentes oficiales en el nivel nacional, territorial y nacionalizado. De este modo, la precitada norma distingue entre los docentes vinculados con anterioridad y posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, 27 de junio de 2003, para poder determinar el régimen aplicable a cada grupo de docentes (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Así, para los docentes vinculados con antes al 27 de junio de 2003 les será aplicable la normatividad vigente con anterioridad a la citada fecha y en el segundo grupo que son aquellos docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003* de la precitada norma se orientarán por el régimen pensional de prima media con prestación definida, prevista en la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003* (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Ahora que al revisar el artículo 115 de la *Ley 115 de 1994* y el artículo 6 de la *Ley 60 de 1993*, normas que son vigentes en cuanto al servicio docente, se deduce que en el caso del artículo 115 de la *Ley 115 de 1994* establece que el ejercicio de la profesión docente estatal se registrará por las normas del régimen especial del Estatuto Docente. Entonces, 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. (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

La *ley 60 de 1993*, en su artículo 6, establecía que 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 aquel que reconozca la ley 91 de 1989 y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Así la Sala advierte que los elementos constitutivos del régimen pensional de los docentes remiten a la *Ley 91 de 1989*, lo cual según la jurisprudencia del Consejo de Estado establece como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados y previsto para los empleados públicos del orden nacional es el contemplado en el Decreto *Ley 3135 de 1968* y el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978 (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Es así, como la Sala conceptúa que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*, es el contemplado en

la *Ley 91 de 1989*, por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que en su artículo 15, dispone que a partir de la vigencia de la presente Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y aquel que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990, se regirán por la siguientes disposición: los docentes 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 acuerdo con las normas vigentes (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

De forma similar, 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 sola 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 (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

La Sala concluye que, si bien es cierto que el artículo 48 de la Constitución Política respeta el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*. También es cierto que no se contemplaban requisitos especiales para efectos del reconocimiento de la pensión, remite a normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional. Ahora la Sala advierte que el contenido del Decreto 3135 de 1968 en su artículo 23 se establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

En la precitada norma, la Pensión de Invalidez que determina una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 %, 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: el 50 % cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75 %; del 75 % cuando la pérdida de capacidad laboral exceda el 75 % y no alcance el 95 % y el 100 % cuando la pérdida de capacidad sea superior al 95%. La pensión de invalidez excluye la indemnización (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Ahora bien, el Consejo de Estado, preceptúa que el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto *Ley 3135 de 1968*, en sus artículos 60, 61 y 63 dispone con relación al reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, en primer lugar el hecho de que todo empleado oficial que se halle en estado de invalidez ya sea permanente o transitoria, tiene derecho a gozar de una pensión de invalidez, se considera inválido, el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y gravemente los reglamentos de previsión ha perdido un porcentaje no menor al 75 % su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a la que se ha dedicado ordinariamente. En este sentido, no se considera invalido aquel empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75 % (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

En cuanto al monto de la pensión, el Consejo de Estado plantea que 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 siguientes: 1) 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, 2) si la capacidad excediere del setenta y cinco (75 %) sin pasar de del noventa y

cinco(95%), la pensión mensual será el equivalente al setenta y cinco(75 %) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

En este punto, y de acuerdo a la revisión normativa la Sala considera que al tratarse del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial es necesario determinar el régimen pensional aplicable, en este caso, si la vinculación se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003* el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha y por el contrario, si la vinculación se registra con posterioridad, no habría duda de que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y que en todo caso que cuando la *Ley 812 de 2003* se hace alusión al régimen anterior finalmente a los aspectos consagrados en el Decreto *Ley 3135 de 1968*, el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978, en cuanto contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentan una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75 % (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Frente al monto, la Sala, conceptúa que en primer lugar, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispone que el monto de la pensión de invalidez se calcula teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación y en segundo lugar, que la *Ley 4 de 1946* y su decreto reglamentario 1743 de 1966 dispone que el monto de la pensión de invalidez debía ser igual al 75 % del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Finalmente, se debe decir que la *Ley 65 de 1946* dispone que en todo caso por salario debe entenderse no solo la asignación básica fijada por la ley 65 sino todas las sumas habitual y

periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios y expresa también que esta tesis resulta concordante con la sentencia de la misma institución del 18 de junio de 2009 RAD: 0179.2008 MP: Bertha Lucía Ramírez de Páez, según la enunciación de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no puede ser entendida en ningún caso taxativa (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

En el caso concreto, la Sala considera que a través del medio de control solicita la nulidad de la Resolución No 1154 de 22 de septiembre de 2006 mediante la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, en representación del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a partir del 22 de mayo de 2006, pero no tuvo en cuenta la inclusión y el reconocimiento de los factores salariales a los que la parte demandante tenía derecho. La parte demandante, aduce que la entidad demandada al establecer el ingreso base de liquidación de la prestación pensional reconocida, sólo tuvo en cuenta la asignación básica que venía devengando como docente oficial sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidas en el año inmediatamente anterior a su retiro por invalidez (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

La Sala estima que la entidad demandada desconoció el régimen pensional aplicable al señor Leonel Hernández Hernández, respecto a la definición del monto de su prestación pensional por invalidez y no tuvo en cuenta el antecedente expuesto en el Decreto 1848 de 1969, *Ley 4 de 1966* y su decreto reglamentario 1743 de 1966, según los cuales el monto de una prestación pensional como la que se está discutiendo se determina, por el promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios, dependiendo por supuesto del porcentaje de disminución de la capacidad laboral del titular del

derecho prestacional, que para el caso concreto superaba el 95 % (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Es así, como la Sala conceptúa que la entidad demandada desconoce sin justificación alguna, el régimen prestacional aplicable al actor y, en consecuencia, vulnera el derecho que le asiste a la parte actora para disfrutar de una prestación pensional cuyo ingreso base de liquidación tuviese en cuenta la totalidad de los factores efectivamente devengados en el año anterior a su retiro del servicio a causa de la invalidez. La Sala advierte también que la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la cual están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. En caso de que no hayan sido objeto de descuento, no da lugar a exclusión, y que, al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe el descuento pertinente.

Por otro lado, la Sala indica que hay que tener en cuenta que a través del Acto Legislativo No 1 de 2005, se elevó a rango constitucional, la obligación de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado las cotizaciones, en el caso concreto, si hay lugar a la prescripción sobre las mesadas pensionales del demandante y que causadas con anterioridad al 24 de enero de 2008 enero y de acuerdo con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 de del Decreto 1848 de 1969 y teniendo en cuenta que el señor Leonel Hernández Hernández no tenía la obligación de agotar la vía gubernativa y de acuerdo al artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, solicita audiencia de conciliación prejudicial ante la procuraduría 67, Judicial I, del municipio de Tunja, esto que se produjo antes de acudir a esta jurisdicción a controvertir la legalidad del acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de una prestación de

invalidez a partir del 22 de mayo de 2006 (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

Finalmente, teniendo en cuenta lo expuesto, el Consejo de Estado establece que la parte demandante ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución No 1154 del 22 de septiembre de 2006 y portal razón, se confirma la sentencia de mayo de 2013, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda formuladas por el señor Leonel Hernández Hernández en contra del Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio (Sentencia Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13, 2014).

4.5. 4 Sentencia T 021 de 2016

Esta sentencia de Tutela ilustra un conflicto que involucra el reconocimiento de una Pensión de Invalidez de un docente vinculado a la Gobernación de Antioquía y a la Secretaría de Educación que considera vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso al serle negado el reconocimiento de la Pensión de Invalidez. Los hechos que fundamentan las pretensiones del señor Guillermo León Valencia consisten en que ha laborado como docente al servicio del Departamento de Antioquía en distintos periodos: el primero de ellos, desde el 22 de julio de 2004 hasta el 8 de enero de 2006 trabajando así 527 días en el segundo de ellos desde el 14 de mayo de 2007 hasta el 13 de julio de 2008, trabajando así, 420 días y el último periodo desde el 8 de septiembre de 2008 hasta el 23 de mayo de 2010, trabajando así 616 días.

De igual, forma la parte actora aduce que los periodos anteriores constan en una certificación laboral expedida por la propia entidad del 9 de octubre de 2013 en el cual se logra establecer un total de 1563 días laborados, lo equivale a un total de 223,29 semanas cotizadas y

que esta última cotización data del 23 de mayo de 2010. Que a su vez COMFENALCO E.P.S, el 25 de noviembre de 2013, le informa que la Aseguradora de Fondo de Pensiones a la que se encontraba afiliado es a quien le compete la calificación de la pérdida de capacidad laboral, tratándose en este caso de enfermedades de origen común. De igual forma, la parte actora acude ante la Gobernación de Antioquia con la intención de que se le asigne una cita que le permita sea calificada su pérdida de capacidad laboral y así iniciar los trámites conducentes al reconocimiento de una Pensión de Invalidez de origen común ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ante lo cual, la Gobernación de Antioquia. NIEGA, la solicitud del señor Guillermo León Valencia, por cuanto el solicitante no se encontraba desvinculado de la planta de docentes.

El señor Guillermo León Valencia expone que presenta cotizaciones por un número de 45,86 semanas y que estas cotizaciones comprenden un periodo a partir del 1 de julio de 2003 y el 31 de julio de 2004. De igual modo, continua la parte actora, que el 21 de febrero de 2014, COLPENSIONES, certifica que el señor Guillermo León Valencia, presenta una pérdida de capacidad laboral de 62,83%, siendo estructurada el 23 de marzo de 2013, fecha en la cual, el señor Guillermo León Valencia inicio tratamiento de hemodiálisis. Informa entonces la parte actora que le fue diagnosticada una insuficiencia renal crónica, diabetes mellitus hipotiroidismo e hipertensión arterial, resalta también que a raíz de ese dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral se desprende que desde hace siete años ya venía sufriendo de diabetes y que dicha patología requiere atención especial, y razón por la cual ha presentado también retinopatía diabética y es insulino dependiente.

El señor Guillermo León Valencia, solicita el reconocimiento y pago de la Pensión de Invalidez ante la Gobernación de Antioquia-Secretaría de Educación e indicando que el dictamen médico expedido por COLPENSIONES fue aportado ante la negativa de COLPENSIONES E.P.S. y de la misma Gobernación de Antioquia de proferir la respectiva calificación de pérdida

de capacidad laboral. En este sentido la Dirección de Gestión de Apoyo Administrativo de la Secretaría de Educación de Antioquia niega el reconocimiento de la pensión argumentando para ello que al momento de la estructuración (23 de marzo de 2003), el señor Guillermo León Valencia no se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El señor Guillermo León Valencia complementa indicando que la entidad accionada aceptó su dictamen por cuanto se encontraba acorde con los criterios establecidos por el Manual Único de Calificación de Invalidez, y que partir del 23 de mayo de 2010, fecha en la que termina su vínculo laboral con Departamento de Antioquia y que por esta razón siendo su última entidad empleadora, es esta misma la que debe resolver precisamente su situación prestacional.

El señor Guillermo León Valencia argumenta que en virtud del artículo 72 del Decreto 1848 de 1969, que regula el Decreto 3135 de 1968 “los servicios prestados en diferentes entidades de Derecho Público deben ser acumulados para el cómputo del tiempo requerido en la pensión de Jubilación. En estos casos, el monto correspondiente a la pensión se deberá distribuir en forma proporcional al tiempo servido en cada una de las entidades”

Aduce, el señor Guillermo León Valencia que depende económicamente de su hermana y ella misma es la persona que está a cargo del pago mensual del Sistema de Seguridad Social en salud, para que él pueda ser atendido en SALUDCOOP E.P.S. Que como parte del diagnóstico de su estado de salud no le es posible vincularse laboralmente, puesto que los días martes, jueves y sábado debe realizarse un procedimiento conocido como hemodiálisis y que requiere que él sea conectado a una máquina a través de una fístula arteriovenosa. También, señala que perdió la visión por uno de sus ojos y la capacidad auditiva de uno de sus oídos por la diabetes que sufre.

A propósito, la parte actora aduce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, que tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la “fecha en que efectivamente una persona está incapacitada para trabajar es diferente a la fecha indicada en

el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral” (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 2016, p 5) La Corte se pronuncia indicando que en la mayoría de los casos que involucran situaciones de pérdida de capacidad laboral de forma progresiva, las juntas de Calificación, establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en la que aparece el primer síntoma de la enfermedad, a la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la misma, a pesar de que para ese momento no se hubiera perdido la capacidad laboral (Sentencia T-021 de 2016, p. 5). Para su caso particular, el señor Guillermo León Valencia expone que la fecha de estructuración debió ser establecida el 23 de mayo de 2010, que es aquella fecha en la que realizó su último aporte al sistema y en la que perdió su capacidad laboral. Por el contrario, dicha fecha de estructuración debe ser establecida en 2007, momento en el cual sobrevino la retinopatía diabética.

La Secretaría de Educación de Antioquia como entidad accionada manifiesta que el señor Guillermo León Valencia no cumple con los requisitos contemplados en la *Ley 860 de 2003* para acceder a la pretendida pensión de invalidez y que a la fecha que de estructuración de la invalidez la parte actora no se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que la desvinculación laboral del señor Guillermo León Valencia data del año 2010.

Fiduciaria La Previsora como entidad accionada, dio respuesta a la Acción de Tutela interpuesta, argumentando que la solicitud tendiente al reconocimiento de la Pensión de Invalidez no fue presentada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya administración está en cabeza de la Fiduprevisora S.A, en virtud del contrato de Fiducia Mercantil pública suscrita para tal efecto por la *Ley 91 de 1989*. En este caso, a juicio de Fiduprevisora S.A, se configura una falta de legitimación por pasiva puesto que las “Secretarías de Educación fungen en sí mismas como entidades territoriales nominadoras y en ningún caso

deben ser consideradas sucursales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así las cosas, la Fiduprevisora S.A. no está en posibilidad de atender la orden tendiente a la expedición de un acto administrativo de reconocimiento pensional, toda vez, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no emite, revoca ni modifica actos administrativos de reconocimiento o negación de prestaciones sociales pues la encargada es precisamente la entidad nominadora a la que se encuentre afiliado el docente, según lo establece el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005. Así, la Fiduprevisora estudia la viabilidad jurídica del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de pensión de invalidez, análisis del que se desprende un resultado negativo frente a las pretensiones del actor. Finalmente, se argumenta que para la presente acción no se cumple con el requisito de subsidiariedad, que justifique la procedencia excepcional de la Acción de Tutela.

En primera instancia, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín decide no tutelar los derechos que invoca el señor Guillermo León Valencia pues en modo alguno, por parte de la Gobernación de Antioquia, Secretaría de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S.A hubiese vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la Seguridad Social y al debido proceso de la parte accionante puesto que no se demostró que se cumplieran los presupuestos mínimos para conceder la pensión de invalidez de manera transitoria.

En este caso, la sede de primera instancia señala que el artículo 6 del Decreto 2591 no procedía la Acción de Tutela ya que se trataba de un mecanismo ordinario. De esta forma, la sede de instancia establece que precisamente es improcedente toda vez que el reconocimiento o reliquidación de naturaleza pensional sólo en forma ocasional procedería con el fin de proteger derechos fundamentales como se exige en este caso. Se trae entonces a comentario la Sentencia T 721 de 2012, en la que en Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional se argumenta que

la Pensión de invalidez se encontraba destinada a satisfacer las necesidades de quienes no pueden acceder a otra fuente de ingresos debido a una pérdida considerable de su capacidad laboral. En este sentido, la Corte conceptúa que las peticiones son elevadas por personas en situación de vulnerabilidad para los cuales la mora o la negativa en su reconocimiento profundiza el estado de fragilidad del peticionario.

Para este caso, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que se acredite un mínimo de diligencia en el momento de buscar la forma de salvaguardar el derecho invocado por el la parte actora y su afectación al mínimo vital ante la negación del derecho pensional. Manifestando que el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003* define el régimen prestacional de los docentes ya sean nacionales, nacionalizados y territoriales que estuviesen vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la *Ley 812 de 2003*. El régimen que les corresponde es el de la *Ley 91 de 1989* y todas sus normas concordantes. Por el contrario, todos aquellos docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003* su régimen se regirá por el régimen de prima media como lo establecen la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003* con todos los requisitos allí consagrados.

La misma sede de instancia sostiene que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración el actor solo acreditaba ocho semanas cotizadas y para lo cual la parte actora no presentó recurso alguno en contra del dictamen de pérdida de capacidad no contra la Resolución que negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La parte accionante a su vez como parte de su impugnación señala que el accionante no cuenta con las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin embargo, señala que la jurisprudencia ha señalado tratamientos flexibles ante las condiciones de salud que involucren enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas para determinar de forma efectiva la verdadera fecha de estructuración para así garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional

Manifiesta entonces que la fecha de estructuración debió ser fijada el 23 de mayo de 2010, fecha en la cual el accionante había perdido su capacidad laboral y terminó su vínculo contractual con la entidad demandada. De la misma manera la parte actora indica que no recurrió el dictamen proferido teniendo en cuenta que el accionante es un sujeto en estado de debilidad manifiesta al que se le fijó un porcentaje alto de pérdida de capacidad laboral y a lo cual el juez de primera instancia no tuvo precisamente en cuenta las circunstancias especiales que ha venido afrontando el accionante y finalmente que la acción emprendida busca evitar un perjuicio irremediable ya que se trata de una persona que padece una enfermedad que pone en riesgo su vida, con una pérdida de capacidad laboral del 62,83 % y que ni cuenta con una fuente de ingresos de dónde derive su sustento.

En sede de segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín confirma el fallo del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín al analizar que la parte accionante hace parte de un grupo de población vulnerable y que amerita un tratamiento especial. Sin embargo, el actor no cumple con el número de semanas requeridas y que está fuera de la órbita del operador jurídico la posibilidad de modificar la fecha de estructuración que fue determinada por especialistas de acuerdo al manual de calificación de invalidez. En este sentido sustenta que no le es permitido resolver asuntos que deben ser resueltos por la entidad demandada o por la justicia laboral o contenciosa administrativa según fuese el caso.

Surtida la etapa de revisión que incluye historia clínica del accionante en los que constan los diagnósticos de diabetes, retinopatía diabética, tratamientos con glibenclamida y otros medicamentos para la diabetes presentando parestesias y dolor de pies entre otros. Como elementos probatorios para interponer el amparo se encuentra la solicitud de la parte accionante para iniciar el trámite de pensión de invalidez de origen común ante el Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio la cual es negada por la institución. La E.P, S a su vez indica que la

competente en el caso particular es la AFP. La Secretaría de Educación aduce que en virtud de del Decreto 2107 del 30 de noviembre de 2005, el señor Valencia fue desvinculado de la Planta de Personal de docentes de la Secretaría de Educación Departamental, acto que fue notificado debidamente y que ante la inexistencia de una afiliación a una ARL no es posible acceder a la petición.

Adicionalmente se anexa la copia de certificación de información laboral para bonos pensionales y certificación de salario base de liquidación de igual forma como parte de la historia laboral expedida por la Secretaría de Educación el señor Guillermo León Valencia laboró durante los periodos del 22-07-2004 al 08-01-2006, del 14-05-2007 al 13-07-2008 y del 8-09-2008 al 23-05-2010 indicando los extremos de la relación laboral, sin las posibles interrupciones que se hubiesen presentado.

La Corte Constitucional como institución facultada para revisar los fallos de Tutela, analiza el problema jurídico y establecer si se está ante una vulneración de derecho fundamental al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso de la parte accionante y a quien se le niega el reconocimiento de la Pensión de invalidez y el incumplimiento supuesto de requisitos que consagra el artículo 1 de la *Ley 860 de 2003* que modifica el artículo 39 de la *Ley 100 de 1993*, norma que exige que se tengan 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Establecer si se presenta una vulneración a los derechos del accionante ya que la fecha de estructuración fue establecida por COLPENSIONES, 23 de marzo de 2013, momento en el cual se inicia la diálisis. En este punto, la parte accionante argumenta que debió ser estructurada a partir del 23 de mayo de 2010, fecha en la cual se presentó la retinopatía diabética que le fue diagnosticada.

Es así como, con el ánimo de dar solución al problema jurídico, la Sala procede a abordar los siguientes análisis que comprenden referirse en primer lugar a la procedencia de excepcional

de la acción de Tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, después definir el marco normativo que regula el reconocimiento y pago de la prestación económica, posteriormente analizar en qué consiste el marco jurídico y jurisprudencial que regula el establecimiento de la fecha de estructuración tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas y degenerativas y finalmente proceder a resolver el caso concreto.

Frente a la procedencia excepcional de la Acción de Tutela para solicitar el reconocimiento de prestaciones de tipo económico y específicamente en el caso de pensiones el artículo 86 de la Constitución Política y el propio artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 indicando que la Acción de Tutela sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o que se constituya como un mecanismo transitorio ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Aunque la improcedencia de la Acción de Tutela, en principio, para el reconocimiento de prestaciones de tipo económico no se consideraba el carácter fundamental de la seguridad social. Entendiéndose este derecho social como una aplicación progresiva de los contenidos propios de la competencia del legislador.

Sin embargo, en análisis posteriores la Corte Constitucional reconoce que la seguridad social en pensiones reviste un carácter fundamental independiente y autónomo, susceptible de ser protegido vía tutela, en los eventos en que se compruebe que se está ante la existencia de un perjuicio irremediable o falta de idoneidad del medio judicial ordinario (Corte Constitucional, Sentencia C 1141, 2008). En forma similar, la Corte Constitucional reconoce el carácter fundamental a la seguridad social siempre y cuando el juez constitucional encuentre que no exista controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales que permitan acceder a este derecho (Corte Constitucional Sentencia T-884, 2013). Puntualiza la Corte, como elemento adicional para que opere la Acción de Tutela en los casos en que las pretensiones de índole pensional y en este sentido la Sentencia T836 (2006) se

expresa que de constar en el expediente la procedencia del derecho a pesar de lo cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud (Corte Constitucional, Sentencia T 836, 2013). De igual forma la Corte Constitucional, con relación a la Sentencia T- 658 (2012) el requisito de procedencia de la Tutela es que exista también una mínima certeza sobre la ocurrencia de los hechos de la demanda (Corte Constitucional, Sentencia T 658, 2012).

Ahora frente al régimen jurídico aplicable al reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, la Corte Constitucional plantea que la parte accionante alude al artículo 72 del decreto 1848 de 1969, norma que se refiere al tiempo de acumulación de tiempos de servicios para pensión de jubilación y de igual forma se menciona también el artículo 60 del decreto 1848 de 1969 consagrando el derecho que todo empleado oficial tiene de gozar de una pensión cuando se hallare en una situación de invalidez, ya sea transitoria o permanente.

Así mismo, se establece por el artículo 61 del Decreto 1848 de 1969 que, para efectos de la pensión de invalidez, se considera

“Inválido el empleado 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 setenta y cinco por ciento (75 %) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a la que se ha dedicado ordinariamente. Por su parte, el artículo 72 del Decreto 1848 de 1969 que regula la acumulación de tiempos de servicios para pensión de jubilación de esta manera” (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 2016, p 18)

Así pues, los servicios prestados sucesivos o alternadamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales, y sociedades de economía mixta de se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación.

Sin embargo, la Corte señala que el régimen prestacional del magisterio fue modificado por el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003*, que consagra que: “el régimen de prestaciones sociales 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 vigencia de la presente ley” (p. 18). De este modo,

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 la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 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 (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 2016. P 18).

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia T-043 (2007) conceptúa que “la pensión de invalidez como la prestación económica destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad común o el accidente de trabajo que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral” (p. 7). De otro lado, el artículo 39 de la *Ley 100 de 1993*, regula los requisitos para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, la norma mencionada ha sido sujeta a diferentes modificaciones y variaciones. Así el artículo 11 de la *Ley 797 de 2003*, modifica los requisitos de la pensión de invalidez, sin embargo, fue declarada inexecutable por vicios de procedimiento por la Sentencia C-1056 de 2003 (Corte Constitucional, Sentencia C-1056, 2003).

Más adelante la modificación requerida se lleva a cabo con la *Ley 860 de 2003* que en su artículo 1 expresa lo siguiente: “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme al artículo anterior sea declarado invalido y cumpla con las siguientes condiciones: 1) invalidez causada por enfermedad: que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, 2) invalidez causada por accidente: que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. En el párrafo 1, establece que en el caso de menores de 20 años, sólo deberán acreditar veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria” (Corte Constitucional, Sentencia C-20 de 2005) y en el párrafo 2, cuando el afiliado haya cotizado el setenta y cinco por ciento (75 %) de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se requerirán veinticinco (25) semanas en los últimos tres (3) años. De esta forma, finaliza la Corte indicando que una vez el afiliado cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez, puede solicitar el reconocimiento y pago de dicha prestación ante su fondo de pensiones (Corte Constitucional, Sentencia C-20, 2005).

Frente a la fecha de estructuración tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, la Corte plantea que el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 que modifica el artículo 41 de la *Ley 100 de 1993*, establece que el estado de invalidez se determina según el manual único para la calificación de invalidez y que sea vigente para la fecha de calificación. Que es entonces, al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de vida y muerte y a las Empresas Promotoras de Salud EPS determinar en un primer momento la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Del mismo modo, se establece que a las instituciones que tienen el deber de calificar y declarar la invalidez deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión. De forma similar, por el Decreto 2463 (2001), en su artículo 13, “son las Juntas de calificación de invalidez, los órganos encargados de emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales” (p. 25) Ahora que el artículo 3 del Decreto 917 (1999), se define la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de capacidad laboral como la fecha en la que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia dicha fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación (Corte Constitucional, sentencia T-021, 2016).

Por otro lado, la Sentencia T-043 (2014) establece que la fecha de estructuración de invalidez se considera como el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado que le es imposible seguir cotizando al sistema. La determinación de cuando se tiene una pérdida de capacidad relevante, se establece a través de un dictamen médico que realizan las entidades señaladas por la ley como competentes para el tema (Corte Constitucional, Sentencia T-043, 2014). La jurisprudencia constitucional sobre las enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, en este caso trata de que la pérdida de capacidad laboral se presenta de forma paulatina o progresiva, mientras que, la persona continúa cotizando hasta el momento en el que el agravamiento de su condición de salud le hace imposible continuar trabajando y realizando los aportes al sistema de seguridad social (Corte Constitucional, Sentencia T-043, 2014 y Sentencia T 040, 2015).

Sin embargo, en el análisis de la Corte Constitucional, se establece que los organismos encargados de certificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral señalan como fecha de estructuración aquella en la que se manifiesta el primer síntoma de la enfermedad, o aquella que

se indica en la historia clínica como diagnóstico. No obstante, esta decisión desconoce que la disminución de capacidad productiva cuando se trata de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas no se presenta de forma inmediata. De este modo, la propia Corte en pronunciamientos como la “Sentencia T-068 (2014) y ante la desprotección de la población que padece este tipo de patologías, se hace necesario que las juntas encargadas de realizar las valoraciones médico-laborales, tengan en cuenta el carácter dinámico que presenta la pérdida de capacidad laboral, en relación con estas patologías, para efectos de resolver los aspectos vinculados al reconocimiento de la Pensión de invalidez” (p. 27). De esta manera, en los eventos en los que luego de la fecha de estructuración, la persona continuó laboralmente activa y cotizando al sistema, se deben tener en cuenta los aportes generados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, pues es la única forma de tener en cuenta el carácter dinámico de la pérdida de capacidad laboral de este tipo de patologías (Corte Constitucional, Sentencia T-509, 2010 y Sentencia T-083, 2011).

Por otro lado, la propia Corte Constitucional a través de la Sentencia T-436 (2005), estableció las bases de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta en el momento de expedir los dictámenes de calificación de invalidez, y dichos requisitos se encuentran en concordancia con el Decreto 917 de 1999 y se describen así: 1) Solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización, 2) Valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las entidades realizarán el examen físico correspondiente antes de elaborar la respectiva ponencia. 3) Motivación de las decisiones adoptadas (Decreto 917, 1999).

En pronunciamientos posteriores, la Corte Constitucional en la Sentencia T-006 (2013) reconoce que la Acción de Tutela procede para controvertir dictámenes proferidos por las juntas

de calificación de invalidez proceden en estos casos: 1) los medios con los que cuenta la persona para dirimir su controversia carecen de idoneidad y eficacia 2) y en el caso de que a pesar de que se cuente con los mecanismos idóneos y eficaces se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En este caso la acción de amparo tiene un carácter transitorio. En cuanto a la violación del debido proceso debe comprobarse que el establecimiento de la pérdida de capacidad laboral o la fecha de estructuración se dio sin apego a los hechos y al material probatorio.

Los requisitos anteriores, se reafirman con la Sentencia T-596 (2006) que se acoge a los aspectos expresados en relación con la valoración completa del estado de salud y, en general, todo aquellos que permita tener en cuenta todo el material probatorio que conlleve el establecimiento de la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración. Frente a providencias que específicamente aborden la fecha de estructuración como aquella en que se realizó la última cotización, se destacan las Sentencias T-420 (2011) y T-143 (2013), como precedentes de la Sentencia T-021 (2016).

En el caso concreto del señor Guillermo León Valencia, la Corte Constitucional tuvo como hechos probados los periodos de trabajo que en total acumulaban 45,86 semanas y con posterioridad en distintos periodos de tiempo, logrando acumular 223,28 semanas cotizadas. De igual forma, por lo menos en tres ocasiones, entre ellas el 27 de abril de 2010, el señor Valencia hizo uso del servicio médico, por su diagnóstico de diabetes y otros distintos síntomas que le aquejaban en ese momento. El 10 de julio de 2010, como parte de una revisión de exámenes médicos, se encontró consignada la información relacionada con que venía padeciendo diabetes por un tiempo de 6 años y que además padecía parestesia y dolor en manos y pies junto con la retinopatía diabética y la neuropatía diabética. El 8 de enero de 2013, el señor Guillermo León Valencia fue hospitalizado por síndrome edematoso secundario y síndrome nefrótico, iniciando

hemodiálisis el 23 de marzo de 2013 y en junio del mismo año le fue diagnosticado por parte del especialista en nefrología, la necesidad de un trasplante renal.

Posteriormente, el 20 de noviembre de 2013 solicita a COMFENALCO EPS la asignación de cita para calificación de pérdida de capacidad laboral, petición que le fue negada. En comunicación posterior elevada a la Gobernación de Antioquía, en esta ocasión se le indica que la solicitud elevada no podía prosperar toda vez fue desvinculado de la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental a través del decreto correspondiente.

Ahora que por medio del dictamen del 21 de febrero de 2014 elaborado por COLPENSIONES se determina que el accionante sufría una pérdida de capacidad laboral del 62,83 % con una fecha de estructuración de 23 de marzo de 2013. En dicho dictamen se indica que el establecimiento de la fecha de estructuración se debe a que en ese momento se inició la diálisis del accionante. Contra dicho dictamen la parte accionante no presentó ningún recurso pese a que, en la comunicación del dictamen, notificada el 26 de marzo de 2014, se otorga un plazo de diez días hábiles para tal efecto (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Posteriormente, la apoderada solicita a la Secretaría de Educación de Antioquia y la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de pensión de invalidez. Ante lo cual la Secretaría de Educación de Antioquia niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando el incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Una vez realizado el examen de procedencia en la parte accionante, el señor Guillermo León Valencia quien invoca el derecho fundamental al mínimo vital a la seguridad social y al debido proceso por legitimación en la causa por activa y en la parte accionada, Gobernación de Antioquia y Secretaria de Educación del Departamento de Antioquia, por legitimación en la causa por pasiva. Frente al requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela, la

Corte preceptúa que en Sentencias como la SU-961 (1999) reconoce que de no interponerse la acción dentro de un tiempo prudencial puede conllevar a que esta misma deba ser negada. Sin embargo, la Sala también analiza que el derecho a la pensión es de carácter irrenunciable e imprescriptible como consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). Es así como a través de la Sentencia T-217 (2003), se establece que “el afectado tiene derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo tomando en cuenta que es un derecho adquirido y no puede ser desconocido por simples decisiones de la administradora de pensiones, derechos que además son irrenunciables e imprescriptibles” (p. 28).

De otra parte, en sentencias como la T-407 (2014) y la T-788 (2014) han establecido que cuando se trata de derechos pensionales, no es posible señalar que se trate de un incumplimiento cuando se puede determinar que la afectación de los derechos subsiste en el tiempo (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). En el caso de estudio la Corte Constitucional no advierte incumplimiento de la parte accionante, puesto que el amparo fue interpuesto en un tiempo prudente de tres meses después de la expedición del acto administrativo que negaba el reconocimiento de la pensión solicitada.

El siguiente examen que aborda la Corte Constitucional es el requisito de subsidiariedad en la presentación de la Acción de Tutela, de lo cual se desprende que en principio no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones, debido a la existencia de otros medios judiciales, que, en este caso, es la jurisdicción correspondiente. Sin embargo, el accionante no ha acudido al juez ordinario, pues a su juicio, su situación de salud le hacía imposible soportar dicho tiempo (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). En forma adicional, la parte accionante manifiesta el no haber impugnado el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES en la que la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia negó el reconocimiento de la Pensión de Invalidez al señor

Guillermo León Valencia. Finaliza la Corte Constitucional que el requisito de subsidiariedad debe revisarse de manera amplia y permisiva teniendo en cuenta que la parte accionante es un sujeto que goza de especial protección constitucional y ante la posible vulneración de sus derechos, el juez constitucional está en la obligación de protegerle ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

A continuación la Sala procede a examinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante y pronunciarse si el señor Guillermo León Valencia diagnosticado con diabetes mellitus grado 2, retinopatía diabética, neuropatía diabética, hipotiroidismo e insuficiencia renal terminal y a quien se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez debido a que no acreditó las 50 semanas cotizadas requeridas dentro del periodo comprendido de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

En principio es necesario establecer el régimen jurídico aplicable en el caso particular recordando que la apoderada refirió el artículo 72 del Decreto 1848 de 1969 norma que regula la acumulación de tiempos de servicio para pensión de jubilación. La Corte Constitucional establece que la normatividad invocada no es aplicable al caso del señor Guillermo León Valencia pues el régimen prestacional de los docentes fue modificado por el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003* (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Debido a la modificación señalada a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encontraban vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 les era aplicable la normatividad en vigor con anterioridad Corte Constitucional (Sentencia T-021, 2016). En el caso del señor Guillermo León Valencia, habiéndose vinculado como docente al servicio del Departamento de Antioquia el 22 de julio de 2004 y la *Ley 812 de 2003* data del 27 de junio de 2003 se deduce que el accionante

no es beneficiario del régimen anterior, sino por el contrario el contenido de la *Ley 100 de 1993* y sus modificaciones Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Al continuar el análisis de las pretensiones de la Acción de Tutela debe tenerse en cuenta que la apoderada del accionante que no presenta cotizaciones con posterioridad al 23 de mayo de 2010 fecha en la que fue desvinculado de la planta de docentes de la Secretaría de Educación Departamental y además se encuentra probado que, en los tres años anteriores a la fecha de estructuración, el señor Guillermo León Valencia solo cotiza 8 semanas (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

A este respecto, la parte accionante solicita que se le reconociera la pensión de invalidez al señor Guillermo León Valencia teniendo como fecha de estructuración de la invalidez el 23 de mayo de 2010, fecha de su última cotización o en su defecto, en el año 2007, cuando le sobreviene la retinopatía diabética (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). Sin embargo, la Corte Constitucional considera que la fecha de estructuración no podría ser establecida en el año 2007, fecha en la cual le sobreviene la retinopatía diabética por lo cual, para ese tiempo, a juicio de la Corte el señor Guillermo León Valencia no habría sufrido una pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva, supuesto exigido por la jurisprudencia para efectuar la modificación solicitada (Corte Constitucional, Sentencia T-021,2016).

La Corte puntualiza que no es posible acceder a la solicitud de cambiar la fecha de estructuración a la última cotización por cuanto 1) la tutela procede de manera excepcional en contra de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez y teniendo en cuenta que la única calificación fue emitida por COLPENSIONES, que es precisamente la entidad encargada de realizar el primer pronunciamiento sobre la pérdida de capacidad laboral del actor. Así la Sala considera que la jurisprudencia en materia de procedencia debe ser extensible a todo

organismo que profiera dictámenes, en este caso COLPENSIONES (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Por otro lado, la Corte Constitucional observa que no hay en la actuación de COLPENSIONES indicio alguno, de que al establecer la fecha de estructuración del estado de invalidez, desconociera el tratamiento jurisprudencial frente a enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, teniendo en cuenta que al señor Valencia le fue ordenado el uso de insulina el 21 de junio de 2010, y esbozado por la apoderada del accionante para determinar una supuesta pérdida de capacidad laboral, y que este tratamiento fue superado por los resultados de las glucometrías que le practicaron al señor Guillermo León Valencia (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). Ahora, con respecto a la pérdida de agudeza visual, la historia clínica manifiesta que dicho problema le fue corregido con el uso de lentes y así tampoco en este caso puede ser tenido en cuenta para el cambio en la fecha de estructuración.

La Corte Constitucional concluye que no hay elementos fácticos y probatorios que permitan que el establecimiento de la fecha de estructuración por el organismo calificador se haya dado mediante un análisis infundado o caprichoso (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). En este caso se tuvo en cuenta la historia clínica del paciente. Finalmente, a la Corte Constitucional, le llama la atención que la primera solicitud de la accionante data del 20 de noviembre de 2013, fecha en la cual el señor Guillermo León Valencia sufrió su primera recaída que le llevo el 22 de marzo de 2013 a su tratamiento con diálisis, hecho que, para la Corte Constitucional, permite inferir que sólo para ese momento se empieza a presentar una disminución importante de su capacidad laboral (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

Así las cosas, la Corte Constitucional resuelve confirmar la Sentencia de Tutela de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín que a su vez confirma la Sentencia de Tutela del Juzgado

Sexto Laboral del Circuito de Medellín y NO AMPARA los derechos invocados por el Señor Guillermo León Valencia (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

4.5.5 Salvamento de Voto a la Sentencia T 021 de 2016

El Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva presenta Salvamento de Voto a la Sentencia T-021 de 2016 basándose en los siguientes argumentos el primero de ellos consiste en que tratándose de que el accionante padece enfermedades crónicas y degenerativas de la salud, de ellas es difícil determinar la fecha exacta en la que la persona no pudo continuar con su capacidad para trabajar (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). El Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, considera que el dictamen emitido con relación a la invalidez del señor Guillermo León Valencia desconoce dicha situación pues determinó la invalidez a partir del momento que empezó el tratamiento de diálisis por insuficiencia renal crónica. En este sentido, el Magistrado considera que la determinación resulta errónea puesto que sólo corrobora el estado de salud, pero no en el momento en que el señor Guillermo León Valencia no podía seguir trabajando y así no se puede tomar como un hecho cierto la fecha de estructuración conceptuada como es planteado en la sentencia, pues está pudo ser errada (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

En el mismo sentido el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, frente a que la Sentencia exprese que no hay “elementos fácticos o probatorios que hagan a la Sala pensar que el establecimiento de la fecha de estructuración por parte del organismo calificador se haya dado mediante un análisis infundado o caprichoso” (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016). Sin embargo, el Magistrado señala que la historia clínica del accionante expedida el 21 de marzo de 2012 indica que el actor padece diabetes mellitus grado 2 desde hace 6 años, retinopatía diabética

e hipotiroidismo. Si se valora dicha situación junto con el dato de la fecha de la última cotización del actor se puede inferir que la situación médica se deterioró hasta el punto en fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 62,83% pero que ya se evidenciaba una incapacidad anterior para continuar laborando (Corte Constitucional, Sentencia T-021, 2016).

El Magistrado considera entonces que no se discute de forma adecuada la fecha real o material en la que el demandante perdió su capacidad de trabajar y que puede ser determinada a partir de la fecha última de cotización al sistema pensional o aquella que le sea posible inferir por el juez, a partir de las pruebas que obren en el proceso y esto es concordante con la sentencia T-143 (2013) y la Sentencia T-381 (2015). Finalmente, se considera se siguieron los lineamientos de la Jurisprudencia constitucional en relación con el análisis de la determinación real o material de la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas para el reconocimiento de pensiones de invalidez y así apartarse de la decisión adoptada y salvar el voto en la sentencia proferida.

4.5. 6 Sentencia STP 1791 de 2017

Esta sentencia de Tutela ilustra un conflicto que se suscita cuando una docente considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la integridad personal. Se trata de una impugnación que la docente interpone ante la Corte Suprema de Justicia por la decisión tomada por el Tribunal Superior de Mocoa ante la decisión de negar la Tutela mencionada y que la actora invoca en contra del Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación del Departamento del Putumayo. Los argumentos de la accionante consisten en argüir que precisamente le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la integridad personal toda vez que le fue negado un traslado de sitio de trabajo, dónde en ese momento se desempeñaba como docente y cuya principal razón para requerir dicho

traslado, se fundaba en motivos de deterioro de salud en una condición médica denominada “cervicalgia”, que afecta notablemente la zona lumbar y la columna de la persona que padece dicha afectación a la salud.

La situación de la docente accionante y que da origen a la interposición de la Acción de Tutela, surge a partir del 1 de junio de 2015 cuando inicia labores hasta el mes de Diciembre del mismo año, tiempo en el cual, tuvo lugar su período de prueba, como docente de la Institución Educativa Rural San Carlos, Sede La Cristalina, del municipio de San Miguel Putumayo, superado el período de prueba, la docente accionante, fue designada para enero de 2016, como docente en otra de las sedes de la Institución Educativa, “Las Palmas”, allí fue nombrada en propiedad en el cargo de docente Aulas Primaria y ubicado en el grado 2 del Escalafón Nacional Docente de acuerdo con el decreto 1278 de 2003.

La docente aduce que a raíz de laborar en esta sede “Las Palmas” de la institución Educativa Rural San Carlos, observa cómo se va deteriorando su estado de salud, especialmente, por los desplazamientos a la sede de trabajo, en recorridos de 50 minutos aproximadamente, y por una carretera en mal estado y que en tiempos de invierno se hacía mucho más difícil dicho desplazamiento. En este mismo sentido, la condición de salud, denominada cervicalgia, y que le fue diagnosticada en 2013, fue deteriorándose mucho más, teniendo en cuenta que por la dificultad de acceso al sitio de trabajo de la docente accionante, el desplazamiento sólo puede realizarse, en mototaxi, y por ser un vehículo de dos ruedas a través de un camino de piedras y huecos conlleva a que se agrave la situación de la docente que se traduce en dolores de espalda e incluso adormecimiento de los miembros superiores.

La accionante frente a su condición de salud, indica que su médico tratante establece como diagnóstico una enfermedad de tipo degenerativo, que se corresponde con trastorno de disco lumbar y cervical, pie plano, síndrome de hipermovilidad, a partir de lo cual solicita una

valoración de la paciente por cirugía de columna. Al realizarse una valoración del sitio de trabajo, se logra establecer que la sola presencia de la docente en el lugar donde desempeña su labor, representa en sí factores de riesgo físico, químico y biológico, ventilación deficiente, riesgos de tipo mecánico, eléctrico, biomecánico y psicosocial, además de que la docente de forma permanente se encuentra expuesta a esfuerzos indebidos, tensiones musculares, sobreesfuerzos, obstáculos para el acceso al lugar de trabajo, que son factores que pueden afectar su situación emocional y física. El mismo análisis del sitio de trabajo, se complementa con el concepto del especialista en medicina laboral, que coincide y exhorta el traslado de la docente accionante a una institución urbana para dar continuidad al seguimiento, mediante controles médicos con los diferentes especialistas y terapias físicas para una recuperación exitosa de su estado de salud.

La docente accionante, plantea también la imposibilidad de poder residir en la zona cercana a la sede educativa, puesto que la localidad no cuenta con servicio de hospedaje ni tampoco con centros de salud en caso de que ella requiriera algún tipo de asistencia. En el momento de solicitar su traslado, esgrime todos sus argumentos, e indica que requiere una institución, dentro del Departamento de Putumayo, cerca al municipio de Pasto, en la zona urbana y así se le facilite acceder a los tratamientos especializados que su condición de salud requiere.

En relación con el fallo del Tribunal Superior de Mocoa, impugnado por la accionante, la Corte Suprema conceptúa que de parte de las autoridades administrativas y de acuerdo con los preceptos constitucionales, es fundamental encontrar alternativas que contribuyan precisamente a preservar los derechos fundamentales que la accionante invoca, y que se derivan, como se dijo, de un trastorno cervical y lumbar, razón esta, esgrimida con el ánimo de que se le permita un traslado a una institución educativa del mismo departamento en la zona urbana, con el fin de adelantar las terapias físicas que le corresponden y continuar así con los tratamientos médicos y evitar mayor deterioro en su condición de salud.

La Corte Suprema conceptúa que, a la luz de los soportes presentados por la accionante, se puede comprender que su condición de salud no es de fácil manejo y no es viable ser tratada a distancia, y que por el compromiso neuromuscular, que se ve afectado por un único modo de transporte al sitio de trabajo y en condiciones topográficas desfavorables para el desplazamiento y junto con las recomendaciones médicas, es necesaria la reubicación laboral de la docente.

Por otro lado, si en el momento de solicitud de traslado, la docente no contaba con la certificación de medicina laboral de su condición de salud, se demuestra, en el traslado de la demanda, que la Secretaría de Educación conocía del estado de salud de la accionante y sólo se atuvo a justificar que no operaba el traslado teniendo en cuenta que no se encontraban vacantes. En este caso la entidad accionada no tomó en cuenta que el Decreto 1075 de 2015, o Decreto único Reglamentario del Sector Salud, en su numeral 2 del artículo 2.4.5.1,5 establece procedimientos de traslados no sujetos a proceso ordinario, en este momento justificados por razones de salud, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador de servicio de salud.

La Corte, en consonancia con los argumentos presentados por la actora, y remitiéndose a casos similares expone a decisión proferida a través de la Sentencia T-797 (2005), en la cual una docente solicita un traslado a la ciudad de Pasto por razones de salud y poder así cumplir con los tratamientos prescritos con ocasión de una artrosis severa de cadera que en el momento padecía. De forma semejante, en el caso de la docente que interpone la acción de Tutela la administración de la ciudad de Pasto aduce que existe imposibilidad de traslado por no existir vacantes y que la certificación de la condición de salud no reposaba en el expediente, las demás pruebas allegadas por la docente sí daban cuenta de la condición de salud que hacían necesario un traslado para la docente. En este fallo, Sentencia T-797, la Corte estableció que, a pesar de los argumentos vacilantes de la administración para otorgar un traslado para la docente por fuera del proceso

ordinario, los artículos 22 de la *Ley 715 de 2001* y el artículo 2 del decreto 3222 de 2003, si facultaban a la administración para ello. más aún si las plazas correspondientes estaban ocupadas por personal provisional y se esgrimían razones de salud de la accionada.

La Corte, aplicando el precedente bajo los mismos presupuestos preceptúa que de ninguna forma la docente Viviana Oviedo puede recibir tratamiento médico en la zona rural como han puntualizado las autoridades médicas. De igual forma como el precedente ya expuesto y teniendo en cuenta que las vacantes existentes están ocupadas en provisionalidad y los traslados prevalecen sobre el listado de elegibles. De aquí se deduce, que la entidad accionada no está en imposibilidad de otorgar el traslado de la docente por ausencia de vacantes.

Por las razones expuestas, la Corte revoca el fallo impugnado y tutela el derecho a la salud e integridad personal de la docente, Viviana Oviedo y ordena a la Secretaría de Educación Departamental que en el término de 10 días a partir de la notificación de la Sentencia haga uso del mecanismo contemplado en el Decreto 1075 de 2015 y así la docente sea ubicada en alguna de las vacantes de la zona urbana del Departamento con requisitos similares y de la misma categoría, para el cargo que ocupaba en la Institución Educativa Rural San Carlos del municipio de San Miguel en el Departamento de Putumayo.

4.6 Caracterización jurídica de la pensión de invalidez. procedimientos y requisitos

La pensión de invalidez como prestación económica se considera de un gran impacto social tomando en cuenta que quien por un riesgo de origen común tenga acceso a ella se vea obligado a abandonar su actividad productiva a raíz precisamente de su estado de invalidez (Cortes, 2016). Así, como consecuencia principal de dicho estado de invalidez para el trabajador,

se presenta una afectación en sus ingresos al igual que situaciones de salud que deben ser atendidas y previstas. Es por esto por lo que el sistema de seguridad colombiano prevé que aquel afiliado que se encuentre en un estado de invalidez se le proporcione un medio de estabilización económica para sus ingresos, con lo cual la estructuración de una pensión de invalidez cobra valor e importancia para el trabajador, siempre y cuando se cumplan los requisitos del caso.

Es importante precisar y teniendo en cuenta los aportes (Cortes, 2016) en su libro *Seguridad Social: Derecho para todos*, establece que en la normatividad colombiana en el sistema de pensiones el estado que se genera y que sea causa del estado de invalidez debe ser de origen común, es decir, no puede producirse por un accidente o una enfermedad laboral. Así, Cortes González, hace notar que la invalidez originada en eventos distintos al origen común debe ser atendidos por el sistema de riesgos laborales que tiene procedimientos específicos para beneficiarse de dicha prestación. El autor, también plantea que la atención de la invalidez, como en el caso colombiano, al segmentar o dividir el sistema de protección, puede generar inconvenientes operativos de acceso al beneficio prestacional, y que puede implicar mayores costos de transacción (Cortes, 2016). Así la crítica que se plantea es válida si se pretende que la protección al trabajador sea más eficiente y eficaz.

Los requisitos principales para que una persona sea considerada en estado de invalidez y que pueda procurarse para él una pensión de invalidez implica que exista una causa de origen común, no laboral, que dicha condición no haya sido provocada de forma intencional y que se la persona haya perdido el 50 % o más de su capacidad laboral. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 41 de la *Ley 100 de 1993*, el estado de invalidez debe ser determinado con los lineamientos proporcionados por el Manual único para la calificación de la invalidez y que para tal efecto es expedido por el Gobierno Nacional. Dicho Manual contiene diferentes enfoques normativos, médicos, baremológicos y metodológicos que permitan la evaluación del daño con

un enfoque integral (Decreto 1507, 2014). Finalmente, con relación a la estructuración del estado de invalidez, y de vital importancia, es necesario tener en cuenta que dicho momento es aquel en que se produce la pérdida de capacidad laboral en la persona, fecha que puede coincidir o no con la fecha de calificación del estado correspondiente, en general esta fecha es posterior (Cortes, 2016).

La condición de invalidez implica determinar la pérdida de capacidad laboral y a qué porcentaje corresponde, dicho procedimiento se denomina calificación y debe ser declarada por diversas entidades que se encargan de esa función, en primer lugar, Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) o aquellas compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte y a las entidades promotoras de salud (EPS). De igual modo como se pueden presentar controversias frente a los porcentajes que se adjudican para la calificación de invalidez, la ley contempla que el interesado puede presentar oposición hasta dentro de los 10 días posteriores al dictamen, y dicho expediente debe remitirse a la junta de calificación de invalidez, para detallar aspectos de este régimen es necesario remitirse a la *Ley 1562 de 2012* (Cortes, 2016).

Las instituciones que el sistema de seguridad social ha contemplado para la calificación de la invalidez son las denominadas juntas de calificación de invalidez, son del orden nacional y están adscritas al Ministerio de Trabajo, cuentan con personería jurídica, de derecho privado, con autonomía técnica y científica. El ajuste jurídico correspondiente y la adecuación al régimen que dichas instituciones requieren se desarrollan en el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013 (Cortes, 2016).

A partir de los planteamientos del Decreto 1352 de 2013, frente a las obligaciones de las juntas de calificación de invalidez y los dictámenes en primera oportunidad, a quienes requieran dictamen en segunda oportunidad sin acudir a apelación a la junta nacional como es el caso de los

educadores afiliados la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y aquellos que necesiten de dicho dictamen para ejercer un derecho o para aportarlo como prueba en un proceso administrativo o judicial, en este caso, las juntas actúan en condición de peritos (Cortes, 2016).

De acuerdo con lo propuesto por el artículo 44 de la *Ley 100 de 1993*, la entidad de seguridad social podrá solicitar cada tres años la revisión del estado de invalidez, para modificar o dejar sin efectos el dictamen y así extinguir o ajustar la prestación pensional (Cortes, 2016). Por el contrario, el pensionado puede solicitar, dicha revisión en cualquier tiempo y bajo su propia costa. Consecuentemente, el pensionado tiene un término de tres meses desde el momento de realizarse la solicitud para someterse a los exámenes correspondientes, salvo casos de fuerza mayor. En el caso que el pensionado no se presente a dichos exámenes genera que se suspenda el pago de la respectiva mesada y transcurridos 12 meses trae como resultado que la pensión prescriba. Finalmente, si el afiliado pretende reactivar la pensión, deberá someterse a su propia costa a un nuevo examen (Cortes, 2016).

Ahora bien, para aquella persona que teniendo en cuenta el procedimiento anterior y sea declarado inválido en un porcentaje del 50 % o más de su capacidad laboral debe acreditar diversas condiciones para tener derecho a la pensión de invalidez, dependiendo de la causa que genera la invalidez. Así pues,

- Por enfermedad es necesario, que hayan sido cotizadas cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, momento en que se produce la afectación de la salud que genera precisamente la invalidez, que debe ser acreditado por documento correspondiente en el proceso de calificación.
- Por accidente, se requiere haber logrado cotizar cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha causante de la invalidez.

- Para personas menores de veinte (20) años deberán haber cotizado veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al hecho que causa la invalidez o su declaratoria.
- Ahora bien, de manera excepcional para aquellos afiliados que ya tuviesen cotizadas novecientas setenta y cinco (975) semanas, que corresponden exactamente al 75 % de las semanas requeridas para la pensión de vejez, únicamente se le exige acreditar para acceder a la pensión de invalidez que se hayan cotizado veinticinco (25) semanas en los últimos tres (3) años.
- Por último, el régimen incorporaba un requisito de fidelidad para con el sistema, que era variable con la edad del afiliado, y que en virtud del artículo 39 de la *Ley 100 de 1993* y el artículo 1 de la *Ley 860 de 2003* exigía que debían haberse cotizado al menos el veinte por ciento (20 %) del tiempo transcurrido entre el momento en que se cumplió veinte (20) años y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Dicha condición normativa fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-428 de 2009 (Cortes, 2016,).

Frente al monto de la pensión de invalidez es importante tener en cuenta que éste se calcula sobre el ingreso base de liquidación (IBL) del régimen de pensión de vejez como está consagrado en el artículo 21 de la *Ley 100 de 1993* al establecer que si la invalidez ocurre antes de los diez (10) años de cotización, se deberá tener en cuenta el promedio de salarios o rentas sobre los cuales ha venido cotizando el afiliado, actualizados anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC) según sea certificado por el DANE.

Este mismo artículo también prevé el caso en que el promedio del ingreso base, ajustado por la inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, y terminar siendo superior al ingreso base considerado anteriormente, el trabajador podría optar por este sistema siempre y cuando haya cotizado al menos 1250 semanas (*Ley 100, 1993*). El artículo 40

de la *Ley 100 de 1993* consagra diferentes posibilidades para el monto mensual de la pensión de invalidez. El 45 % del ingreso base de liquidación más el 1,5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el trabajador hubiese acreditado con respecto a las primeras 500 semanas de cotización, siempre y cuando, la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66 %. El 54 % del ingreso base liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización si el afiliado tuviese acreditadas con respecto a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, siempre y cuando, la disminución de capacidad laboral sea igual o superior al 66 %.

Las últimas consideraciones del artículo 40 de la *Ley 100 de 1993* establece que la pensión por invalidez no podrá ser superior al 75 % del ingreso base de liquidación, y en ningún caso inferior al salario mínimo legal mensual. La pensión de invalidez deberá ser reconocida a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse de forma retroactiva a partir de la fecha en que se produzca el estado que trae como consecuencia dicha pérdida de capacidad laboral.

En virtud de la vigencia de la *Ley 812 de 2003* en su artículo 81, se consagra que el Régimen Prestacional de los docentes oficiales, nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al Magisterio, dicese Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la precitada ley en materia de Pensión de Invalidez se dará aplicación a la *Ley 33 de 1985*, *Ley 62 de 1985* y *Ley 91 de 1989*, de igual forma los Decretos 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969 en lo que refiere al reconocimiento de la Pensión de Invalidez (Secretaría de Educación Distrital, 2019).

De otro lado, para los docentes que sean vinculados con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*, la norma establece que dichos funcionarios tendrán las prerrogativas del régimen pensional de prima media como establece la *Ley 100 de 1993* y la *Ley 797 de 2003*. Es decir, los docentes vinculados bajo el decreto 1278 de 2002 y que pertenecen al Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio y con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*, se aplica lo atinente a Pensión de Invalidez de origen Común como está consagrado en la *Ley 100 de 1993*, y con los Decretos 1158 de 1994 y 1655 de 2015 en lo que concierne a la Pensión de Invalidez de origen laboral. Para brindar mayor precisión es importante indicar que para ser reconocida, la Pensión de Invalidez se considera como un tipo de prestación que puede tener un carácter temporal o vitalicio y en el caso particular de un docente oficial vinculado al servicio activo y perteneciente al Régimen Exceptuado y se hallare en situación de invalidez, se requiere que se haya perdido capacidad laboral en un porcentaje que no puede ser inferior al 75 % (Congote y Muñoz, 2016).

Los demás requisitos que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la Pensión de Invalidez para los docentes oficiales vinculados al servicio activo y pertenecientes al Régimen Exceptuado, consiste en que el estado de invalidez debe ser calificado por entidad prestadora del servicio de salud y dicho estado de invalidez se certificará a partir de la fecha de la valoración de la pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, frente al valor de la mesada pensional, debe tenerse en cuenta el grado de pérdida laboral bajo el siguiente criterio: cuando la pérdida de capacidad laboral sea superior al 95%, el valor de la pensión será equivalente al 100 %, del último salario devengado por el docente; cuando la pérdida de capacidad laboral exceda el 75 % y no supere el 95 %, el valor de la pensión será igual al 75 % del último salario mensual devengado por el docente, y cuando la pérdida de capacidad laboral sea igual al 75 %, dicha pensión será igual al 50 % del último salario mensual devengado por el docente (Congote y Muñoz, 2016).

Finalmente, una vez le es reconocida al docente, la Pensión de Invalidez, tiene lugar el proceso de revisión del estado de invalidez y en ese momento, se está obligado a someterse a exámenes periódicos que ordene la entidad pagadora de dicha pensión. Así si la invalidez se ve

modificada, ya sea que la condición de salud del docente sea favorable y logre recuperarse del estado de invalidez o que, por el contrario, la condición de salud se vea agravada se presenta la situación que el valor de la pensión pueda entonces, ser reliquidada o extinguida de acuerdo a la evolución de la condición de salud que origina el estado de invalidez (Congote y Muñoz, 2016). De igual forma, el docente podrá decidir qué prestación le puede resultar más favorable en el caso de que se tuviere derecho a otra pensión, en cuyo caso se puede solicitar la revocatoria y suspensión del pago de la Pensión de Invalidez. La extinción de la Pensión de Invalidez tiene lugar cuando el docente recupera su capacidad laboral y es reintegrado nuevamente al servicio.

4.7 Cuando el Estado de Invalidez es originado por un accidente

Es relevante en los aportes conceptuales de Guillermo León Gómez Peláez la definición de accidente y enfermedad laborales según el Decreto 1655 de 2015 debe remitirse a la *Ley 1562 de 2012*, puesto que en su artículo 3, en el cual se indica que un accidente de trabajo: “es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o muerte” (Gómez, 2016, p. 22). En este sentido, el investigador define el suceso repentino como aquel acontecimiento cierto y real que se presenta de pronto, de manera instantánea y que obra de durante un periodo breve sobre el organismo de trabajador, aunque dichas consecuencias se manifiesten con posterioridad.

De igual forma, Guillermo León Gómez Peláez informa que es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de una orden del empleador o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar del trabajo (Guillermo

León Gómez Peláez, 2016). En este caso, se trataría de una relación indirecta con el trabajo y se encuentran todos los hechos extralaborales que generan el accidente de trabajo. En el caso de los docentes, un accidente de trabajo por causa del trabajo se configuraría cuando el docente es encargado de acompañar a los integrantes del coro a una presentación y ocurre el accidente laboral. Si el accidente de trabajo es con ocasión del trabajo, el trabajador se encuentra realizando sus labores propias y habituales u ordinarias que le son propias en su puesto o centro de trabajo y en el ejercicio de su labor se produce el accidente, existiendo una relación directa con el trabajo (Gómez, 2016).

Si se trata de lesiones orgánicas, perturbación funcional, invalidez o muerte, se debe entender, a juicio de Gómez (2016), que para que la situación revista la categoría de accidente laboral se requiere que genere una pérdida de capacidad laboral o una perturbación funcional, en caso contrario eventos que no den lugar a una incapacidad temporal o un efecto negativo en la salud del educador no pueden considerarse accidentes de trabajo. La legislación colombiana no contempla entonces situaciones aparentemente intrascendentes e inocuas como la herida por un bisturí o por una hoja de papel, demuestran poca previsión para evitarlos y obligan a implementar acciones para que no se vuelvan a presentar. En estos casos el rector de la institución está en la obligación de reportar la situación, y corresponde a la entidad de seguridad social o la Junta de Calificación de invalidez, establecer si se configura un accidente laboral o no (Gómez, 2016).

El autor anterior hace hincapié en otro elemento característico del accidente de trabajo como es el hecho de que el evento tenga lugar por ejecución de órdenes del empleador o bajo su autoridad que contribuya al beneficio del objeto del establecimiento. En el caso puntual para un docente que recibe del superior inmediato, órdenes, labores, funciones o actividades que no están en directa relación con el objeto social del establecimiento, no se configura accidente de trabajo precisamente por el hecho de abordarse la ejecución de actividades diferentes para las que el

docente fue nombrado (Gómez, 2016). Es así como la ocurrencia de un evento que no es declarado accidente de trabajo para el Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo por parte de la entidad que administra los riesgos laborales, por abordar la realización de labores diferentes para las que el docente fue nombrado, implica para el rector del establecimiento educativo responsabilidad laboral, civil y en algunos casos penalmente por ordenar la realización de dicha actividad (Gómez, 2016).

La consideración anterior se fundamenta en la teoría del riesgo creado, por cuanto el rector o superior inmediato, genera, fomenta a quien ejecuta la labor un factor de riesgo extralaboral, y a juicio de Guillermo León Gómez Peláez, extralimita sus funciones y abusa de su poder de subordinación y violando los deberes y funciones consagrados en las normas legales respectivas (Gómez, 2016). Otro elemento que está inmerso en la definición de accidente de trabajo es el traslado de trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. Este tipo de accidente, en el caso de los docentes, puede darse en el caso de las salidas pedagógicas o cuando los docentes se trasladan en un vehículo contratado por la institución para llegar a una misión ya sea una capacitación o visita de campo fuera del sitio habitual de trabajo. En general el manejo que se le debe dar a todos los accidentes laborales de tránsito que tengan lugar en horarios de trabajo o durante la actividad y que tenga relación directa o indirecta con las funciones del docente, es considerado accidente de trabajo porque se considera que se presenta por causa o por ocasión del trabajo (Gómez, 2016).

Se presenta también la figura de accidente de trabajo cuando se produce la situación al ejecutar actividades deportivas y culturales por cuenta de la empresa y son precisamente aquellas que tienen lugar fuera del sitio de trabajo y el empleador autoriza patrocina, invita, financia y en general se compromete de algún modo (Gómez, 2016).

4. 8 Riesgos laborales

En un Sistema de Seguridad Social. no sólo el colombiano sino a nivel mundial, se presenta una necesidad creciente de amparar al trabajador de las consecuencias que pudiera tener en el ámbito laboral o por todas aquellas circunstancias relacionadas con la labor desempeñada, que pueden tener origen en condiciones adversas para el trabajador y por consiguiente de las enfermedades laborales que pueden acarrear pérdida de capacidad laboral. De igual forma, con todas aquellas condiciones de salud generadas por los accidentes de trabajo o por las enfermedades comunes, que también pueden traer consigo merma y deterioro en la capacidad laboral. Es necesario resaltar que la seguridad social como institución protectora de los trabajadores, vela por atender los efectos que puede tener la enfermedad de origen común y de igual modo con aquellos que provienen del trabajo que realiza cada persona.

En el ámbito colombiano, y según los planteamientos de Cortés (2016), en sus investigaciones sobre Seguridad Social manifiesta que se han adelantado dos encuestas nacionales sobre condiciones de trabajo y que el Ministerio de Trabajo ha llevado a cabo un seguimiento a la implementación del Plan de Seguridad y Salud en el trabajo. Así, como conclusión del estudio señalado y particularmente sobre riesgos laborales, se observa que los eventos más relevantes son los que corresponden al ámbito psicosocial y de carga física o biométricos, de igual modo los que abarcan atención al público, los movimientos repetitivos, las posturas mantenidas, las posturas que producen cansancio y dolor, el trabajo monótono entre otros.

Es importante tener en cuenta que con relación a los riesgos laborales surge la definición de enfermedad laboral (Méndez y Rodríguez, 2014) o enfermedad profesional entendida como aquella condición de salud que es el resultado de la exposición a distintos factores de riesgo propios de la actividad laboral o del medio en que el trabajador se ve obligado a trabajar. Así, el

Gobierno Nacional, debe, en forma periódica, actualizar las enfermedades que se consideren laborales y en aquellos casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, será necesario demostrar la relación de causalidad con los factores que constituyan riesgos ocupacionales y así poder reconocer dicha enfermedad como laboral.

Es de anotar que con relación a las enfermedades que pueden considerarse como profesionales, en el contexto de la labor docente, y como se puede desprender de los resultados de la encuesta mencionada, que las categorías que se destacaron tienen especial importancia para el magisterio puesto que varias de ellas pueden asociarse con el desempeño propio del docente: riesgo psicosocial, que se deriva de los ambientes de trabajo escolares que pueden ser en ocasiones permeados por situaciones sociales y familiares que pueden generar patologías mentales en los profesores; riesgos de carga física o biométrica, como aquellas patologías de hombro o de túnel carpiano, las posturas mantenidas, como el uso sostenido de la voz, las que se pueden derivar de permanecer mucho tiempo de pie entre otros, constituyen algunas situaciones de salud que consideradas como enfermedades profesionales, pueden permitir la consecución de una pensión de invalidez para los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La calificación de origen (Ley 1562, 2012) de la enfermedad profesional o condición de salud, posee los requisitos técnicos para declarar y calificar el origen formal de una condición de salud y o patología, especificando, si se trata de una condición común, que en general no tiene relación con el trabajo o de origen laboral ya sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, se establecen parámetros precisos que garanticen al trabajador y en particular la magisterio colombiano, el acceso a una pensión de invalidez.

Tratándose de la cobertura para los docentes y su incorporación al régimen general de riesgos laborales o *Ley 1562 de 2012*, y según los planteamientos de (Cortes, 2016) a la luz del

artículo 279 de la *Ley 100 de 1993*, no es claro si los docentes permanecen en un régimen especial o si por el contrario permanecen en el Sistema General de Riesgos Profesionales. Al respecto se manifiesta la preocupación por cuanto la afiliación obligatoria de los docentes vinculados al magisterio genera una cobertura de alrededor de 28.000 millones de pesos (Cortes, 2016), con lo cual si se conserva el régimen especial de los docentes deberán generarse actividades de prevención de las enfermedades y accidentes de tipo profesional en docentes (Ley 1562, 2012).

La evolución normativa sobre el Sistema de Riesgos Laborales en el ordenamiento colombiano, y particularmente aquellos que tienen relación con el trabajo desarrollado por los docentes, trae consigo los aspectos consagrados en la *Ley 1562 de 2012* frente al Sistema de Riesgos Laborales para profesores, y especialmente en su artículo 21, que consagra una reglamentación propia sobre Seguridad y Salud en el Trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la aplicación del artículo 21 de la *Ley 1562 de 2012* que regula el Sistema de Riesgos Laborales para los docentes, e deriva la expedición del Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 sobre Seguridad y Salud en el trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que tuvo lugar debido a la expedición del Decreto 1075 del 20 de mayo de 2015 o DECRETO UNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR EDUCATIVO. Así, el Decreto 1655 de 2015, en su sección 3 establece un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio.

4.9 Riesgos laborales en el ámbito del magisterio colombiano. Decreto 1075 de 2015

Pensión de Invalidez de Origen laboral

El Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015, en su sección 3, artículo 2.4.4.3.3.1 y siguientes, establece una reglamentación diferenciada en materia de Riesgos Laborales en Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio cuyo espíritu está orientado precisamente mejorar la calidad de vida de los educadores activos, generando una cultura de vida saludable y así favorecer el bienestar laboral y disminuir las ausencias laborales por incapacidad médica (Decreto 1655, 2015). El Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015, en su sección 3, artículo 2.4.3.3.2. fundamenta el desarrollo de procesos de prevención y atención permanente en la salud individual de los educadores en ejercicio y particularmente con relación a los riesgos profesionales y especialmente aquellos eventos que pueden desencadenar en la adquisición de una Pensión de Invalidez, la formulación e implementación de actividades integrales e interdisciplinarias que intervengan directamente en sobre la calidad del ambiente laboral (Decreto 1655, 2015) de igual forma, pretende identificar y disminuir todos aquellos riesgos ergonómicos, físicos y psicosociales y los demás a los que están expuestos los educadores (Decreto 1655, 2015). Así pues, esta norma por primera vez establece en un único marco normativo, la necesidad de una atención diferenciada hacia los docentes en consideración a la labor que desempeñan y en consonancia con otros trabajadores, obreros y trabajadores de la industria, que cuentan con regulación especial para su actividad particular.

En virtud del artículo 2.4.4.3.3.3. las funciones administrativas y operativas de la Seguridad y Salud en el trabajo se adelantarán contando con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio. Dichas actividades según la norma serán contratadas, coordinadas y supervisadas por la fiduciaria administradora del Fondo (Decreto 1655, 2015). Se

deberá conformar un equipo multidisciplinario de profesionales con especialización en Seguridad y Salud en el trabajo en aras de implementar dichos elementos de Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio.

Así, el Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015, artículo, 2.4.4.3.3.4, en su obligación de generar las condiciones para una adecuada Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio, establece cuatro programas principales que abarcan, medicina preventiva, medicina del Trabajo, de Seguridad Industrial e Higiene. En la primera categoría se destaca la prevención y control de todas aquellas patologías que son generadas por los estilos de vida de los docentes activos y por su entorno laboral (Decreto 1655, 2015).

En general, y en atención a los riesgos profesionales a los que están expuestos los profesores y que pudieran constituirse en causas de una pensión de invalidez, las actividades o acciones que la norma contempla abarca procedimientos para evitar accidentes de trabajo, campañas de vacunación y exámenes médicos. De igual modo, promoción de actividades para favorecer la salud física y mental de los docentes. Es relevante la importancia que el Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 a las razones que generan las condiciones de salud que están ligadas al ausentismo laboral de los docentes. Finalmente, la norma también contempla acciones orientadas a la promoción de estilos de vida saludable y a la prevención sobre las consecuencias del tabaquismo, alcoholismo, drogadicción y aquellas enfermedades de mayor mortalidad a nivel cardiovascular, así como otro tipo de condiciones de salud con bastante incidencia en la población como la diabetes, osteoporosis, afecciones gástricas, entre otras.

En la segunda categoría, Medicina del Trabajo, artículo 2.4.4.3.3.5, del Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 como parte de la Seguridad y Salud en Trabajo del Magisterio, comprende todas las acciones que pretenden prevenir el riesgo de las enfermedades laborales para evitar que dichas condiciones de salud se agraven con ocasión de la labor docente (Decreto 1655, 2015). Así

las acciones, que el decreto 1075 de 2015 establece entre otras, valoraciones médicas para los docentes que ingresen al servicio que abarcan condiciones de salud física y mental del educador que determinen su aptitud para la labor al igual que las restricciones que el educador pueda presentar y que afecten su desempeño, todo esto como condición para posesionarse en el cargo. De igual modo, realización de valoraciones médicas ocupacionales después de una incapacidad médica con el fin de identificar el estado de salud del docente activo.

El Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015, consagra también la realización de valoraciones médicas de egreso para establecer el estado de salud del docente activo al momento de retirarse del servicio y contempla que éste debe realizarse cinco días siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución que disponga el retiro del servicio del docente. Finalmente, establece investigar y analizar la ocurrencia de enfermedades y accidentes laborales y aplicar las medidas preventivas y correctivas a las que haya lugar. También contempla la norma, la valoración y remisión a los servicios de urgencia de los docentes activos que presente dichos eventos en el transcurso de la jornada laboral.

La tercera categoría, que consagra el artículo 2.4.3.3.6 del Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 propugna por la identificación de todos aquellos factores de riesgo que sean inherentes al establecimiento educativo (Decreto 1655 de 2015) y que eventualmente puedan provocar accidentes de trabajo y por ende condiciones de invalidez para los docentes. Así, en líneas generales la norma consagra implementar acciones correctivas para mejorar los niveles de seguridad industrial y las condiciones laborales de los establecimientos educativos oficiales, de igual modo actualizar la identificación de peligros y evaluación de los riesgos de los establecimientos educativos y definir rutas de señalización y vías de evacuación entre otras.

Finalmente, la cuarta categoría, en el artículo 2.4.4.3.3.7, Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 el programa de higiene, que implementa acciones que pretenden identificar evaluar y

controlar todos aquellos factores de riesgos y agentes ambientales (Decreto 1655 de 2015) que pueden presentarse en los establecimientos educativos y que puedan ocasionar enfermedades laborales en el docente y del mismo modo investigar y analizar las causas de las enfermedades laborales más frecuentes y reportar a las entidades territoriales nominadoras.

El Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015, en su artículo 2. 4., 4.3.4.3. plantea para el magisterio colombiano, otros desarrollos normativos como son la vigilancia epidemiológica y la creación de comités paritarios en los establecimientos educativos oficiales. Frente a la vigilancia epidemiológica, la norma consagra la vigilancia de las enfermedades, en el ámbito del magisterio colombiano, que tengan alta prevalencia, incidencia, accidentalidad e incapacidad y que abarcan el riesgo asociado a los aspectos psicosociales, al uso de la voz y aquellas que involucran condiciones del sistema musculo esquelético. Así, se contemplan la implementación de programas de prevención que abarquen el manejo de relaciones interpersonales, manejo del estrés, manejo de los conflictos, relación con padres de familia, manejo de adolescentes, manejo de la voz, y alternativas pedagógicas para el desempeño de la labor docente (Decreto 1655, 2015).

Los Comités Paritarios de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto 1655, 2015), en el ámbito del Magisterio colombiano, artículo 2.4.4.3.5.2. Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015 establece que deben crearse en cada establecimiento educativo oficial y tiene como función reportar todos los factores de riesgo laboral de los educadores activos a los comités Regionales de Prestaciones Sociales de que trata la sección 3 de esta misma norma y al igual que la vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio, artículo 2.4.4.3.5.1, debe ser integrado por un (1) representante de un Directivo Docente y un representante de los educadores, que asumirá como secretario, en aquellos establecimientos estatales con 10 a 49 educadores activos; por dos (2)

representantes de Directivos Docentes, uno de ellos como presidente, dos (2) representantes de los docentes, uno de ellos como secretario. En aquellos establecimientos con menos de 10 docentes, se nombrará un vigía en seguridad y salud en el trabajo.

4.10 Enfermedad profesional de los docentes

Como parte del avance y evolución normativa en materia de identificación de Riesgos Laborales y en particular con relación a la adquisición de la Pensión de Invalidez por parte de los Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Gobierno Nacional en virtud del *Ley 91 de 1989*, que crea el FONDO y reconociendo con la creación de esta institución, que existen una serie de prestaciones que incluyen incapacidad temporal y permanente así como la mencionada pensión de invalidez que se consolida como parte del Manual de Calificación de Invalidez y lista de Enfermedades Profesionales. La Fiduciaria La Previsora, en representación del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Latinoamericana de Consultoría Gestión y Desarrollo Ltda. se lleva a cabo la consolidación del documento: LISTADO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES PARA DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

El contenido de este documento (Tabla de Enfermedades Profesionales para Docentes afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del MAGISTERIO) es acorde con el artículo 4 de la *Ley 1562 de 2012* en lo pertinente a enfermedad profesional, y abarca el listado de enfermedades laborales de los docentes afiliados al FONDO. De igual forma, la *Ley 1562 de 2012*, brinda mecanismos para establecer el nexo causal entre aquellas enfermedades que no

están incluidas en dicho listado. El mismo documento señala que la información que recopilada sobre enfermedades laborales de los docentes se basa principalmente en las encuestas de necesidades aplicadas a los calificadores de la Fiduprevisora, revisión de listados de enfermedades de otros países y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que hacen parte del Documento Soporte para Tabla de Enfermedades Profesionales Para los Educadores Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio elaborado en julio de 2011.

4.10. 1 Concepto de enfermedad y enfermedad laboral a la luz del decreto 1655 de 2015

Acorde con los principios consagrados en la *Ley 1562 de 2012*, artículo 4, el decreto 1655 de 2015, retoma la definición de enfermedad caracterizada como toda patología o afectación de la salud y en el caso de una enfermedad laboral, es aquella condición que es “adquirida con ocasión de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en que el trabajador se ve obligado a trabajar” (p. 4). Así, el decreto 1655 de 2015, en los anexos a la norma que desarrolla la Tabla de enfermedades laborales para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, establece una clasificación de enfermedades laborales que abarca en un primer grupo, aquellas enfermedades que aparecen explícitas en la Tabla o que están incluidas en la misma, en un segundo grupo, aquellas patologías que no están incluidas en la Tabla, en el tercer grupo, las enfermedades comunes que se ven agravadas por un evento laboral y finalmente aquellas que se denominan enfermedades comunes.

Frente al primer grupo de enfermedades, es decir, las enfermedades laborales incluidas en la tabla y que son definidas en el numeral 1.1 del Anexo técnico 1 del Decreto 1655 de 2015, se puede colegir que, en este tipo de patologías, la relación de causalidad que genera la condición de

salud, y el nexo entre la enfermedad y el factor de riesgo ocupacional, se presume, es presunta o se considera preestablecida. Así, por ejemplo, en la condición patológica denominada disfonía que el docente padece por el esfuerzo mantenido de la voz, y que está incluida en la Tabla de Enfermedades a la que se refiere el Decreto 1655 de 2015, se considera que dicha enfermedad se manifiesta como producto de la exposición del docente a los factores de riesgo que desencadenan dicha condición patológico.

Con respecto al segundo grupo de patologías, es decir, aquellas enfermedades laborales no incluidas en la Tabla, la causalidad a diferencia de las condiciones de salud del primer grupo, la causalidad no se presume y necesita entonces ser probada, así se requieren estudios específicos, exámenes y dictámenes del docente que establezcan el nexo entre la enfermedad laboral y el factor de riesgo ocupacional. Con relación al tercer grupo de enfermedades, aquellas patologías comunes que se ven agravadas por un evento laboral, hace referencia a condiciones de salud que padece el docente y que con ocasión de la labor educativa se pueden ver agravadas, tomando como ejemplo, la hipertensión arterial, como lo define el decreto 1655 de 2015 en su anexo técnico 1, dicha condición de salud que aumenta los niveles de tensión arterial en el organismo pueden verse sensiblemente afectados por la exposición a los factores de riesgo de carácter psicosocial. Teniendo en cuenta que el riesgo ocupacional tiene relación directa con el desenlace de una enfermedad hipertensiva, hay que considerar que el origen de la condición de salud, en el caso de los docentes, tiene un origen laboral. En el último grupo de enfermedades o enfermedades comunes se establece que éstas no tienen relación de causalidad con los factores de riesgo laboral y por tanto la condición de salud, es de origen común y no laboral.

4. 10. 2 Causalidad en la enfermedad laboral

La causalidad, con relación a los riesgos laborales, se define como la relación causa efecto que debe existir entre el factor de riesgo ocupacional presente (causa) y la enfermedad diagnosticada medicamente (efecto) (Decreto 1655, 2015). Así, el decreto 1655 de 2015 establece cuatro circunstancias que deben concurrir para establecer el nexo de casualidad de la siguiente manera:

1. Comprobar la presencia de uno o varios factores de riesgo ocupacional relacionado con la enfermedad diagnosticada (causa).
2. Determinación de la suficiencia de la exposición.
3. Confirmación del efecto (enfermedad diagnosticada)
4. Establecimiento de la relación causa efecto.

El decreto 1655 de 2015 plantea que como soportes en la identificación de los riesgos ocupacionales soportes documentales como los Protocolos para la determinación de las Patologías derivadas del estrés, elaborados por el Ministerio de Protección Social en el año 2004 y la Guía Técnica para el Análisis de la Exposición a Factores de Riesgo Ocupacional ya sean de orden físico, químico, biológicos y ergonómicos. De otra parte, para complementar los soportes documentales el decreto 1655 de 2015, para demostrar la suficiencia a la exposición, se deben tener en cuenta los valores límites umbrales de exposición y los indicadores biológicos de exposición que es brindada por la Asociación Americana de Higienistas Industriales.

Para el criterio 1, es necesario un informe a las áreas de salud e higiene industrial y en el caso de los docentes, a la Dirección General del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio UD-SG-SSTM. En ese sentido, el informe debe contener el Diagnóstico del Ambiente Ocupacional de la institución o centro educativos, que en general, debe abarcar

evaluación de riesgos ya sea higiene industrial, ergonomía, psicología entre otros. De igual forma, estudio de sitio de trabajo y si las condiciones de protección al trabajador se están cumpliendo debidamente. Finalmente, relacionar los factores epidemiológicos, sobre el comportamiento del factor de riesgo ocupacional y su incidencia en la condición de salud del educador en relación con la exposición. Para el criterio 2, es necesario, establecer la presencia del factor de riesgo, concentración, dosis, frecuencia e intensidad. También es necesario, contra con la información que brinda la Historia Clínica Ocupacional del educador y en ella identificar los índices biológicos de exposición.

Para el criterio 3, junto con la historia clínica del educador, que abarca registro e información de la enfermedad y todas las pautas que se hayan venido adelantando en materia de toxicología, patología, imágenes y laboratorio. Por otro lado, se requiere la Historia Clínica ocupacional del Educador que debe contener: los antecedentes de exposición laboral a riesgos de carácter ocupacional, un concepto del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre Ambiente de Trabajo, las evaluaciones médicas ocupacionales según los aspectos previstos en las resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de junio de 2009, evaluación médica pre-ocupacional, evaluaciones médicas ocupacionales periódicas y evaluación médica post-ocupacional de egreso, un reporte de procesos de rehabilitación e indicadores biológicos de exposición del factor de riesgo ocupacional.

Para el criterio 4, se tienen en cuenta estudios, protocolos y soportes documentales nacionales e internacionales de reconocida validez en materia de higiene industrial y seguridad en el trabajo. En este punto, se requiere establecer el nexo causal entre la enfermedad y el riesgo ocupacional que le da origen, así se tendrán en cuenta tanto los criterios epidemiológicos ocupacionales y los criterios anatomopatológicos.

Finalmente, con relación a la Calificación o Determinación del Origen de la Enfermedad, el decreto 1655 de 2015 prevé que esta obligación esté a cargo en primera instancia de un equipo interdisciplinario de la entidad prestadora de servicios de salud de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cada entidad territorial certificada. A su vez, dicho equipo interdisciplinario debe disponer de las pruebas o elementos señalados en los cuatro criterios que permiten identificar el nexo causal entre la enfermedad y el riesgo ocupacional, las pruebas a las que se debe acudir deben ser proporcionadas por el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio.

4.10. 3 Tabla de enfermedades profesionales en los docentes

El decreto 1655 de 2015, presenta un listado de enfermedades laborales que se considera mixto por cuanto reconoce las enfermedades incluidas en la lista o aquellas que poseen un presunto nexo causal, entre la enfermedad y el factor de exposición al riesgo ocupacional y aquellas otras enfermedades que no se encuentran en el mencionado listado pero que su causalidad puede ser demostrada como laboral si se logra demostrar su nexo causal.

La tabla de enfermedades laborales está conformada por un cuadro guía de listado de enfermedades laborales y adicionalmente 14 tablas por grupo de enfermedades laborales con su contenido. Las tablas 3, 4 y 10 corresponden a enfermedades con mayor prevalencia en los educadores y en estas condiciones de salud se ubican las enfermedades osteomusculares, las enfermedades de los órganos de los sentidos con énfasis en el uso de la voz, al igual que las enfermedades mentales. El resto de las tablas incorporadas en el listado corresponden a otro tipo de enfermedades laborales que, aunque presentan baja prevalencia en los docentes, el decreto 1655 de 2015, reconoce que su incidencia existe.

4.10. 4 Pérdida de Capacidad Laboral en el docente. Estructuración y calificación de la condición de salud

Para la calificación o determinación del origen de la enfermedad, es responsabilidad en primera instancia del equipo interdisciplinario de la entidad que presta los servicios de salud a los educadores activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiendo de forma similar, la determinación del origen del accidente laboral, la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez o la incapacidad permanente, su fecha de estructuración y la revisión de la pensión de invalidez, según los aspectos consagrados en el Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral de acuerdo con el Decreto 1075 de 2015 (Gómez, 2016).

En cualquier caso, la incapacidad temporal de un educador no podrá superar el término establecido de máximo 180 días. Dentro de este tiempo debe ser emitida la respectiva valoración de la pérdida de la capacidad laboral. Si se trata de un diagnóstico que por su naturaleza es de difícil recuperación, el médico laboral dentro de los primeros noventa (90) días de incapacidad temporal deberá realizar la valoración de la pérdida de capacidad laboral y así expedir el correspondiente dictamen (Decreto 1655, 2015). Luego de que hayan transcurrido ciento diez (110) días desde el inicio de la incapacidad temporal originada por enfermedad o accidente laboral, sin que se haya logrado la rehabilitación del docente activo se deberá a través de una valoración médico-laboral, determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral, el origen de la contingencia y su fecha de estructuración (Decreto 1655, 2015).

La prestadora de los servicios de salud deberá entregar al educador activo y remitir al nominador el dictamen correspondiente de pérdida de capacidad laboral en la cual se indique la

fecha de estructuración. El dictamen de pérdida de capacidad laboral una vez es notificado es susceptible de agotar por vía gubernativa (Decreto 1655, 2015).

Si transcurridos ciento veinte días (120) desde el inicio de la incapacidad temporal originada en una enfermedad laboral o accidente laboral y no se haya realizado la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, el nominador solicitará al prestador de servicios de salud la respectiva valoración médico-laboral del educador activo, recibida la mencionada valoración, el prestador de servicios de salud deberá iniciar el trámite de calificación, emitir el respectivo dictamen y comunicar su resultado a la entidad nominadora el mismo día de la valoración (Decreto 1655, 2015).

En caso de no ser posible que tenga lugar la notificación personal del respectivo dictamen al educador activo por parte del nominador, se deberá realizar por aviso que deberá enviarse a la dirección de residencia que el educador haya registrado, dentro de las 48 horas hábiles de emitido el dictamen, indicando el resultado de la valoración medico laboral y los recursos que pueden proceder al mismo y así como indicando la segunda instancia a la cual se puede recurrir en caso de inconformidad. La notificación se entenderá surtida al concluir el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino (Decreto 1655, 2015).

Una vez surtido lo anterior, deberá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, iniciar trámite para reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando sea el caso coordinando con la fiduciaria administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las acciones que sean oportunas y necesarias para su respectivo reconocimiento (Decreto 1655, 2015). Si se interpone recurso contra el dictamen, los honorarios serán a cargo del prestador de servicios de salud y recobrará a la fiduciaria según el correspondiente procedimiento así lo determine (Decreto 1655, 2015). En caso de que el educador activo rehúse a cumplir con las

citaciones de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se procede a emitir un dictamen que reposará en el expediente de conformidad con el Decreto 1075 de 2015 (Decreto 1655, 2015).

En este punto, es necesario definir conceptos relevantes que hacen parte de la normatividad vigente sobre el reconocimiento de la Pensión de Invalidez en docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así, la Pérdida de Capacidad Laboral se puede establecer según el Decreto 1655 de 2015 en el Manual Único para Calificación de Invalidez en su ANEXO TÉCNICO, identificando en primer lugar las enfermedades y el tipo de clasificación que de ellas se deriva teniendo en cuenta la TABLA DE ENFERMEDADES LABORALES que el mismo MANUAL incluye a saber: enfermedades laborales incluidas en la tabla, enfermedades laborales no incluidas en la tabla, enfermedades comunes agravadas por eventos laborales y enfermedades comunes.

Dicho esto, es necesario que el equipo interdisciplinario al que hace referencia El DECRETO 1072 DE 2015, en su artículo 2.2.5.1.26 encargado de calificar la Pérdida de Capacidad Laboral, debe validar y tener presente determinar el nexo de causalidad entre el riesgo ocupacional o causa y la enfermedad diagnosticada. De esta forma, el grupo de enfermedades que están incluidas en la TABLA, la relación de causalidad está ya establecida y se considera presunta. En este caso, no se requiere entrar a probar nuevamente el nexo causal (Méndez y Rodríguez, 2014).

Por el contrario, las enfermedades no incluidas en la TABLA requieren demostrar el nexo causal entre el riesgo ocupacional y la enfermedad. Así, son cuatro criterios que el equipo interdisciplinario deberá tener en cuenta a saber: comprobación de la existencia de los factores de riesgos ocupacionales vinculados con la enfermedad, determinar que de manera suficiente se ha estado expuesto al riesgo, confirmación del efecto o que la enfermedad ha sido diagnosticada debidamente y finalmente establecer la relación causa efecto. Es importante indicar que la

investigación de la relación entre los factores de riesgos y las enfermedades requiere de análisis médicos detallados y con apoyo de estudios estadísticos.

Las enfermedades comunes agravadas por un evento laboral abarcan aquellas condiciones de salud que si bien son comunes si pueden ver seriamente afectadas por la exposición a los factores de riesgo, por ejemplo, como es planteado por el propio DECRETO 1655 de 2015, un docente que padezca y le haya sido diagnosticado un cuadro de hipertensión puede verse afectado por el riesgo psicosocial propio del ambiente escolar. Así dicha condición de salud debe considerarse de origen laboral.

Finalmente, las enfermedades que son consideradas comunes por no tener relación con los factores de riesgo ocupacional se consideran comunes y en ningún caso de origen laboral. Las tablas 3, 4 y 10 corresponden a las enfermedades de mayor prevalencia en el ámbito de los educadores, dichas condiciones son las patologías osteomusculares, las enfermedades de los órganos de los sentidos y como condición principal en la voz y finalmente las enfermedades mentales.

El análisis de las variables anatomo-funcionales son generalmente complejos y son variables basadas en estructuras y funciones corporales y tienen en cuenta los referentes de 27 manuales de calificación de diversos países entre los cuales se encuentran: Argentina, Bolivia, Chile, Perú, Brasil, República Dominicana, Cuba, México, Canadá, Australia, Portugal, entre otros al igual que los decretos 767 de 1987, el 692 de 1995 y el 917 de 1999 (Gómez, 2016).

Las distintas variables que abarcan las deficiencias anatómicas funcionales (25 %) y las limitaciones para la actividad laboral y restricciones del educador (50 %) y que deben ser introducidas para poder calificar y evaluar la pérdida de capacidad laboral son acordes con las normas vigentes, tal es el caso del artículo 81 de la *Ley 812 de 2003*. El procedimiento denominado A, y por la complejidad que involucra, sólo se dirá que es aquel que corresponde al

artículo 61 del decreto 1848 de 1969 que define la invalidez total como la pérdida de capacidad laboral como educador igual o mayor al 75%. De forma similar, el procedimiento A se aplica para el sistema de riesgos profesionales o laborales (Gómez, 2016).

En el caso del procedimiento B incluye las deficiencias anatómico-funcionales (50 %), las limitaciones en las actividades de la vida diaria (35 %) y actividades instrumentales de la vida diaria y aquellas limitaciones para la actividad laboral y restricciones del educador (35%) están en concordancia con el régimen establecido en la *Ley 100 de 1993* que consagra la invalidez en el artículo 38 como la pérdida de la capacidad laboral del 50 % o más para el educador (Gómez, 2016). Las variables tanto en el procedimiento A o B se ponderan entre valores del 25 % y 50 % que permiten determinar la pérdida de la capacidad laboral de los educadores, llegando así a un valor máximo del 100 %.

4. 10. 5 Caracterización jurídica de la pensión de invalidez en el ámbito del magisterio colombiano a la luz del Decreto 1075 de 2015

Es importante, entonces tener en cuenta que la liquidación debe realizarse con base en el último salario devengado por el docente y en este caso debe ser equivalente al grado de incapacidad teniendo presente estos porcentajes: cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95 %, el valor de la pensión será igual al 100 % del último salario devengado por el docente. Cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda el 75 %, sin pasar del 95 %, el valor de la pensión será igual al 75 % del último salario devengado por el docente. Cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75 %, dicha pensión será del 50 % del último salario mensual devengado por el docente. Frente al Régimen de transición, en el caso de educadores que ya

estuviesen pensionados antes de la entrada en vigencia del Decreto 1075 de 2015, les serán aplicables las normas legales que estuvieran vigentes a la fecha que le fue dictaminada en el momento de la pérdida de capacidad laboral (Decreto 1072, 2015). Los dictámenes emitidos por los prestadores de servicios de salud y las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez debe entonces contener la calificación integral de conformidad con los aspectos consagrados en la Sentencia C-425 (2005) de la Corte Constitucional y como precedente jurisprudencial.

De acuerdo con los aspectos consagrados en el artículo 5 de la *Ley 1562 de 2012* se debe entender por Ingreso Base para Liquidación para accidentes de trabajo y para enfermedad laboral los siguientes: en el caso de accidentes de trabajo, se trata del promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia del accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado (*Ley 1562, 2012*).

En el caso de enfermedad laboral el artículo 5 de la *Ley 1562 de 2012* establece que el promedio del último año o fracción de año del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se hubiese calificado en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral. En el caso de que la calificación en primera oportunidad se realice cuando el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa se tomará en cuenta el promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado fuese inferior del Ingreso Base de Cotización (IBC) declarada e inscrita en la última Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encontraba afiliado previo a dicha calificación. Las sumas de dinero que las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales deben pagar por concepto de prestaciones económicas deben indexarse con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento del pago certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (*Ley 1562, 2012*).

4.10. 6 Juntas de calificación de invalidez para los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Colombiano

De acuerdo con lo preceptuado por el decreto 1655 de 2015, en la sección 7 artículo 2.4.4.3.7.1, con respecto a la pérdida de capacidad laboral, y todo lo que implica, la determinación del origen de la enfermedad profesional o de accidente de trabajo, la calificación de pérdida laboral, al igual que el estado de invalidez o incapacidad permanente y finalmente la fecha de estructuración y revisión de la pensión de invalidez como obligaciones de las entidades prestadoras del servicio de salud del magisterio en cada entidad territorial, en primera instancia, conforme también al Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y en concordancia con el Decreto 1075 de 2015 en su artículo 2.2.5.1,26 (Decreto 1655, 2015).

Tratándose del DECRETO 1075 DE 2015, o Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, es importante indicar que este regula en su Título 5, las Juntas de Calificación de invalidez y en las disposiciones generales en su campo de aplicación establece en forma precisa su obligación entre otros, sobre los dictámenes sobre calificaciones en primera oportunidad y particularmente con relación a los Pensionados por Invalidez (Decreto 1075, 2015), en el que hagan parte, un médico laboral con experiencia mínima de un año, un médico especialista en medicina física y rehabilitación con experiencia mínima específica de dos años y un profesional de áreas distintas a la medicina que sea especialista en Salud y Seguridad en el Trabajo, con mínimo dos años de experiencia en el campo.

El equipo interdisciplinario al que hace referencia el Decreto 1075 de 2015 tiene también como función realizar el seguimiento de afiliados y posibles beneficiarios, recopilar pruebas,

emitir conceptos de rehabilitación y valoraciones y en cada caso establecer el origen y grado de pérdida de la capacidad laboral. De igual forma, diligenciar el formulario correspondiente que autoriza el Ministerio de Trabajo, que permite que el trabajador realizar los reclamos que tengan lugar ante la JUNTA REGIONAL de CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, dentro de los términos que contempla la ley. Según consagra el decreto 1655 de 2015 y el Decreto 1075 de 2015, las JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, son consideradas como la segunda instancia ante los reclamos y controversias que pudiesen presentar frente a los dictámenes de Pérdida de Capacidad Laboral de los trabajadores y servidores públicos del sector público y privado.

5. Análisis de la Línea Jurisprudencial

Con base en el análisis de las Sentencias que se incluyen en este trabajo, se puede entender que la Corte Constitucional en cuanto a lo que concierne a la Acción de Tutela, ha sido enfática en considerar el derecho a la seguridad social como parte de los derechos fundamentales, en su relación con el derecho a la salud y al mínimo vital. La consideración de derecho fundamental que se mencionó se complementa con el hecho de considerar a las personas con patologías crónicas, degenerativas o congénitas, como es el caso de la Sentencia T_021 (2016), como personas con una condición especial, que deben tener una protección especial, llama la atención el desarrollo completo que la Sentencia T-021 (2016), frente a la condición especial que gozan las personas que por situaciones que se traduzcan en trastornos o quebrantos crónicos, degenerativos o congénitos advirtiéndolo a las autoridades que los dictámenes y fecha de estructuración de las enfermedades laborales deben tener presente un grado de flexibilidad que permitan ubicar un momento clave en el cual tuvo ocurrencia la enfermedad. Sin embargo, al abordar la Sentencia T-021 (2016), contrasta el hecho de que a pesar de la condición de salud de la parte demandante no fueron suficientes los argumentos para la Corte Constitucional y poder amparar el derecho a la Seguridad Social de la parte demandante, así las cosas, para la parte demandante hubiese sido necesario controvertir el dictamen en los tiempos que el trámite gubernativo contempla. Finalmente, el Salvamento de Voto, de la Sentencia T-021 (2016), deja claro que no se tuvo en cuenta todo el acervo probatorio que aportó la parte demandante, pues en la historia clínica del afectado consta que venía padeciendo diabetes mellitus por un tiempo de 6 años, con lo cual hubieran sido tutelados sus derechos y se hubiese modificado la fecha de estructuración de la enfermedad y con ello hubiera accedido a una pensión de invalidez teniendo en cuenta su vulnerabilidad por su condición especial de salud.

De la Sentencia 1791 (2017), se desprende que en ocasiones la condición de salud de una persona y en este caso de una docente oficial, no es tenida en cuenta para favorecer un procedimiento administrativo ordinario, como es el traslado de un docente por motivos de salud. En este caso, la administración esgrime diferentes argumentos para negar el traslado de institución educativa para una docente con un condición de salud especial que podría desencadenar en una invalidez; en el caso de la administración no era posible reubicar a la docente afectada y prefiere no tener en cuenta el hecho de que las plazas disponibles se encuentran precisamente en listado de elegibles para concurso, que solamente pueden ingresar una vez hayan sido reubicados los docentes en propiedad y entre ellos con prioridad aquellos que soliciten traslado por motivos de salud. En este caso, la Acción de Tutela ampara los derechos fundamentales de la docente a la salud, la dignidad humana e integridad personal.

Al analizar la Sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) del 13 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado, se observa la dificultad, que en ocasiones le representa a las autoridades determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el caso referido, debe ser claro para la administración que el artículo 81 de la *Ley 812 de 2003*, fijó un parámetro y un momento jurídico en el cual con anterioridad a la vigencia de la precitada ley, el régimen aplicable para los docentes es el contemplado en la *Ley 91 de 1989*, que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y establece la normatividad vigente en materia de pensiones y en particular los aspectos relacionados con la pensión de invalidez.

Como parte de la normatividad especial para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad al 26 de junio de 2003, les son aplicables, decretos generales para empleados oficiales, como son la *Ley 3135 de 1968* y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que aún son vigentes para establecer la reglamentación aplicable en

materia pensional, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003*. Ahora bien, en el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero con posterioridad a la *Ley 812 de 2003*, les es aplicable la propia *Ley 91 de 1989*. Sin embargo, en materia pensional, les son aplicables los aspectos concernientes de la ley 100 de 1993.

Es de anotar que el régimen prestacional del magisterio colombiano estaba contemplado dentro de los denominados regímenes especiales exceptuados de la *Ley 100 de 1993*, aplicando el artículo 279 de la misma ley, sin embargo, las reformas posteriores como la *Ley 812 de 2003* y el Acto Legislativo No 1 de 2005, modificaron esta condición en la cual los únicos regímenes especiales que sobreviven son el régimen de la Presidencia de la República, el Régimen de las Fuerza Pública y de la Policía Nacional. Es entonces, que se crea un Régimen de Transición, que en principio no tendría sentido, para un régimen que ya no es exceptuado, sin embargo, es claro que una gran mayoría de docentes aún gozan de los beneficios de las normas vigentes en materia pensional y del Sistema de Salud y Seguridad Social para los docentes, incluso para aquellos vinculados con posterioridad a la *Ley 812 de 2003*, quienes deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y deben regirse por la *Ley 91 de 1989*, pero con las condiciones de la *Ley 100 de 1993*, como es el régimen de prima media con prestación definida.

La interpretación de la normatividad aplicable al régimen de seguridad social del Magisterio, incluye determinar el monto de la pensión y si se tiene derecho a percibir en dicha prestación económica los factores salariales correspondientes. En la Sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) del 13 de noviembre de 2014, se aclara, cuál es el régimen aplicable a los docentes y cuál es el momento jurídico que surge a partir de la entrada en vigencia de la *Ley 812 de 2003*. Del análisis de la sentencia, en cuanto a los motivos de la demanda, se observa la

dificultad que genera en las autoridades la interpretación de la normatividad en materia pensional aplicable al Magisterio, y esto trae consigo que los docentes inviertan mayor tiempo en posteriores demandas contra la administración al exigir sus derechos prestacionales.

La Decisión Andina 583 de 2004 que forma parte del Acuerdo de Cartagena reviste gran importancia por cuanto la República de Colombia adquiere compromisos que vayan orientados a garantizar protección al trabajador. De manera concreta se solicitan directrices concretas acordes con el manejo de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en este caso, en beneficio de los países miembros. En este sentido, dentro de los compromisos que deben ser asumidos están comprendidos las distintas prestaciones sanitarias como son servicios de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación y todos aquellos servicios farmacéuticos que puedan contribuir a preservar o restablecer el estado de salud con relación a enfermedades comunes, profesionales o accidentes, sea cual fuese la causa que padeciesen los trabajadores de los países miembros.

Es de anotar que la Decisión Andina 583, es una alternativa para legislar en favor de los trabajadores y su protección en materia de riesgos laborales. Con el tiempo, surge la *Ley 1562 de 2012* que brinda nuevos elementos en materia de riesgos laborales y como consta en su artículo 21, exige al Ministerio de Educación Nacional normatividad especial para los docentes en el ámbito de los riesgos laborales. De estas reglamentaciones especiales de las que en la actualidad gozan los docentes oficiales, se destacan el Decreto 1655 de 2015 y el Decreto 1075 de 2015, que regulan los aspectos relacionados con la situación de invalidez de los docentes, el procedimiento para calificar el estado de invalidez, la fecha de estructuración de la invalidez, la pensión de invalidez, enfermedades laborales y de origen común, los accidentes laborales y los demás aspectos relacionados con el ámbito de trabajo de los docentes oficiales, que complementan la normatividad vigente para el magisterio, pero que venían brindando protección a los trabajadores, mas no al conjunto del magisterio oficial específicamente.

6 Conclusiones

Para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es relevante saber que existe normatividad vigente que consagra escenarios que en el ámbito de los riesgos laborales contemplan escenarios de accidente laboral, enfermedad común y enfermedad laboral que garantizan su protección tal es el caso del Decreto 1665 de 2015 y el Decreto 1072 de 2015. La Corte Constitucional ha consagrado protección especial para las personas que padezcan enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas como plantea la Sentencia T-021 (2016), en el caso de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es importante informarse de dicha protección y exigir que al momento de iniciar un proceso de invalidez las fechas de estructuración permanezcan bien establecidas en las respectivas historias clínicas.

Es relevante que las autoridades tengan en cuenta los preceptos frente a la condición especial de la que gozan las personas que padecen trastornos de salud, congénitos, crónicos o degenerativos en el momento de emitir los dictámenes de calificación y la correspondiente fecha de estructuración y así evitar injusticias para las personas que padecen dichas condiciones de salud.

La Acción de Tutela como mecanismo de protección es útil para evitar un perjuicio irremediable, y concretamente en el tema de traslado de docentes por motivos de salud son efectivas en la medida que las plantas de personal de las entidades territoriales si tienen pendiente el ingreso de nuevos docentes eligibles por concurso, deben establecer prioridad para aquellos docentes que por motivos de salud solicitan el traslado de institución educativa.

Al analizar sentencias del Consejo de Estado y en particular, la Sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) del 13 de noviembre de 2014, con relación al régimen aplicable para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es claro

que el Consejo de Estado tiene en cuenta el momento jurídico que establece la *Ley 812 de 2003* para los docentes afiliados al Fondo. Así las cosas, para el Consejo de Estado, los docentes vinculados al servicio público con anterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003* les es aplicable el régimen especial de los docentes oficiales y su normatividad vigente comprende la *Ley 91 de 1989*, y en materia pensional y en particular sobre pensión de invalidez, los aspectos consagrados en *Ley 3135 de 1968* y los Decretos 1849 de 1969 y 1045 de 1978 aún vigentes para el magisterio colombiano.

De otro lado, al analizar sentencias del Consejo de Estado y en particular la sentencia 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13) del 13 de noviembre de 2014, y con relación al régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público con posterioridad a la vigencia de la *Ley 812 de 2003* les aplicable los aspectos concernientes de la *Ley 91 de 1989* como es la afiliación obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pero con los presupuestos de la *Ley 100 de 1993*, como es el régimen de prima media con prestación definida.

De la normatividad especial en materia de pensiones que en la actualidad pueden gozar los docentes oficiales se puede concluir que las luchas que el magisterio colombiano ha emprendido ha garantizado para el conjunto de los docentes un régimen de prestaciones sociales que aun cuando ya hace parte de un régimen especial exceptuado que sólo sobrevivió hasta el año 2005, posee aún condiciones que siguen siendo favorables para los docentes que vayan siendo afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La normatividad en materia de riesgos laborales que en la actualidad pueden gozar los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de las que se destaca el Decreto 1655 de 2015 y el Decreto 1075 de 2015, son beneficiosas para los docentes tomando en cuenta que identifican claramente un conjunto de enfermedades laborales que tienen incidencia en el ámbito laboral de los docentes, especifica un procedimiento a seguir

para que le sea reconocida una pensión de invalidez y establece parámetros a tener en cuenta en el contexto de los riesgos laborales de los docentes.

Es de anotar que, a través de la consulta de referentes normativos sobre seguridad social para los docentes colombianos, por primera vez se considera una normatividad especial que proteja y cobije a los docentes en este caso a aquellos docentes oficiales que pertenecen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en normatividades anteriores, no se observa que al conjunto de los docentes hayan sido tenidos especialmente en cuenta, en razón de su actividad laboral. El hecho de contar con una tabla de enfermedades profesionales en docentes que haya sido fruto de un estudio cuidadoso es un buen comienzo para garantizar una debida protección en riesgos laborales del profesorado colombiano.

7. Referencias

Arenas, G. (2006). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Legis.

Arrieta, C. y Stiftung. (7 de junio de 2020). Las reformas del sistema pensional colombiano.

[Http://Library.Fes.De/Pdf-Files/Bueros/Kolumbien/08859.Pdf](http://Library.Fes.De/Pdf-Files/Bueros/Kolumbien/08859.Pdf)

Bernal O. y Gutiérrez C. (2012). *La salud en Colombia logros, retos y recomendaciones*.

Universidad de los Andes.

Buitrago L. (1994). *Régimen jurídico de los empleados oficiales*. Jurídicas Wilches.

Cañón, L. (2017). *La seguridad social en la constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia.

Casa Nacional del Profesor. (2003). *Legislación educativa colombiana 1991-2003*. Canapro.

Congote, A. y Muñoz, L. (2016). *Pensiones, regímenes especiales y exceptuados*. Ediciones Unaula.

Consejo de Estado. (13 de noviembre de 2014) Pensión de invalidez de docente oficial. El régimen aplicable lo determina el momento de la vinculación al servicio. Ingreso base de liquidación. Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

Consejo de Estado. (7 de febrero de 2013) Sala de lo Contencioso Administrativo. Nulidad y restablecimiento del derecho. Apelación autoridades nacionales. Expediente: 25000-23-25-000-2004-09462-01(0496-09)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (21 de julio de 2016). Pensión de invalidez y pensión de jubilación docente Incompatibilidad. Expediente: 2500-23-42-000-2013-06898-01(1793-15).

Consejo de Estado. Sentencia 083613 de 2015. Procedimiento para reclamar Pensiones De Docentes Oficiales.

Constitución Política De Colombia. (2020). Leyer.

Corte Constitucional Sentencia SU 567 de 2015. (3 de septiembre de 2015). Derecho a solicitar revisión de las pensiones es imprescriptible.

Corte Constitucional. Sentencia T-013 de 2011. (14 de enero de 2011). Cuando los trabajadores cumplen con las condiciones establecida por el régimen de transición no se puede aplicar el nuevo estatuto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-013-11.htm>

Corte Constitucional. Sala Séptima. Sentencia T-021/2016. (29 de enero de 2016). Reconocimiento de Pensión de Invalidez. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez y régimen aplicable.

Corte Constitucional. Sentencia C-461 De 1995. (12 de octubre de 1995). Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional. Sentencia T-205/2017. (4 de abril de 2017). Compatibilidad pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes. Expedientes: T.5.856.339
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-205-17.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No 1. Sentencia 1791 de 2017. (9 de febrero de 2017). Presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la integridad personal. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAY2017/BOLETIN%20%20MAYO%202017.pdf>

Cortes, J. (2012). *Estructura de la protección social en Colombia. Reforma a la administración pública*. Universidad Del Rosario.

Cortes, J. (2016). *Seguridad social derecho para todos*. Legis.

Cortes, O. (2003). *Derecho de la seguridad social*. Librería Ediciones del Profesional.

Decisión Andina 584. (2004). Instrumento Andino de protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Año XXI. Número 1067.

Decreto 1075 De 2015. (26 de mayo de 2015) Decreto único reglamentario del sector educativo y del Artículo 21 de la *Ley 1562 de 2012* sobre la seguridad y salud en el trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio.

Decreto 1295 de 1994. (22 de junio de 1994). Organización y administración del sistema general de riesgos profesionales.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html

Decreto 1507 de 2014. (12 de agosto de 2014). Manual único para la calificación de invalidez

Decreto 1655 De 2015. (20 de agosto de 2015). Seguridad y salud en el trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=63524>

Decreto 1833 De 2016. (10 de noviembre de 2016). Compilación de normas del sistema general de pensiones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85319>

Decreto 1848 de 1969. (4 de noviembre de 1969). Por el cual se reglamentan las enfermedades no profesionales, profesionales y accidentes de trabajo para empleados oficiales.

Decreto 2653 De 1950. (5 de agosto de 1950). Reglamento general del seguro obligatorio de riesgos laborales (Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33104>

Decreto 3041 de 1966. (19 de diciembre de 1966) Por la Cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_3041_1966.htm

Decreto 841 De 1946. (13 de marzo de 1946) Indemnización por riesgos profesionales. Tabla de valuación de incapacidades por accidentes de trabajo y sus correspondientes indemnizaciones.

Gamboa, J. (2014). *Régimen general de pensiones. Comentado*. Leyer.

Gamboa, J. (2017). *Salud y riesgos laborales, régimen de seguridad social*. Leyer.

García Castro C. y Muñoz Sánchez A. (2013). Salud y trabajo de docentes de instituciones educativas distritales de la localidad uno de Bogotá.

Gómez, G. (2016). *La seguridad y la salud en el trabajo de los educadores*. Magisterio Editorial.

La Previsora S.A. Compañía de seguros. (1989) *La seguridad social. Una prioridad nacional*.

Méndez, J. y Rodríguez, A. (2016). *Manual único para la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional. Comentarios al Decreto 1507 de 2014 con casos prácticos*. Ediciones de La U.

Ley 100 de 1993 (2016). Contendida en Código de Derecho laboral Sustantivo del Trabajo Procedimiento laboral, seguridad social y pensiones Uniacademia Leyer

Ley 1562 de 2012 (11 de julio de 2012). Sistemas de riesgos laborales. Artículo 21 sobre seguridad y salud en el trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1562_2012.html

Ley 43 De 1975. (11 de diciembre de 1975). Nacionalización de la educación primaria y secundaria que oficialmente prestan los Departamentos, Municipios, Distrito Especial de Bogotá, Intendencias y Comisarias. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=288>

Ley 50 de 1886. (11 de noviembre de 1886). Reglas Generales Sobre Concesión De Pensiones Y Jubilaciones. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1788714>

Ley 57 de 1915. (15 de noviembre de 1915) Sobre reparaciones por accidentes de trabajo. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1609446>

Ley 6 de 1945. (19 de febrero de 1945) Disposiciones Sobre Convenciones De Trabajo, Asociaciones Profesionales, Conflictos Colectivos Y Jurisdicción Especial De Trabajo. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>

Ley 64 de 1946. (20 de diciembre de 1946) Reforma a la Ley 6 de 1945 y otras disposiciones de carácter social. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1616096>

Ley 90 de 1946. (26 de diciembre de 1946) Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto colombiano de seguros sociales. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1631247>

Ley 91 de 1989. (29 de diciembre de 1989). Creación del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=299>

Ministerio de Educación Nacional. (2013) Fiduprevisora S.A. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Listado de enfermedades laborales para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio Tabla De Enfermedades. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=63524>

Ministerio De Trabajo. (2016). Preguntas frecuentes. Sistema general de pensiones, sus regímenes y los requisitos de acceso a las prestaciones.

Narváez, J. (2008). *Régimen pensional seguros privados*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Patiño Beltrán C. (1995) *Guía práctica. Pensiones y riesgos profesionales Ley 100 de 1993. Decretos reglamentarios*. Ecoe Ediciones.

Puyana, A. (2017). *El sistema general de riesgos laborales en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Puyana, A. (2017). *El sistema integral de seguridad social. Parte general y el subsistema general de pensiones*. Universidad Externado De Colombia.

Resolución 1918 de 2009 (5 de junio de 2009). Modificación de los artículos 11 Y 17 de la Resolución 2346 de julio de 2007. Contratación de las evaluaciones médicas ocupacionales y de las valoraciones complementarias. Custodia y entrega de las evaluaciones médicas ocupacionales y de las historias clínicas ocupacionales. Ministerio de la protección social.

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201918%20DE%202009.pdf

Resolución 2346 de Julio 11 de 2007. (11 de julio de 2007) Regulación de la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y el contenido de historias clínicas ocupacionales. Ministerio de la protección social.

Rodríguez, R. (1999). *La seguridad social en Colombia. Régimen jurídico*. Legis

Rodríguez M. (2016) *La pensión de invalidez en el régimen de prima media. Análisis normativo jurisprudencial*. Universidad Externado De Colombia.

Sánchez, G. (2017) *Actualidad normativa y jurisprudencial en pensiones*. Librería Sánchez R. Ltda.

Torres, L. (2012) *Aproximaciones a la seguridad social en el Estado Social de Derecho. Aspectos teóricos y jurisprudenciales*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Tribunal Administrativo De Boyacá Sala de Decisión No 3. (28 de septiembre de 2017) Nulidad y restablecimiento del derecho. Nulidad Parcial de Resolución. Pensión de invalidez docente Expediente: 15001 3333 0152016 00236 01

Tribunal Administrativo del Casanare. (21 de abril de 2016) Fallo. Nulidad y restablecimiento del derecho. Pensión ordinaria docente. Régimen de Pensiones docentes. Efectos del Acto Legislativo 1 de 2005. Expediente: 850012333000-2015-00097-00