EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS DOCENTES DE EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA VOCACIONAL SEGÚN EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD

Lina Marcela Rendón Builes¹

Resumen: Mediante este trabajo se aborda el Régimen de Seguridad Social en Pensiones de los Docentes de Educación Básica y Media Vocacional en Colombia, con una mirada desde los principios: especialmente el principio de Inescindibilidad; artículo trabajado sobre la base de tres ejes temáticos, Régimen de Seguridad Social en Pensiones de los Docentes de Educación Básica y Media el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 Vocacional, Ley 91 de 1989; constitucionalizado por el Acto Legislativo 01 de 2005 por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, y el principio de inescindibilidad en materia laboral. Temáticas desarrolladas a través de la óptica de los principios del derecho de la Seguridad Social, de las leyes y la jurisprudencia; todos estos dentro del marco del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia. Entendiéndose que se hará referencia a los docentes colombianos nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial en los términos del parágrafo transitorio primero del acto legislativo.

Palabras clave: Seguridad social, educación básica, derecho al trabajo, régimen pensional, régimen de salud.

Abstract: This work touches n the social security system with respect to elementary and secondary school teachers in Colombia, from the point of view of its principles, especially that of indivisibility. It is based upon three themate axes: Law 91 of 1989 on the social security system for elementary and secondary school teachers; article 81 of lay 812 of 2003, made part of the constitution by legislative act 01 of 2005 by which article 48 of the political charter has been added; and the principle of indivisibility in labor matters. These themes are developed form view pint of the legal bases of social security, its laws and jurisprudence; all of these within the framework of the integrated System of Social Security in Colombia.

Key words: Social security, basic education, right to the work, régime pensional regime, health regime

¹Abogada Especialista en Derecho de la Seguridad Social, con énfasis en pensiones, salud y riesgos profesionales. Docente de la Universidad de Antioquia y de la Universidad CES. Asesora y contratista de entidades de derecho público y privado. Abogada litigante. Correos electrónicos: lina.rendon@une.net.co; issisabogadas@yahoo.es.

Introducción

Con la llegada de los primeros maestros a la patria se comenzaron a gestar las luchas sociales, las cuales desde siempre, han pretendido reivindicar el papel del educador en la sociedad, para permitir de esta manera que el protagonismo que se merecen se concrete en derechos y garantías específicas que den cuenta de un gobierno que entiende y promueve la educación como una política de Estado.

A finales de la década de los 80 y principios de los 90 los docentes del país obtuvieron la más importante reivindicación laboral, prestacional e intelectual, gracias a la lucha social que adelantaron de manera continua durante años. Es así como en esta época, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo un Régimen de Seguridad Social y Prestacional unificado en su favor.

Pero sólo fue con la expedición de la Ley 100 de 1993, ley que estableció el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, que los docentes quedaron con un Régimen de Seguridad Social Exceptuado, pues el artículo 279 de la misma los excluyó de la aplicación del Régimen General.

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

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

Debido a lo anterior, con la expedición de la Ley 797 de 2003 que reformó el Sistema de Seguridad Social Integral, se abrió la brecha para comenzar debilitar poco a poco el Régimen Docente, pues la misma estipula que "El régimen pensional de los miembros del magisterio, será regulado por Ley"; a pesar de que esta normatividad no derogó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que

exceptuaba de su aplicación a los regímenes especiales, incluido el del Magisterio, es indudable que la misma allano el camino para las subsiguientes reformas; entre las cuales se dieron la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo Nº 01 de 2005, normas ambas que tienen al Régimen Docente en estado agónico.

En el desarrollo de este artículo se analizarán entonces, ambas reformas: la Ley 812 de 2003 específicamente su artículo 81 y el Acto Legislativo Nº 01 de 2005, con el fin de determinar si el régimen de seguridad social de los docentes de educación básica primaria, secundaria; y media vocacional, según ambas leyes, es violatorio del principio de inescindibilidad.

De manera, que en este escrito se trabajará sobre la base de tres ejes temáticos, el Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Básica Primaria y Secundaria; el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 constitucionalizado por el Acto Legislativo N° 01 de 2005 y el Principio de Inescindibilidad; entendidos estos dentro del marco del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia.

Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Educación Básica y Media Vocacional

En este aparte se describirán las características principales del Régimen Docente antes de las reformas objeto de análisis, es decir, antes de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo Nº 01 de 2005.

El Sistema de Seguridad Social Docente que se ha caracterizado por la dispersión normativa que lo conforma, está básicamente contemplado en la Ley 91 de 1989, con esta ley se intentó unificar la disparidad de regímenes legales existentes, los cuales creaban diferentes clases de maestros, con regímenes totalmente diferentes y con dificultades para el pago de las prestaciones sociales adeudadas por las entidades públicas al magisterio.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ley que estableció que a partir del primero de enero de 1990, todos los docentes que se vincularan al magisterio estarían a cargo de la Nación y sus prestaciones serían pagadas por dicho Fondo. De manera que la Ley 91 de 1989, permitió al magisterio nacional contar con un Sistema de Seguridad Social exclusivo y especial para ellos, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son manejados mediante un contrato de fiducia, para el cual se contrató a la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual tiene como función administrar los recursos del Fondo y efectuar los pagos de las prestaciones sociales y servicios médicos a que tienen derecho los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales de todo el país, así como el núcleo familiar de los mismos.

Con relación a las prestaciones económicas y sociales de los docentes, la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

El valor total de la tasa de cotización de los docentes para el FNPSM antes del 28 de junio de 2003, era de un 13%, donde el docente aportaba un 5% y el 8% restante lo aportaba el Gobierno Nacional; la distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. Lo anterior sin desconocer que el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 establece otros factores de financiación para el FNPSM.

Régimen pensional

El régimen pensional de los docentes oficiales en Colombia, se caracteriza entre otros por ser un régimen exceptuado, que cubre a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), fondo que se encarga de la administración del mismo, careciendo el docente de la posibilidad de elegir entre varias Administradoras.

La afiliación a este régimen y por ende al FNPSM es obligatoria y automática para todos los docentes oficiales del país, obligación que implica a su vez aportar un porcentaje del sueldo básico para el funcionamiento y el pago de las prestaciones por parte de dicho fondo.

El FNPSM garantiza el pago de las siguientes prestaciones: Pensión de Jubilación, Vejez, Invalidez (por cualquier causa), sobrevivientes (sustitución pensional y pensión post-morten), seguro de muerte y auxilio funerario, con base en las Leyes 6ª de 1945, 12 de 1975, 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989, y a los Decretos 3135 de 1968, 224 de 1972, 1848 de 1969 y 1160 de 1989.

Régimen de salud

El régimen de salud de los docentes oficiales en Colombia, se caracteriza entre otros, por ser un régimen de excepción, administrado según el artículo 5º numeral 2º de la Ley 91 de 1989 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual tiene a su vez un Consejo Directivo que es el encargado de reglamentar los procedimientos para determinar la destinación de los recursos, el orden de prioridad con que serán atendidas las prestaciones sociales y las prestaciones económicas cuando se trate de situaciones derivadas de la enfermedad profesional y no profesional, y los auxilios por maternidad.

La entidad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo es quien contrata las entidades de salud en cada Departamento para la prestación de los servicios médico - asistenciales para los docentes activos y pensionados afiliados al Fondo del Magisterio; debido a lo anterior y al hecho de que el docente no podía escoger libremente la entidad prestadora de salud, el Acuerdo 4 de 2004, estipuló que la Fiduciaria La Previsora S.A contratara con varias entidades en los diferentes departamentos con el fin de permitir al docente elegir libremente entre varias IPS la prestación del servicio de salud; sin embargo esta libertad de escogencia no es totalmente independiente y sujeta al mercado, sino que tiene limitaciones.

Dentro del Régimen de Salud de los Docentes no existen las cuotas moderadoras ni los copagos; además, cabe resaltar que en este régimen no operan las preexistencias ni los periodos mínimos de cotización para poder tener derecho a la atención en salud de enfermedades de alto costo.

Régimen de Riesgos Profesionales:

En la Ley 91 de 1989 la cual regula el régimen de seguridad social del magisterio, no se estableció para los docentes un régimen normativo individual de Riesgos Profesionales. De manera que el Gobierno Nacional en el papel de empleador de los docentes, no aporta una cotización individual para este fin, es decir, el Gobierno sólo aporta el porcentaje legal estipulado para el régimen de salud y pensiones.

Las prestaciones medico-asistenciales y económicas derivadas de los riesgos profesionales a los cuales se ven expuestos los docentes, se otorgan dentro de los regimenes de salud y pensiones, financiados por los mismos aportes que se hacen a estos dos regímenes; sin embargo a ellos se les conceden ciertas prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como los son los auxilios e indemnizaciones por enfermedad profesional y accidente de trabajo.

Acto Legislativo Nº 01 de 2005 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003

Antes de abordar este ítem es necesario hacer una precisión frente a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pues reiteradamente y en los diferentes textos donde se hace referencia a la misma se habla del 26 de junio de 2003 como fecha de vigencia de dicha norma; sin embargo se debe considerar que este día corresponde a la sanción de la ley, siendo el 27 de junio de 2003 la fecha en la cual se promulgo la misma en el diario oficial.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C 957 de 1999, considera: "(...) Dentro del tema de la puesta en conocimiento de los actos legislativos y de

las leyes, es necesario precisar que la expedición se refiere a la formulación de la materia y la promulgación alude a la publicidad de dicho contenido. En consecuencia, la ley o el acto, aunque se conforman en el momento de su expedición, sólo producen efectos jurídicos desde su promulgación en el Diario Oficial (...). En lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos (...)". Además de lo anterior, la Corte Constitucional también ha sostenido, que las normas entran a regir a las 12 de la noche del día en que se publican, lo que en la práctica daría que la aplicación de la Ley 812 de 2003, y por ende las reformas al régimen docente operarían, en realidad, a partir del 28 de junio de 2003.

Como se explicó en la parte introductoria del artículo, las medidas tomadas con la Ley 100 de 1993, no fueron suficientes para solucionar los grandes desequilibrios que ya en ese momento se presentaban en el Sistema de Seguridad Social, especialmente en el sistema pensional.

Como dicha Ley fracasó en su objetivo de unificar todos los regimenes de seguridad social tanto públicos como privados que existían en el país; debido a que de la misma quedaron sectores excluidos, fueron y son precisamente a este grupo de personas a quienes se les atribuye con mayor ahínco las deficiencias financieras del sistema; razón por la cual, varios de estos Regímenes Exceptuados, han sufrido cambios legislativos que los han puesto al borde la extinción total.

En el caso en estudio, el régimen docente, dio el primer paso hacia la reforma a través de la Ley 797 de 2003, la cual estipulo en su artículo 16, que el régimen del magisterio sería definido por la Ley; como consecuencia lógica de este artículo se profirió el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006 "Hacia un Estado Comunitario", mediante la Ley 812 de 2003, norma que reformó en su artículo 81 el Sistema Pensional de los docentes de primaria, secundaria y media vocacional del país. Posteriormente y con el fin de reforzar las medidas adoptadas por la ley 797 de 2003, y procurando incluir como principio del sistema la sostenibilidad financiera, se adiciono el artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo Nº 01 de 2005.

Verbigracia, en la exposición de motivos del Acto Legislativo Nº 01 de 2005, de la Cámara de Representantes, la ponencia del proyecto argumentaba que: "Si bien es cierto que actualmente la Constitución Política contempla que corresponde al legislador regular el servicio de seguridad social y ello permite que

el legislador establezca diversos sistemas para diversas situaciones, esto, a la postre, ha permitido que se presenten tratamientos inequitativos. (...)"

En la medida en que la posibilidad de establecer regímenes distintos deriva de la competencia del legislador para regular el régimen de seguridad social, la única forma de asegurar un tratamiento uniforme para todos los colombianos es a través de una reforma constitucional que así lo imponga".(Escobar, Mario: 2004)

Como se propuso desde el inicio de los debates, en el segundo semestre del año anterior, en el Congreso de La República, la iniciativa del Gobierno Nacional, era la de que la vigencia de todos los regímenes pensionales especiales o exceptuados expirarían el 31 de diciembre del año 2007, incluido el del magisterio; sin embargo debido a las fuertes presiones ejercidas por la Federación Colombiana de Educadores (FECODE), el Acto Legislativo Nº 01 de 2005, sólo constitucionalizo la reforma contenida en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, sin ninguna otra modificación diferente que implicará poner otro punto final al Régimen Docente consagrado en la Ley 91 de 1989.

En otras palabras la reforma más importante que ha sufrido el Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Ecuación Básica y Media Vocacional en las últimas décadas, es la Ley 812 de 2003 en su artículo 81; el cual fue elevado a rango constitucional mediante el Acto Legislativo Nº 01 de 2005.

De manera que para continuar con el análisis, se expondrá la trasformación que la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, representa para el Régimen Docente, describiendo los cambios en orden de menor a mayor importancia, en cuanto a la pertinencia del tema central del artículo se refieren:

En primer lugar, esta norma estipuló el aumento de las cotizaciones realizadas por parte de los docentes al FNPSM, en los siguientes términos: "El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores"; conservándose en la norma el postulado de que la distribución del monto de estos recursos la hace el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Es así, como, de acuerdo al Decreto Reglamentario 2341 de 2003, los aportes fueron incrementados para todos los maestros, antiguos y nuevos; activos y pensionados, en los marcos de lo establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Esto significa que los aportes pasaron del 5% al 7,375% en el 2003 y al 7,875% actualmente, más el 1% adicional para el Fondo de Solidaridad Pensional, para los maestros que estén por encima del grado 12° del escalafón docente.

En segundo lugar, a partir de la reforma se establecen dos universos jurídicos para los docentes en materia de seguridad social, el primero que hace referencia a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de Junio de 2003, los cuales se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos: "El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

Hay que hacer notar que a este grupo de docentes, aunque se les continua aplicando la Ley 91 de 1989 y las leyes anteriores a la Ley 812 de 2003 que conforman el Régimen del Magisterio, tal como se describió en el subtítulo anterior, las cotizaciones si se someten a la primera reforma mencionada, es decir que su monto se incrementa conforme las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

El segundo universo jurídico y el más importante para el tema objeto de este escrito, hace referencia a los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir aquellos que se vinculen al servicio público educativo oficial a partir del 26 de junio de 2003 (en el caso de Antioquia no hay uno sólo) se pensionaran con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En este sentido el artículo 81 reza: "Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".

Frente a este aspecto es de vital importancia señalar que la misma norma consagra expresamente en cuanto a los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se refiere, que estos serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, y frente a las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos; sólo que las mismas serán reconocidas con cargo a las cotizaciones para salud; ya que las destinadas para pensiones deberán ser distribuidas conforme lo ordena la normatividad del Régimen de Prima Media.

Para resumir los educadores que se vincularon a partir de junio 26 de 2003 y los nuevos que se vinculen se les presentará la siguiente situación:

 Serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual no podrán afiliarse a Fondos Privados de Pensiones ni al ISS.

- Tendrán en materia pensional los derechos del Régimen General de Prima Media con Prestación Definida, otorgados por el FNPSM y contemplados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.
- Su edad de Pensión de vejez será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres.
- El servicio de salud, igual que para los educadores ya nombrados en propiedad, será prestado en los términos de la Ley 91 de 1989; por lo tanto, tampoco podrán ser afiliados a una E.P.S. privada.
- No tendrán Régimen de Riesgos Profesionales independiente, pero se continúa reconociendo las prestaciones que estipula el FNPSM en la Ley 91 de 1989.

Se puede observar cómo el Acto Legislativo, con referencia a la última reforma mencionada, sólo habla del régimen pensional del magisterio (para docentes vinculados a partir del 26 de junio de 2003) pero se dejan intactas las disposiciones que en materia de salud y riesgos profesionales rigen para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; aplicando para este grupo de docentes, en pensiones el régimen general de prima media con prestación definida; y en salud y riesgos profesionales el régimen especial o exceptuado, lo que podría implicar una violación del principio de inescindibilidad de la leyes, al aplicarles sólo una parte de la Ley 100 de 1993 y una parte de la Ley 91 de 1989; no obstante para corroborar esta afirmación es trascendental analizar a qué se refiere el principio de inescindibilidad y cual es su alcance en materia laboral y de seguridad social.

El Principio de Inescindibilidad

El tercer eje temático o concepto básico a desarrollar en este artículo, es el principio de inescindibilidad; enfocado especialmente en la aplicación u operación que el mismo tiene en materia laboral y en el derecho de la seguridad social.

La inescindibilidad como su nombre mismo lo indica, por simple que parezca significa lo contrario a escindir, es decir, a dividir, separar o cortar (Marsha, 1982: p. 506); es así como en el ámbito normativo hace alusión a la regla conforme a la cual las leyes deben aplicarse integralmente, en su totalidad.

Aunque este principio no se encuentra expresamente consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano; el mismo opera como regla hermenéutica de interpretación normativa; que se exige como presupuesto necesario para conservar la lógica sistémica del mismo.

El principio de inescindibilidad implica entonces la aplicación íntegra de una norma, ley, régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir los mismos dando como resultado una norma nueva.

En el ámbito laboral la inescindibilidad se asocia de manera directa con un principio mínimo fundamental del derecho del trabajo, como es el principio de favorabilidad; el cual es definido por doctrinante Américo Pla Rodríguez, en su libro los principios del derecho del trabajo, como la "Regla de la norma más favorable, que determina, que en caso de que haya más de una norma aplicable, se deba optar por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas" (Pla, 1998).

En la consagración expresa del principio de favorabilidad en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, se enuncia de manera clara; aunque si bien no con la denominación correspondiente, el principio de inescindibilidad en los siguientes términos: "Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad" (Caldas y Triana, 1957: p.41).

En materia de seguridad social este principio opera desde varios frentes; el primero determina su aplicación como norma de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, es decir como principio hermenéutico del derecho, el segundo opera por remisión expresa del artículo 272 Ley 100 de 1993, en el sentido de que los principios mínimos fundamentales (entre estos está el de favorabilidad) consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia en el Sistema Integral de Seguridad Social, y en tercer lugar, el artículo 288 de la misma ley estipula que "Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley, le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley"; consagrando entonces el principio de la favorabilidad, pero sin olvidar que existe otro principio hermenéutico subyacente en el precepto: El de la inescindibilidad o aplicación total de la Ley 100 de 1993.

En este mismo orden de ideas, el principio de inescindibilidad, también llamado teoría del conglobamiento, consiste no solo, en el sentido general del derecho en la aplicación sistémica de la ley y de los sistemas normativos, sino también, en aplicación del principio de favorabilidad, en elegir la norma que resulte más benéfica para el trabajador, pero aplicada en su totalidad, en su integridad. Es decir, sin la posibilidad de interpretarla parcialmente, fraccionar su contenido aplicando solo aquella parte que más favorezca a los trabajadores, ni extraer de todas las normas otra diferente que resulte aun más favorable." (Escobar, 2004)

El sentido y alcance del principio de inescindibilidad en materia laboral y de seguridad social, no ha sido aun estudiado de fondo por ninguna de las cuatro altas cortes del país, sin embargo en algunas sentencias se alude al mismo en forma breve; a continuación se presenta un pequeño recuento sobre la jurisprudencia existente en relación con este principio:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio del año 2000 consideró acerca de la aplicación de la norma más favorable e inescindibilidad que "Una cosa es el derecho que se tiene a que se aplique la norma más favorable, en su integridad, y otra la infundada pretensión de escindir dos normas para tomar de cada una de ellas lo que conviene a particulares intereses y, de ese modo, crear una disposición inexistente"^{2.}

Además la misma corporación en sentencia de 2003, manifestó que" a pesar de que la ley 50 de 1990 no se refirió para nada al sector oficial, de conformidad con los principios de unidad y la universalidad de la seguridad social, al estar afiliado el actor a ese sistema algún efecto ha de tener y es el de que indudablemente la pensión estará a cargo del ente asegurador cuando cumpla los sesenta años por ser hombre, por cuanto de igual manera el principio de inescindibilidad hace que la disposición que regula el tema de la pensión proporcional al momento del despido, se le aplique íntegramente" ³.

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia de tutela consideró: " A juicio de la Corte, no hay duda que la empresa Electrificadora del Caribe SA ESP. no sólo debe preservar las condiciones laborales en que sustituyó a los empleados de las antiguas electrificadoras sino que debe respetar íntegramente la totalidad de las normas o las convenciones colectivas vigentes y suscritas por Electromagdalena y con el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia -SINTRAELECOL-, y no aplicarlas en forma parcial como lo pretenden los actores de las presentes tutelas, pues de lo contrario se estaría violando el principio de favorabilidad laboral, ya que los referidos actores se benefician, conforme a cada convención en su totalidad y no en forma parcial, por lo que esta Sala no puede prohijar que únicamente se apliquen los beneficios más favorables de las convenciones pactadas en forma parcial, pues ello rompería el principio de la prevalencia de las normas más favorables en materia laboral. Recuérdese, que en caso de duda se debe elegir la norma que sea más favorable al trabajador, pero en su totalidad sin aplicarla parcialmente, sin escindir el contenido de cada convención, pues la teoría de la inescindibilidad, constituye un principio

² Al respecto Cfr: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicado 13844: 30 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Rafael Méndez Arango.

³ Al respecto Cfr: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicado 18854: 07 de marzo de 2003. Magistrado Ponente: Luís Javier Osorio López.

hermenéutico de carácter laboral, consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo". ⁴

Por su parte, el Consejo de Estado con relación al principio de inescindibilidad en sentencia del año 2000 indica que: "El principio de inescindibilidad implica la aplicación íntegra de un régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir normas o regímenes, para obtener uno nuevo, más favorable., pues las normas son concordantes finalística y cuantitativamente con las del decreto 1042, en el caso bajo examen la materia está especialmente regulada por la ley 269 de 1996, por la cual se reglamenta parcialmente el artículo 128 de la C.P. que prohíbe desempeñar simultáneamente mas de un empleo público y recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público" ⁵.

En sentencias del año 1997, el Consejo de Estado también se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

(...) Al no acogerse el actor a ninguno de los regímenes especiales establecidos para la Fiscalía General de la Nación renunció a éstos que implicaban mejor remuneración a fin de conservar sus prerrogativas salariales y prestacionales, de manera que no puede pretender ahora que se le apliquen los aspectos favorables de uno y otro, en primer lugar porque ello desconoce el principio de inescindibilidad de la norma según el cual no es posible aplicar fraccionadamente una disposición, y en segundo lugar porque sería inequitativo frente a quienes acogiéndose al nuevo sistema salarial han perdido el derecho a percibir las primas del antiguo sistema.⁶

(...) Sabido es que las reglas sobre aplicación del derecho enseñan que, (...) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Igualmente la Carta Política en su artículo 53 consagra la "... situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho...".

Se agrega también que por mandato constitucional el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones. Consolidado el derecho pensional bajo el Régimen Especial previsto en el Decreto 546 de 1971, dicho estatuto lo debe seguir gobernando, sin que sea procedente acudir a textos distintos, no sólo por respeto al principio de inescindibilidad de la norma, sino porque ninguna disposición prevé tal posibilidad."⁷

⁴ Cfr: Corte Constitucional. Sentencia T540 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

⁵ Cfr: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación: 1254: 09 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁶ Cfr: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A". Radicación: 15268: 26 de junio de 1997. Consejero Ponente: Clara Forero de Castro.

⁷ Cfr: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "B". Radicación: 15693: 23 de octubre de 1997. Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno.

En sentencia de años posteriores esta misma corporación afirmó: "(...)Además de lo anterior, resultaría contrario a derecho aplicar al actor, en forma simultánea, el régimen salarial previsto en el Decreto últimamente citado -52- y el establecido para los funcionarios de la Rama Judicial en esta materia -51-, en el cual se consagra el derecho a devengar adicionalmente al salario básico el 96% de éste por concepto de prima de antigüedad, pues ello iría contra el principio de inescindibilidad de la norma que opera en el sistema jurídico y que impide la aplicación fraccionada de disposiciones disímiles a un caso concreto, a lo que se suma lo inequitativo de ese proceder frente a quienes se encontraban bajo el ordenamiento jurídico expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, que sólo tenían derecho a la asignación básica sin primas de ninguna índole".8

En conclusión, el principio de inescindibilidad funciona como principio del derecho en general y en especial como principio hermenéutico de carácter laboral y por ende, de la seguridad social; en el primer sentido se define como la prohibición de aplicar o interpretar fraccionadamente las normas (cuando el órgano de cierre constitucional expresamente no lo ha permitido), y en el segundo sentido se refiere como lo expone el doctrinante Eugenio Pérez (Perez, 1957: p.154) a la "teoría del conglobamiento" según la cual: "se elige la norma que sea más favorable al trabajador, pero en su totalidad, sin aplicarla parcialmente, sin escindir su contenido".

Aplicación del Principio de Inescindibilidad con relación al artículo 81 de la Ley 812 de 2003 por medio del cual se reforma el Régimen de Seguridad Social de los Docentes

El examen jurisprudencial del principio de inescindibilidad como tal, así como su definición y características, ya se elaboró en el anterior subtítulo concerniente a este principio, por ende este aparte se dedicará sólo al análisis del mismo frente al tema específico de este artículo de investigación.

Como se vio durante el desarrollo de este trabajo la reforma legal, posteriormente constitucionalizada, del Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Básica Primaria – Secundaria y Media Vocacional, vinculados a partir del 26 de junio de 2003, fecha en la que entro en vigencia la Ley 812 de 2003; es la que presenta una dificultad real en términos de lo que al principio de inescindibilidad se refiere.

Con esta reforma se estipula que los docentes que se vincularon a partir de esta fecha de vigencia y los nuevos que se vinculen al servicio público educativo oficial, se rigen en salud por lo dispuesto en la ley 91 de 1989, teniendo al mismo

⁸ Cfr: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A". Radicación: 17918: 24 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Nicolás Pajaro Peñaranda.

tiempo los derechos pensionales del régimen de prima media dispuesto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, excepto en la edad para pensión que será de 57 años para hombres y mujeres; y en cuanto a Riesgo Profesionales conservaran las prestaciones que para tal fin otorga le FNPSM.

De lo anterior y habiendo esbozado el alcance del principio en análisis, surgen varios atropellos contra el mismo desde la reforma; de entrada el más visible de estos implica la división que se hizo de ambos Regímenes de Seguridad Social para el sector docente; en la medida que se les aplicará el régimen general de prima media con prestación definida en materia pensional; pero se dejan intactas para este mismo sector de docentes las disposiciones que en materia de salud y riesgos profesionales contempla la Ley 91 de 1989.

En contravía entonces del principio de inescindibilidad que implica la aplicación íntegra de un régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir normas o regímenes, el sector docente tendrá un régimen general en pensiones, y en salud y riesgos profesionales un régimen de excepción, implicando la violación del principio al aplicarles una parte de la Ley 100 de 1993 y una parte de la Ley 91 de 1989. Esto conlleva a que en salud estos docentes continúen sin el pago de cuotas moderadoras, copagos, sin períodos mínimos de carencia, sin la posibilidad de elegir en lo términos del mercado la prestación de los servicios de salud, ni la administración de los mismos, por varias EPS e IPS; y en Riesgos Profesionales a que sea un régimen que concede prestaciones económicas, sin la cotización por parte del Estado, y con cargo a las cotizaciones en salud; un desorden completo no sólo en términos jurídicos sino también prácticos.

Si bien es cierto, que el régimen pensional de los docentes consagrado en la Ley 91 de 1989, no es más beneficioso en términos generales que el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, en cuanto, por ejemplo, a pensión de sobrevivientes e invalidez se refiere; y que posiblemente la reforma obedezca a alivianar esta desventaja; también es cierto que el principio de inescindibilidad en materia laboral es de aplicación bastante clara frente al principio de favorabilidad, pues aunque este último permitiría elegir aquélla norma que resulte más benéfica para el trabajador, la seleccionada deberá ser aplicada en su totalidad, en su integridad; es decir, que no hay la posibilidad de fraccionar su contenido para extraer de todas las normas otra diferente que resulte aun más favorable.

Frente al tema pensional se observa otra violación del principio en análisis, debido a que se estipula que tendrán los derechos de la prima media consagrados en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, pero se establece una edad diferente a la establecida en estas normas para acceder a la pensión de vejez; así las mujeres docentes se pensionarán a los 57 años a partir de la vigencia de la ley del Plan, cuando la ley 797 de 2003 mantiene para ellas la edad de 55 años hasta el 31 de diciembre de 2013, incrementándole en dos años la edad a las mujeres

(once años antes de lo estipulado en la norma general), es decir, se les aplicará el Régimen de Prima Media pero no en su integridad sino con adiciones, que incluso hacen más desfavorable la norma para este sector docente.

En el campo práctico es otra la dificultad que se presenta, en cuanto a los miles de maestros que vienen ejerciendo su profesión por Ordenes de Prestación de Servicios (OPS) desde antes de noviembre del 2000, incluso algunos hasta por más de 15 años, quienes para los efectos de esta ley, son considerados nuevos y por tanto, no quedarán cobijados por la Ley 91 de 1989; ni tampoco por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 en su integridad; sino que muchos de estos docentes quienes venían cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral para salud, pensiones y riesgos profesionales; deberán trasladarse a la EPS contratada para el Departamento por la Previsora, perder los prestaciones del Régimen General de Riesgos Profesionales que son más beneficiosos que los consagrados por el FNPSM tanto en términos asistenciales como económicos, y trasladarse para el FNPSM en pensiones implicando para las mujeres OPS el cambio de la edad anticipadamente. De aquí, se evidencia una mezcla normativa donde no se les respeta a los docentes OPS el Régimen General Integral en salud, pensiones y riesgos profesionales al cual venían perteneciendo; ni tampoco se les respeta la Ley 91 de 1989 en su integridad por ser docentes en servicio desde antes del 26 de junio de 2003.

Frente a este mismo punto, surge otro aspecto bien complicado y es el que se refiere a la aplicación del Régimen de Transición para estos docentes que ya venia vinculados al Sistema General de Pensiones como docentes por Orden de Prestación de Servicios y que pertenecían a dicho régimen de transición; pues entonces al ser docentes cuál será el régimen anterior al que pertenecían la Ley 91 de 1989 ó como trabajadores del sector privado el Decreto 758 de 1990, cuál es la entrada en vigencia del régimen para este grupo de docentes el 1º de abril de 1994 ó el 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003. De otro lado, el personal que se vincule como nuevo a partir de la Ley 812 de 2003, y que cumpla con el requisito de edad o el tiempo de servicios, gozará del régimen de transición, y si es así, cuál será el régimen aplicable; o contrario a todo lo anterior, no sólo estos nuevos docentes sino también los que se desempeñaban como OPS, perderán la expectativa legitima de pensionarse en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al Régimen de Riesgos Profesionales se refiere la preocupación no sobra, pues si uno de los pilares de la reforma constitucional fue el equilibrio financiero del sistema, se permitió con esta, la convivencia para un mismo régimen, de una normatividad general y una especial, que admite la existencia de un Régimen de riesgos profesionales "sui Generis" donde se otorgan prestaciones económicas sin existir cotización y se recarga el Régimen de Salud con prestaciones que por su naturaleza no le corresponden.

Aunque el análisis de este artículo se centra en el principio de inescindibilidad, no sobra mencionar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, viola de igual forma otros principios, pues si de aplicar un régimen se trata esto implica la correlativa aplicación de los principios que el mismo consagra; así por ejemplo se les aplicará el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a estos docentes pero se les vulnera al mismo tiempo el derecho a la libre elección del Fondo de Pensiones al cual desean afiliarse y se les impone la afiliación obligatoria al FNPSM, impidiéndoseles de igual forma elegir el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Continuando con la misma idea se viola también el principio de Unidad definido en el artículo 2º literal e) de la Ley 100 de 1993, el cual implica una lógica sistémica del Régimen de Seguridad Social Integral; en este sentido la doctrina considera que el principio de la unidad, se explica, por cuanto los principios consagrados en la Ley 100 de 1993, que operan tanto para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como para el RAIS, exigen cierta unidad o armonía en la organización legislativa, administrativa y financiera del sistema, evitando contradicciones desigualdades, injusticias y complejidades. (Cetina, 1986: p.89)

Lo anterior debido a que como argumenta el mismo autor, en nuestro medio es muy propio el funcionamiento de organismo de toda denominación que prestan beneficios característicos de la seguridad social a diversos sectores de la población, en forma dispersa y descoordinado (para muestra un botón: el sector docente); conllevando esto a la duplicidad de prestaciones y disposiciones reglamentarias, gastos múltiples, injusticias y discriminaciones.

Frente a todo lo anterior solo resta decir, que en el caso particular que se desarrolla en este trabajo de investigación, es entonces perfectamente válido afirmar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo Nº 01 de 2005, que reformaron el Régimen de Seguridad Social de los Docentes de Educación Básica Primaria – Secundaria y Media Vocacional violan el principio de inescindibilidad de la Ley; debido a que estamos frente a normas jurídicas distintas que no siendo entonces las mismas en uno y otro caso, y al no ser posible escindir sus contenidos normativos se incurre en una falta de lógica sistémica.

REFERENCIAS

Doctrina

Afanador, F. (1999). El sistema pensional Colombiano: régimen general, regímenes especiales y de transición. Bogota: Legis, 1ª edición.

Cetina, Oswaldo (1986). *Derecho integral de seguridad social.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 625 p.

Caldas, Tito Livio, Triana, Francisco Yesid. (1957). *Régimen Laboral Colombiano*. Bogotá: Legis Editores S.A. Actualizaciones sucesivas sobre la 1ª edición. Pág. 41.

Cortez Riaño, Carlos Alberto. (1997). *Estatuto laboral del educador*. Bogotá: Editorial Legis, 5ª edición.

Cuadernos De Legislación Educativa. (2005). Bogotá: Editorial Promotora Cultural.

Escobar, F. (2004). Nuevas Tendencias del Derecho Laboral Colombiano y la Constitución Nacional. Uniboyacá

Escobar, M. (2004). Ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo N.11 de 2004 Senado, Nº 034 de 2004 Cámara acumulado con el proyecto de Acto Legislativo N. 127 de 2004 Cámara, por medio del cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política, Bogotá.

Manrique, G. (2003). Elementos Básicos de la Nueva Reforma Pensional. Medellín: Asociación de Institutores de Antioquia.

Marsá, F. (1982). Diccionario Planeta de La Lengua Española Usual. Bogotá: Editorial Planeta S.A.

Pérez, E. (1957) Curso de Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos. 6ª Edición.

Perfetti Del C., M. (2000). Diagnóstico del Sistema General de Pensiones y los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993. *Debates de Coyuntura Social*. Bogotá: Fedesarrollo. Nº 12 y14 de noviembre de 2000.

Pla Rodriguez, A. (1998). Los principios del derecho del trabajo. Argentina: Depalma ediciones. p. 84-115.

Redondo, H; Guzmán, F. (1999). *La reforma a la salud y a la seguridad social*. Bogotá: Editorial Dike.

Legislación

Acto Legislativo Nº 01de 2005, "por el cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política."

Ley 100 de 1993. "Régimen General de Seguridad Social en Colombia".

Ley 91 de 1989, "por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

Ley 797 de 2003, "por medio de la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales".

Ley 812 de 2003, "por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006: Hacia un Estado Comunitario".

Decreto 2341 de 2003, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones".

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia Corte Constitucional. Sentencia C957 de 1999. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia Corte Constitucional. Sentencia T540 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicado 13844: 30 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Rafael Méndez Arango.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicado 18854: 07 de marzo de 2003. Magistrado Ponente: Luís Javier Osorio López.

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A". Radicación: 15268: 26 de junio de 1997. Consejero Ponente: Clara Forero de Castro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "B". Radicación: 15693: 23 de octubre de 1997. Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación: 1254: 09 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A". Radicación: 17918: 24 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Nicolás Pajaro Peñaranda.