212

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., Septiembre veintitrés (23) de dos mil diez (2010)

M. P.: JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO
Ref.: No. 2006 - 00799 ----- APELACIÓN SENTENCIA
Demandante: FLORENTINO RUIZ MORALES
Demandado: BOGOTÁ D. C - SECRETARÍA DE HACIENDA

A través de memorial visible de folios 169 a 171 del expediente, interpone el apoderado de la entidad demandada recurso de apelación contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2009, por el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que procede la Sala a decidir el recurso incoado, previo el análisis de la actuación en primera instancia.

LA DEMANDA

El señor Florentino Ruiz Morales, actuando a través de apoderado, instauró demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., en la que solicitó declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 0468 del 9 de marzo de 2005 y 3327 del 30 de noviembre de 2005 proferidas por la Subdirección de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C., mediante las cuales se negó el reajuste pensional establecido por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, reglamentado por el Decreto 2108 del mismo año.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar el pago de todos los reajustes pensionales previstos en el artículo 116 de la Ley 6ª y el Decreto 2108 de 1992, a partir de enero 1º de 1993; revisar los ajustes pensionales pues en virtud de los reajustes demandados que se deben reconocer cambian la base de liquidación de la mesada pensional futura y por ello se recompone a partir del año 1996;

reajustar los valores a reconocer de conformidad con lo prescrito en el artículo 178 del C.C.A y por último dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los términos establecidos en los artículos 176 y 177 ibídem y la sentencia C-188 de marzo 29 de 1999 de la Corte Constitucional.

Los hechos que fundamentan las pretensiones formuladas se pueden resumir así:

El señor Florentino Ruiz Morales laboró en la Secretaría de Tránsito y Transporte como agente, y por haber cumplido el tiempo exigido por la ley la Caja de Previsión Social de Bogotá mediante la Resolución No. 1318 del 8 de abril de 1976 le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1º de agosto de 1979 por retiro definitivo del servicio.

La entidad demandada le reconoció y le pagó al demandante los reajustes pensionales ordinarios ordenados por las Leyes 4ª de 1976, 71 de 1988 y 100 de 1993, razón por la cual para el año 1992 recibía una mesada pensional reajustada por debajo del salario mínimo y que de conformidad con la Ley 4ª de 1976 presentaba diferencias con los aumentos de salario.

La Ley 6ª de 1992 en su artículo 116 dispuso un ajuste oficioso a las pensiones de jubilación, para compensar las diferencias en los aumentos de salarios con las pensiones del sector público nacional, que fueran reconocidas con anterioridad al año 1989; ajuste que es compatible con el establecido por la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993.

Mediante el Decreto Reglamentario No. 2108 de diciembre 29 de 1992 se determinó la forma como se reajustarían las pensiones de jubilación para los años 1993, 1994 y 1995, quedando establecido que para pensionados en el año 1981 y anteriores, el porcentaje sería del 28%, distribuidos en 12% (1993), 12% (1994) y 4% (1995) y para los pensionados desde 1982 hasta 1988 en un 14% distribuidos en un 7% para 1993 y 7% para 1994.

El demandante mediante petición que radicó el día 30 de agosto de 2004 ante la Administración distrital bajo el número 86017, solicitó el reconocimiento y pago de los reajustes consagrados en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto reglamentario No. 2108 de 1992.

La anterior reclamación la contestó la Subdirección de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda Distrital mediante las Resoluciones Nos. 0468 del 9 de marzo de 2005 y 3327 del 30 de noviembre de 2005, mediante las cuales negó la solicitud del reajuste argumentando que fue establecido únicamente para los pensionados del orden nacional.

Señaló que la entidad debió liquidar oficiosamente la pensión de jubilación con los ajustes pensionales del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, de conformidad con lo ordenado por la Ley 71 de 1988.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros; así mismo se opuso a las pretensiones de la demanda.

Consideró que al haberse declarado la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 mediante la Sentencia C-531 de noviembre 20 de 1995, la entidad que representa sólo pudo entrar a realizar los reajustes pensionales otorgados en debida forma, esto es en armonía con la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, señaló que si era posible reconocer los reajustes siempre y cuando se demostrara en el proceso, que los reajustes que se practicaron eran inferiores al aumento del salario decretado anualmente por el Gobierno Nacional con anterioridad a 1989 en sus pensiones.

Propuso las excepciones de: *Inexistencia de la obligación, toda vez que el Decreto 2108 de 1992 en su artículo 1º estableció como requisitos para otorgar el reajuste pensional, que la pensión sea del sector público nacional, haberse pensionado antes del 1º de enero de 1989 y que la mesada pensional presente diferencias con los aumentos de salario. En ese orden de ideas el actor no tendría derecho al reajuste, pues si bien la pensión le fue otorgada antes del 1º de enero de 1989, fue reconocida por una entidad territorial y no del orden nacional como se exigió.

*Inexistencia de las normas en que se fundamenta la demanda, teniendo en cuenta que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue declarado inexecutable en sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, pero por unidad de materia y no por violación al principio de igualdad; en la sentencia no se hizo pronunciamiento alguno sobre la calidad territorial del pensionado, sino que se limitó a señalar que los pensionados del orden nacional tendrían derecho al reajuste, cuando por inoperancia de las cajas o entidades de previsión no lo hubieran podido obtener y en los casos de los procesos judiciales que estaban adelantados.

La norma declarada inexecutable produce efectos sobre situaciones planteadas ante la administración con antelación a la notificación del fallo, es decir, en el

pasado y no frente a peticiones propuestas después de esa actuación, esto es, hacia el futuro.

En el caso del demandante, la solicitud de reconocimiento del reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992 fue planteada a la administración nueve años después de la declaratoria de inexecutable de la norma, y por lo tanto no hay razón por la cual se le deba acceder su petición.

*Prescripción de las mesadas pensionales, ya que los reajustes que solicitó sólo se ordenaron para los años 1992, 1993 y 1994, y el demandante presentó su reclamación en el mes de agosto de 2004.

LA DECISIÓN APELADA

El Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 26 de junio de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda.

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 tuvo vigencia desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue declarado inexecutable, sin embargo quedaron a salvo los actos mediante los cuales ya se habían reconocido los reajustes pensionales y también las solicitudes que se estaban tramitando para los mismos efectos.

El Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 1997 señaló que no podía existir diferencia entre servidores del nivel nacional y territorial para efectuar el reconocimiento del reajuste pensional de la Ley 6ª de 1992.

Es así como el Consejo de Estado inaplicó la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, al considerar que el reajuste debía hacerse extensivo a los demás pensionados de los niveles municipal, departamental y distrital.

De acuerdo con lo anterior, el a quo consideró que para tener derecho al reajuste contemplado en las normas mencionadas, a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995, era obligatorio que el interesado hubiera obtenido la pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989 y que su asignación pensional presentara diferencias económicas con los aumentos de salario que se debían compensar.

Teniendo en cuenta que las mesadas pensionales recibidas por el actor a partir del 1º de julio de 1979, presentaban diferencias con los aumentos salariales, pues sólo a partir de la Ley 71 de 1988 todas las pensiones se reajustaron de oficio en el mismo porcentaje en

que se incrementó el salario mínimo, el juez de primera instancia accedió a reconocer el reajuste para los años.

Así mismo, ordenó declarar la prescripción de las mesadas anteriores al 30 de agosto de 2001, pues la pensión de jubilación fue efectiva a partir del 1 de julio de 1979 y sólo presentó reclamación el 30 de agosto de 2004.

LA APELACIÓN

El apoderado judicial de la entidad demandada, mediante memorial visible de folios 169 a 171 del expediente, interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el a quo, el cual fue sustentado con los siguientes argumentos:

Con relación a los reajustes establecidos en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año, se han realizado diversas interpretaciones sin que a la fecha exista un criterio unificado sobre su aplicación.

No es posible que por vía de interpretación se extienda el beneficio del reajuste a otras modalidades pensionales con las de vejez, invalidez, incapacidad parcial o pensión sanción que tienen regulaciones especiales, pues la norma se refiere a pensiones de jubilación reconocidas antes del 1º de enero de 1989.

La figura de la prescripción trienal en el caso de los reajustes de la Ley 6ª de 1992, corre a partir del 20 de septiembre de 1995 y se configura después de los tres años, esto es, el 20 de septiembre de 1998 fecha límite para reclamar el presunto derecho.

Con relación a la prescripción de las mesadas, hay quienes consideran su aplicación a partir de 1998, tres años después de la declaración de inexecutable de la norma; otros la tienen en cuenta contando los tres años anteriores a la reclamación por parte del interesado, y hay quienes no la aplican en razón a que el reajuste no tiene término de prescripción ya que las mesadas no se encuentran sujetas a petición individual del interesado, sino que corresponde de oficio a la administración.

Debido a que la Ley 6ª y el Decreto 1028 de 1992 fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-531 de 1995, el reajuste pensional allí contemplado sólo se podía ordenar hasta la fecha en que tuvieron vigencia las normas, esto es, el 20 de noviembre de 1995 fecha de la sentencia de inexecutable.

En recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado que las pensiones susceptibles de los reajustes, según las normas, son las del orden nacional sin que puedan ser extensivos a otros niveles territoriales, pues no es dable darle alcances distintos a las disposiciones o hacer producir efectos en ámbitos diferentes.

La Corte Constitucional al hacer la revisión constitucional del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, consideró que era violatorio del principio de unidad de materia legal establecido en el artículo 158 de la Constitución Política.

En el fallo de inexecutable de la norma en mención, no se expresó nada respecto del término nacional y por lo tanto el juez no podía deducir como lo hizo en la parte considerativa de la sentencia, que el reajuste pensional allí estipulado cayó por haber violado el principio de igualdad constitucional, en la medida que se reconoció únicamente a los pensionados de orden nacional desconociendo los derechos de los pensionados territoriales.

Por lo anterior, la sentencia de inconstitucionalidad no tuvo ni podía tener el alcance jurídico que pretendió darle el a quo, al extender un beneficio que en principio se concedió a los pensionados nacionales, a los demás pensionados del orden territorial, sean departamentales, distritales o municipales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión que se le describió al recurso, el apoderado de la parte actora allegó escrito de folios 205 a 208, en el que solicitó confirmar la sentencia recurrida, toda vez que según la jurisprudencia relacionada, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en que fue retirada del ordenamiento jurídico y respecto del Decreto 2108 de 1992 ocurrió lo mismo, esto es, rigió desde su expedición hasta la fecha en la cual se declaró la inexecutable.

No obstante lo anterior, las normas siguieron produciendo sus efectos sobre aquellas personas que adquirieron bajo su vigencia el derecho al reajuste, en aplicación del principio de ultra actividad de la ley. Lo dispuesto también debió ser aplicado a las personas que a la fecha de decretarse la inexecutable, reunían los requisitos exigidos para poder acceder al reajuste, pues la falta de diligencia de la administración no podía ser excusa para eludir el pago.

La nivelación hecha por el Gobierno Nacional mediante el Decreto reglamentario 2108 de 1992, obedeció a la reclamación que hicieron los jubilados cuyos aumentos decretados con anterioridad al 1 de enero de 1989, presentaban diferencias con los aumentos salariales, para ser pagaderos a partir del 1º de enero de 1993 hasta culminar 1995.

El apoderado de la entidad accionada allegó escrito correspondiente a los alegatos de conclusión, visible de folios 209 a 210 del expediente, solicitando revocar la sentencia apelada, alegando que el reajuste pensional sólo podía operar para los pensionados nacionales, pues al declararse la inexecutable de las normas que lo contenían, dejó a salvo los derechos de los beneficiarios de este sector, por ello era oficioso el reajuste para entidades nacionales y nunca para las territoriales.

El Ministerio Público guardó silencio dentro de esta etapa procesal, tal como consta en el informe secretarial visible a folio 211 del expediente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso estudiado se observa que al señor FLORENTINO RUIZ MORALES, se le reconoció la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 01318 del 8 de abril de 1976 (folios 18 a 20) proferida por la Caja de Previsión Social del Distrito, a partir de la fecha en que acreditara su retiro definitivo del servicio.

A través de la Resolución No. 1946 del 31 de octubre de 1986, la Caja de Previsión Social del Distrito reliquidó la pensión de jubilación, por retiro definitivo del servicio con efectividad a partir del 30 de diciembre de 1980.

Posteriormente y a través del escrito radicado el 30 de agosto de 2004, el actor a través de apoderado, solicitó a la Secretaría de Hacienda Distrital el reconocimiento y pago del reajuste especial consagrado en la Ley 6ª de 1992.

La reclamación fue resuelta por la entidad de forma negativa mediante la Resolución No. 0468 del 9 de marzo de 2005 (folios 8 a 11).

Contra la decisión anterior, la parte actora interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 3327 del 30 de noviembre de 2005 (folios 12 a 17), confirmando la resolución inicial.

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca el reajuste de la pensión de jubilación en los términos del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

La Ley 6ª de junio 30 de 1992, por medio de la cual se expiden normas en materia tributaria, en su artículo 116 consagró:

"ARTICULO 116- Ajuste a pensiones del sector público nacional. "Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1 de enero de 1989. Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo".

La anterior ley fue reglamentada por el Decreto 2108 de diciembre 29 de 1992 en cuyo artículo 1º se ordena: *"Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencia con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así..."*, para el período de causación del derecho a la pensión transcurrido entre 1982 a 1988 se reajustará en un 14% distribuido en un 7% para el año de 1993 y el otro 7% para 1994.

La Caja de Previsión Social de Bogotá D.C. le reconoció al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 30 de diciembre de 1980.

El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la providencia C-531 de noviembre 20 de 1995, Magistrado Ponente Doctor ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, por violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución. En cuanto a los efectos de la inexecutableidad dijo la Corte:

"...La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art 58), la declaración de inexecutableidad de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular que la presente declaratoria de inexecutableidad no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En

efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentarían diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 tuvo vigencia desde el momento de su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en la cual fue declarado inexecutable, pero surtió sus efectos para quienes adquirieron el derecho durante su vigencia.

La sentencia de constitucionalidad transcrita, en la parte pertinente señala que los reajustes pensionales establecidos en la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario constituyen un derecho adquirido, así no se haya reconocido por la autoridad administrativa respectiva.

Dicha normatividad regula un reajuste pensional para el sector oficial del orden nacional.

Posteriormente, el Consejo de Estado al resolver sobre la legalidad del Decreto 2108 de 1992, a través de providencia de diciembre 11 de 1997, expediente 15723, Magistrada Ponente Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, decidió declarar nula la expresión “del orden nacional”, al considerarla contraria al principio de igualdad. Así razonó:

“Ahora bien, el asunto a dilucidar en el caso sub lite, es si los pensionados de la Empresa demandada tiene derecho al reajuste ordenado por el Decreto 2108 de 29 de diciembre de 1992.

El Decreto 2108 fue expedido en desarrollo de las facultades conferidas al ejecutivo por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992. El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 fue acusado en acción de inconstitucionalidad en cuanto limitó el ajuste de pensiones al sector público nacional, por ser violatorio de los artículos 13 y 239 a 245 de la Constitución. Sin embargo, la Corte Constitucional en ejercicio del control integral de constitucionalidad de la ley, declaró inexecutable la totalidad del artículo en sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995 por violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución. En cuanto a los efectos de la inexecutable la Corte dijo: (...)

Para juzgar el acto acusado, la Sala entonces se encuentra ante la siguiente situación: el art. 116 de la Ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirada del ordenamiento jurídico, pero

sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia. El decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del art. 116 de la Ley 6ª corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho.

Debe por tanto la Sala examinar la constitucionalidad del decreto mientras estuvo vigente, a efecto de resolver en este caso concreto la legalidad del acto administrativo sometido a su juzgamiento, examen que frente al art. 13 de la Carta omitió la Corte ante el vicio de falta de unidad de materia.

En el proceso de inconstitucionalidad surtido ante la Corte Constitucional, el agente del Ministerio Público solicitó la inexequibilidad del precepto en la parte acusada. Sobre su vista fiscal la sentencia reseña: (...)

Coincide la Sala con el punto de vista del señor agente del Ministerio Público, pues como es sabido, la nivelación que hizo el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2108 de 1992 obedeció a una justa pretensión del sector de los jubilados, cuyos aumentos decretados con anterioridad al 1º de enero de 1989 (antes de los aumentos decretados por virtud de la ley 71 de 1988), presentaban diferencias con los aumentos de salarios; el gobierno niveló dichas pensiones en los porcentajes allí expresados, para ser pagaderos a partir del 1º de enero de 1993 hasta culminar en 1994 para los pensionados de 1981 y anteriores y en 1995 para los pensionados entre 1982 hasta 1988, y precisó que estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

Si como se dejó indicado en el recuento de los antecedentes, la entidad demandada en el acto acusado manifiesta que a los pensionados de la empresa les fue aplicado lo previsto en la Ley 4ª de 1976, sobre aumento de pensiones, lo que indica que tuvieron diferencias con los aumentos salariales, no hay razón para que la preceptiva del decreto 2108 de 1992 no les aplique, pues estarían en las mismas condiciones de los pensionados del orden nacional que se beneficiaron con el reajuste. Hacer tal discriminación con los pensionados de la empresa demandada, que se encuentran bajo los mismos supuestos del artículo 1º del decreto 2108 de 1992, atentaría contra el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que no se estaría tratando en igual forma a las partes que se encuentren en iguales situaciones.

En este orden, la Sala en acatamiento al principio fundamental consagrado en el artículo 4º de la Constitución que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", habrá de declarar la inaplicación en este caso concreto de la expresión "del orden nacional" contenida en el art 1º del decreto 2108 de 1992 por su contrariedad con el art. 13 de la Carta, cuya aplicación es preferente. En consecuencia, el acto acusado es nulo al prescribir que los ajustes de que trata el decreto 2108 de 1992 no son aplicables a los pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Debe sí la Sala, en aras de la claridad, señalar que la aplicación del citado decreto debe hacerse en los precisos términos y condiciones que consagra su texto: es decir a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salario, lo cual deberá determinarse en cada caso concreto (se destaca)".

De la jurisprudencia referida se desprende que aquellos empleados, ya sean del orden nacional, departamental o distrital, que adquirieron el derecho a los reajustes pensionales durante el periodo que estuvo vigente lo dispuesto en la Ley 6 de 1992 y el decreto reglamentario 2108 del mismo año, tienen derecho al reconocimiento siempre y cuando se verifique el cabal cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin.

Las disposiciones atrás citadas, como se observa en la exposición de motivos y en el texto de las mismas, tenían por objeto corregir las injusticias y desequilibrios que se venían presentando con los pensionados que adquirieron dicha calidad con anterioridad al 1º de enero de 1989, pues por efectos de los índices económicos y la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, la pensión que venían devengando no se compadecía con la realidad económica del país.

Precisa el Decreto 2108 de 1992, norma en la cual sustenta la parte actora su pedimento, que el reajuste pensional será viable respecto de las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios.

En el caso sub-judice el demandante fue pensionado con anterioridad al 1º de enero de 1989, tal como se observa en la documental visible de folios 18 a 20.

Las mesadas pensionales recibidas por el demandante presentan diferencias con los aumentos salariales, teniendo en cuenta que sólo a partir de la expedición de la ley 71 de 1988 todas las pensiones se reajustaron de oficio en el mismo porcentaje en que se incrementa el salario mínimo mensual.

En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en concepto de abril 15 de 1999, expediente No 41262-1148/98, actor: Jesús María Fonseca Niño, Magistrado Ponente Doctor FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE. Expuso:

“Lo anterior resulta aún mas razonable, acudiendo a una interpretación histórica de la situación, pues a partir de la expedición de la Ley 71 de 1988 (diciembre 19) todas las pensiones se reajustan de oficio en el mismo porcentaje en que se incrementa el salario mínimo mensual, circunstancia que no se presentaba en vigencia de la Ley 4ª de 1976.

Como se expresó en el fallo proferido el 9 de octubre de 1997, expediente No 11068, si en algún momento se observa que no hubo diferencia entre el reajuste del salario mínimo mensual y el reajuste de la pensión, no habría

objeto sobre el cual efectuar la compensación que previó el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992.

Similares consideraciones hizo la Sala al inaplicar, como se dijo, la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, para el caso de los Pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Mal podrían negarse las pretensiones con el argumento de que en la demanda no se señalaron las diferencias, ello es solo una operación matemática. Para la prosperidad de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho basta con que se demuestre que se transgredió la ley y con ello se vulneró un derecho.

Por consiguiente, si era procedente ordenar el reconocimiento del reajuste pensional consagrado en la Ley 6ª de 1992, el Decreto 2108 de 1992 y demás normas concordantes respecto de los años 1993, 1994 y 1995.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, 5 de octubre de 2006, radicado 2606-04, demandado: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL - FAVIDI, señaló:

"(...) El artículo 116 de la ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia. El decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 116 de la ley 6, corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexecutable del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho.

Conforme a lo anterior no puede negarse el derecho del actor con base en la sentencia proferida por la Corte Constitucional, pues ella, precisamente, al determinar sus efectos ordenó que los reajustes dejados de pagar a los pensionados debían hacerse efectivos si el derecho se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de inexecutable.

Adviértase que se debe acreditar la calidad de pensionado y estar devengando la mesada pensional para el 1 de enero de 1989 porque el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 claramente dispuso como razón de ser del ajuste ordenado el compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación, es decir, se trató de acercar las mesadas pensionales a los salarios que devengaban en esa fecha los servidores públicos que desempeñaban empleos equivalentes a los que habían ejercido los pensionados.

A su vez, el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, que ajustó las pensiones de jubilación, expresamente dispuso, en su artículo 1, que las pensiones a reajustar serían las reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, en el artículo 2

ordenó a las entidades encargadas del pago de las pensiones reajustar la pensión con base en el valor de la misma. El artículo 3 previó que el reconocimiento de los reajustes no se tendrá en cuenta para la liquidación de las mesadas atrasadas y el artículo 4 estableció que no producirá efectos retroactivos.

Como en el presente caso el demandante obtuvo el reconocimiento de su pensión mensual vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 842 de 8 de julio de 1982 (fl.101) la cual se hizo efectiva a partir del 4 de marzo de 1981 por retiro definitivo del servicio (fl. 158), ello es, antes del 1 de enero de 1989, fecha impuesta como límite por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 para conferir el beneficio del reajuste pensional previsto por dicha norma, debe concluir la Sala que cumplió con los supuestos de hecho de la norma, motivo que conduce a reconocerle el reajuste pensional reclamado.

La excepción de prescripción, que declaró probada el a quo, no se configuró ya que el derecho al reajuste contemplado en la Ley 6 de 1992 no prescribe, prescriben son los valores de las diferencias pensionales que surgen una vez aplicados los reajustes y que inciden en el valor de las mesadas futuras. Por lo anterior, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, Favidí, deberá realizar los reajustes contemplados en la Ley 6 de 1992 desde su vigencia y pagar las diferencias que resulten a partir del 29 de junio de 1998 por prescripción trienal pues la reclamación se presentó el 29 de junio de 2001 (fl. 2). (Resalta la Sala)

Atendiendo el pronunciamiento anterior, debe la Sala confirmar la sentencia y su adición proferidas por el a quo, que dispuso reajustar la pensión de sobreviviente de la actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, respecto de los años 1993, 1994 y 1995, desde el momento en que la ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario tuvieron vigencia en virtud de la sentencia C-531 proferida por la Corte Constitucional.

El pago de las diferencias en las mesadas debe hacerse sobre las causadas a partir del 30 de agosto de 2001, por prescripción trienal, toda vez que la primera petición formulada por el demandante fue radicada el día 30 de agosto de 2004 (folios 4 a 6).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1-) Confirmanse la sentencia proferida el 26 de junio de 2009 por el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, por medio del cual se accedió a las súplicas de la demanda.

2-) En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en Sala de la fecha

JOSE RODRIGO ROMERO ROMERO

CESAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO DARÍO FERDOMO CUÉTER

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda

NOTIFICACION FISCAL

Hoy **29 SEP 2010** me doy por notificado personalmente
 en la presidencia fiscal

FISCAL

SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA

CONSTANCIA DE FIJACION DEL EDICTO

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la
 presente providencia se fijó en Edicto en lugar público
 de la Sección, por el término legal, hoy **30 SEP 2010**.

El Secretario,