

EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA - Transformación de establecimiento público a empresa industrial y luego a empresa de servicios públicos / TRANSFORMACION DE ENTIDAD - De establecimiento público a empresa industrial y luego a empresa de servicios público / EMPLEADO PUBLICO - No se pierde esa calidad por la transformación de la entidad. Reajuste pensional / REAJUSTE PENSIONAL - Normas aplicables en transformación de establecimiento a empresa de servicios públicos

La empresa demandada, en sus orígenes fue creada como un establecimiento público; después, mediante Resolución No. 015 del 28 de noviembre de 1994, se convirtió en empresa Industrial y Comercial del Estado; y finalmente por el Acuerdo No. 1 de 1996 del Concejo de Bogotá y el Concejo de Bogotá y a través de la escritura Pública No. 0610 del 3 de junio de 1996, de la Notaría veintiocho del Circulo de Bogotá, se transformó en una empresa de Servicios Públicos constituida como sociedad por acciones. La Ley 142 de 1994, de servicios públicos domiciliarios establece en su artículo 32 que los actos de estas empresas se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario. Como se sabe, el artículo 210 Superior, permite que los particulares cumplan funciones administrativas. Según la Resolución No. 352 de 1978, la demandante al momento de adquirir su estatus de pensionada y al momento de su reconocimiento ostentaba la calidad de empleado público, por cuanto la Empresa era aún un Establecimiento Público de carácter Distrital. Si bien ahora la Empresa de Energía de Bogotá S.A., es una empresa de servicios públicos por acciones regido por el derecho privado y bajo la regulación de la Ley 142 de 1994, considera la Sala que cuando dicha empresa negó el reajuste pensional al actor, profirió un acto eminentemente administrativo, no sólo por la forma en la cual el actor adquirió su pensión, sino porque se puede inferir del artículo 43 de la misma ley, que existe obligación de las comisiones de regulación hacer las provisiones financieras indispensables para atender las obligaciones pensionales, sin que los empleados pierdan las condiciones que la ley les asignó, razón por la cual cualquier acto que tenga que ver con la pensión del actor será un acto administrativo pues, según el caso, reafirmará o modificará el acto administrativo de reconocimiento.

REAJUSTE PENSIONAL EN EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA - Compensación por diferencia entre aumento salarial y pensión. Ultraactividad de la ley inexecutable / ULTRAACTIVIDAD POR INEXIQUIBILIDAD - Reajuste de pensiones / REAJUSTE DE PENSIONES - Aplicación ultraactiva de la Ley 6 de 1992 y Decreto 2108 de 1994 / REAJUSTE DE PENSIONES TERRITORIALES - Normas aplicables

Respecto del reajuste solicitado, se tiene que el 29 de diciembre de 1992 se expidió el Decreto 2108 de 1992 que ordenó un incremento extraordinario en las pensiones de jubilación del sector público, compatible con el decretado por la ley 71 de 1988 y cuya finalidad fue ajustar las diferencias entre el crecimiento de los salarios y el crecimiento de las mesadas pensionales. Este decreto, que rigió desde enero de 1993, fue reglamentario de la Ley 6ª del 30 de junio de 1992 - reguladora de aspectos tributarios- que dispuso en el artículo 116 lo siguiente: (...) En atención a que la precitada disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, por violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, esta Sala reitera lo definido en jurisprudencias anteriores sobre su aplicabilidad: (...) '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 la buena fé (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable 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 inexecutable 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 realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. Es necesario precisar entonces, según los efectos de los citados fallos, que el artículo 116 de la ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron, bajo su vigencia, el derecho a la reliquidación de su pensión. El decreto Reglamentario 2108 de 1992, 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 al incremento pensional.” (Sentencia de junio 3 de 1999. expediente 1351 Magistrado ponente Doctor HUMBERTO CARDENAS GOMEZ).

REAJUSTE DE PENSIONES TERRITORIALES - Aplicación de normas nacionales por desajuste entre incrementos salariales y pensionales / DESAJUSTE DE PENSIONES CAUSADAS - Aplicación ultraactiva del Decreto 2158 de 1992 / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE REAJUSTES PENSIONALES - Aplicación / INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA - Reajuste pensional

En relación con la aplicación del decreto 2108 de 1992, a los empleados del nivel territorial, igualmente esta corporación en reiterada jurisprudencia proferida desde 1995 se ha referido a ello (sentencia del 11 de diciembre de 1997, Exp. 15723, Ponente DOLLY PEDRAZA DE ARENAS), para precisar que el Decreto 2108 de 1992 gobierna a todos los pensionados del Estado sin distinción alguna, por inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del Decreto en mención, y de la expresión “nacional” del artículo 116 de la ley 6 de 1992 en cuanto contienen una discriminación que viola el derecho a la igualdad. El anterior planteamiento lo reitera la Sala. Ello significa que el citado artículo 1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en párrafos anteriores, gobernó la situación tanto de los pensionados del orden nacional como de los pensionados del orden territorial. El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 que dio origen al decreto cuya aplicación se demanda, contiene un juicio general sobre las diferencias causadas en el incremento de las mesadas pensionales de quienes obtuvieron su pensión con anterioridad a 1989 pues parte del supuesto de que dicho desajuste existe. Este es el sentido natural de la expresión del legislador : “...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..”. Por ello considera la Sala que no se requiere prueba específica sobre el desajuste que es supuesto de la norma, atendiendo a que ella tiene implícita una presunción del legislador que invierte la carga de la prueba. En este orden, el Decreto Reglamentario 2108 de 1992 no podía modificar el juicio del legislador al considerar que dicho desajuste se presenta en las mesadas causadas con anterioridad a 1989 y corresponde entonces a la administración, cuando excepcionalmente el desajuste presumido por el legislador no exista, desvirtuar con pruebas suficientes, que el hecho contrario al que el legislador presume se da para cada caso específico. En estas condiciones anotadas anteriormente, la demandante tendría derecho a los reajustes, pues antes de la declaratoria de inexecutable, cumplió con los requisitos previstos en la ley; de una parte, se

presentaron las diferencias entre el reajuste a su pensión y el ordenado para el salario mínimo, y, de otra, adquirió el status de pensionada antes de 1989. Respecto de las diferencias causadas en las mesadas ya canceladas, en principio se tendían que pagar todas, pero como el actor formuló la petición el 23 de diciembre de 2003, el pago de las diferencias sólo debe realizar sobre las mesadas causadas a partir del 23 de diciembre de 2000, tal y como lo advirtió el Tribunal, por culpa de la prescripción legal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03297-01(2293-07)

Actor: ELVIRA MONCALEANO CUEVAS

Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. ANTES EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 19 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por Elvira Moncaleano Cuevas contra la Empresa de Energía de Bogotá S.A., antes Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Elvira Moncaleano Cuevas solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declarara la nulidad del acto administrativo contenido en la Comunicación No. 9613 de 7 de enero de 2004, proferida por la Gerencia Administrativa de la Empresa de Energía de Bogotá, mediante la cual se le negó el reajuste pensional establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenara a la demandada reconocer y pagar el ajuste pensional a partir del 1º de enero de 1996,

teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año; pagarle los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas de acuerdo al IPC certificado por el DANE; incluirlo en nómina de pensionados con el valor reliquidado, nivelado y actualizado, y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Para sustentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Fue empleada de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, hoy Empresa de Energía de Bogotá S.A., donde desempeñó como último cargo el de Revisora de Facturación.

Mediante Resolución No. 352 de 19 de junio de 1978, la demandada le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, al cumplir con los requisitos establecidos para ello, pensión que hasta la fecha se le ha venido cancelando.

Que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, dispone un ajuste oficioso a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al año 1989, teniendo en cuenta que para el año de 1992 la demandante percibía una mesada pensional reajustada por debajo del salario mínimo. Dicho reajuste es compatible con los incrementos decretados por el Gobierno con fundamento en las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

Por ser pensionada del orden Distrital y haber adquirido el estatus antes del 1º de enero de 1989 solicitó a la demandada el reajuste consagrado en la Ley 6 de 1992.

Mediante la Comunicación No. 9613 de 7 de enero de 2004, la entidad dio respuesta a la solicitud, negando el reconocimiento del reajuste solicitado, aduciendo que los reajustes se establecieron para pensionados nacionales y que la norma base para ello fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Citó como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política los artículos 11, 13, 22, 25, 48, 53; los Decretos Leyes 435 de 1971, 446 de 1973 y 1221 de 1975; Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4 de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985, 71 de 1988, 6 de 1992 y 100 de 1993; Decreto 2108 de 1992 y Acuerdo 26 de 1958.

LA SENTENCIA

Mediante sentencia de 19 de abril de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no encontró probadas las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, inexistencia de acto administrativo y caducidad de la acción propuestas por la parte pasiva; declaró probada la excepción de prescripción trienal; anuló la comunicación demandada y concedió el restablecimiento del derecho deprecado, con efectividad para el pago a partir del 23 de diciembre de 2000.

Luego de precisar la calidad que ostentó y actualmente ostenta la Empresa de Energía de Bogotá y de analizar el cargo desempeñado por la actora, concluyó que se trataba de una Empleada Pública al momento de obtener el estatus pensional y por tal razón se declaró competente para conocer del respectivo asunto.

Frente a la excepción de inexistencia de acto administrativo en firme, el Tribunal precisó que la demandante elevó una petición ante la accionada el día 23 de diciembre de 2003, en la cual solicitó el reconocimiento del reajuste pensional de que trata la Ley 6ª de 1992, en su condición de ex empleada pública de la entonces Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, cuya naturaleza jurídica para ese momento era la de un Establecimiento Público de carácter Distrital. Dicha petición fue denegada a través de la Comunicación No. 9613 de 7 de enero de 2004, quedando de esta manera agotada la vía gubernativa y por lo tanto susceptible de ser enjuiciada ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En lo referente a la excepción de caducidad de la acción, el a quo consideró que tal medio de defensa no prosperaba en el presente caso, como quiera que el reconocimiento de prestaciones periódicas indefinidas, como es el caso de la pensión mensual vitalicia de jubilación, sus reliquidaciones y reajustes no están sometidas al término de caducidad de cuatro meses de que trata el

artículo 136 del C.C.A., sin perjuicio de que opere el fenómeno de la prescripción de las mesadas pensionales.

Por otra parte, manifestó que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, tuvo efectos desde el momento de su expedición y hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue declarado inexecutable, surtiendo efectos de esta manera para quienes habían adquirido el status durante su vigencia.

Aclaró que quienes adquirieron el derecho al reajuste pensional durante la vigencia del artículo 116 *Ibidem*, tienen derecho a ello, siempre y cuando los solicitantes cumplan con los requisitos. En el caso concreto, como la demandante fue pensionada con anterioridad al 1º de enero de 1989 y el valor que devengaba por concepto de la pensión no correspondía a la realidad económica del país en relación con los aumentos salariales establecidos, accedió a reconocer el derecho del reajuste pensional, a partir del 23 de diciembre de 2000 por prescripción trienal del derecho.

LA APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, mediante el escrito visible de folios 174 a 182, solicitando que se declararan probadas las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, inexistencia de acto administrativo, caducidad de la acción y prescripción de los derechos.

TRAMITE PROCESAL

Mediante auto del 30 de noviembre de 2007 fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 229); por auto de 31 de enero de 2008 se dio traslado a las partes para que presentaran alegaciones por escrito, término procesal del cual hicieron uso las partes. El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Se demanda en el caso objeto de examen el acto por el cual le fue negada la solicitud de reajuste pensional a la demandante que solicitó con

fundamento en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, en su carácter de pensionada de la Empresa de Energía de Bogotá. S.A., antes Establecimiento Público Distrital, denominada Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Atendiendo el escrito de apelación, se debe, en primer lugar, resolver las excepciones de caducidad de la acción, falta de jurisdicción y competencia e inexistencia de acto administrativo, para después, si es del caso, centrar la atención de la Sala en la aplicación en el nivel territorial de la Ley 6ª de 1992 – artículo 116 y del Decreto 2108 de 1992, terminando el estudio, con la prescripción del derecho reclamado, en el evento de que la cuestión litigiosa se incline a favor de quien reclama el reajuste pensional.

Caducidad de la acción.

Según el recurrente el término de caducidad de la acción comenzó a correr desde que el artículo 116 de la Ley 6ª fue declarado inconstitucional mediante sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, o desde el 11 de junio de 1998, cuando el Consejo de Estado declaró nulo el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, por la inexequibilidad del artículo reglamentado.

Si bien la declaratoria de inexequibilidad de una norma implica una orden para que ni las autoridades estatales ni los particulares la apliquen, no se puede desconocer que durante su vigencia pudo haber producido efectos sobre situaciones particulares y concretas; es por ello que, en ocasiones excepcionales, la Corte Constitucional ha proferido decisiones retroactivas o diferidas hacia futuro. Lo anterior no significa que los efectos producidos por la inexequibilidad de una disposición legal que regula situaciones generales, impersonales y abstractas, sean iguales a los efectos de los actos de carácter particular y concreto, pues suele ocurrir que los efectos concretos se prolonguen más allá del fallo de inexequibilidad.

Ahora bien, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa le corresponde pronunciarse acerca de la presunción de legalidad sobre todos los efectos de los actos de carácter particular y concreto, siempre y cuando el término de orden público, prefijado por el artículo 136 del C.C.A, para intentar la acción judicial no hubiere caducado. Como entre la fecha del acto acusado (7 de enero

de 2004) y la fecha de presentación de la demanda (6 de mayo de 2004), no transcurrió 4 meses, no hay duda que la acción se interpuso en tiempo.

Falta de Jurisdicción y competencia

Señala el recurrente que de conformidad con el Código Procesal del Trabajo el presente asunto debía ser de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria y no de la Contencioso Administrativa.

Para la Sala, el presente asunto no es de competencia de la Jurisdicción ordinaria, pues en reiteradas oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación ha determinado¹ que la modificación del artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral sólo es aplicable para las pensiones reconocidas después de la Ley 100 de 1993 relacionadas con el sistema de seguridad social integral.

Sobre el acto demandado

La empresa demandada, en sus orígenes fue creada como un establecimiento público; después, mediante Resolución No. 015 del 28 de noviembre de 1994, se convirtió en empresa Industrial y Comercial del Estado; y finalmente por el Acuerdo No. 1 de 1996 del Concejo de Bogotá y el Concejo de Bogotá y a través de la escritura Pública No. 0610 del 3 de junio de 1996, de la Notaría veintiocho del Circulo de Bogotá, se transformó en una empresa de Servicios Públicos constituida como sociedad por acciones.

La Ley 142 de 1994, de servicios públicos domiciliarios establece en su artículo 32 que los actos de estas empresas se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, **salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario**. Como se sabe, el artículo 210 Superior, permite que los particulares cumplan funciones administrativas.

Según la Resolución No. 352 de 1978, que obra a folios 7 a 9, la demandante al momento de adquirir su estatus de pensionada y al momento de su

¹ Auto de 20 de mayo de 2004 M.P. Tarsicio Cáceres Toro

reconocimiento ostentaba la calidad de empleado público, por cuanto la Empresa era aún un Establecimiento Público de carácter Distrital. Si bien ahora la Empresa de Energía de Bogotá S.A., es una empresa de servicios públicos por acciones regido por el derecho privado y bajo la regulación de la Ley 142 de 1994, considera la Sala que cuando dicha empresa negó el reajuste pensional al actor, profirió un acto eminentemente administrativo, no sólo por la forma en la cual el actor adquirió su pensión, sino porque se puede inferir del artículo 43 de la misma ley, que existe obligación de las comisiones de regulación hacer las provisiones financieras indispensables para atender las obligaciones pensionales, sin que los empleados pierdan las condiciones que la ley les asignó, razón por la cual cualquier acto que tenga que ver con la pensión del actor será un acto administrativo pues, según el caso, reafirmará o modificará el acto administrativo de reconocimiento.

Sobre el derecho reclamado

Respecto del reajuste solicitado, se tiene que el 29 de diciembre de 1992 se expidió el Decreto 2108 de 1992 que ordenó un incremento extraordinario en las pensiones de jubilación del sector público, compatible con el decretado por la ley 71 de 1988 y cuya finalidad fue ajustar las diferencias entre el crecimiento de los salarios y el crecimiento de las mesadas pensionales. Señaló la norma en su artículo 1º, lo siguiente:

“ARTICULO 1º. Las pensiones de jubilación del sector público el orden nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

AÑO DE CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSION	% APLICABLE APARTIR DEL 1º DE ENERO DEL AÑO		
--	--	--	--

	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7.0	7.0.”	

Este decreto, que rigió desde enero de 1993, fue reglamentario de la Ley 6ª del 30 de junio de 1992 - reguladora de aspectos tributarios- que dispuso en el artículo 116 lo siguiente:

“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 1º 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.”

En atención a que la precitada disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, por violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, esta Sala reitera lo definido en jurisprudencias anteriores sobre su aplicabilidad:

“Vigencia de los artículos 116 de la ley 6ª de 1992 y 1º. del decreto 2108 del mismo año.

El artículo 116 de la citada Ley 6 de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia No. C-531 del 20 de noviembre de 1995, por violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política.

Sin embargo, al señalar los efectos de la sentencia 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 la buena fé (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria 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 inexecutable 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 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 (C.P. 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 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 presentaran 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...’ (Resalta la Sala)

Posteriormente, esta Corporación mediante sentencia del 11 de junio de 1998, expediente No. 11636, con ponencia del Consejero Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, declaró nulo el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992.

Ahora bien, como la sentencia de la Corte Constitucional sobre el citado artículo 116, fijó los efectos del fallo de inexecutable hacia el futuro, pero respetando las situaciones jurídicas consolidadas, al señalar que no se puede dejar de aplicar a los pensionados o a las personas que adquirieron dicho status de pensionado antes de 1989, la nivelación oficiosa de sus pensiones y como el Decreto 2108 de 1992 es reglamentario del artículo 116 examinado por la Corte, forzoso es concluir que la sentencia de nulidad proferida por esta Corporación sobre el artículo 1º del citado Decreto 2108, tenga el mismo alcance del señalado por la Corte Constitucional.

Es necesario precisar entonces, según los efectos de los citados fallos, que el artículo 116 de la ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron, bajo su vigencia, el derecho a la reliquidación de su pensión. El decreto Reglamentario 2108 de 1992, 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 al incremento pensional.” (Sentencia de junio 3 de 1999. expediente 1351 Magistrado ponente Doctor HUMBERTO CARDENAS GOMEZ)

En relación con la aplicación del decreto bajo análisis, a los empleados del nivel territorial, igualmente esta corporación en reiterada jurisprudencia proferida desde 1995 se ha referido a ello (sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, consejera ponente DOLLY PEDRAZA DE ARENAS), para precisar que el Decreto 2108 de 1992 gobierna a todos los pensionados del Estado sin distingo alguno, por inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del Decreto en mención, y de la expresión “nacional” del artículo 116 de la ley 6 de 1992 en cuanto contienen una discriminación que viola el derecho a la igualdad.

El anterior planteamiento lo reitera la Sala. Ello significa que el citado artículo 1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en párrafos antecedentes, gobernó la situación tanto de los pensionados del orden nacional como de los pensionados del orden territorial.

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 que dio origen al decreto cuya aplicación se demanda, contiene un juicio general sobre las diferencias causadas en el incremento de las mesadas pensionales de quienes obtuvieron su pensión con anterioridad a 1989 pues parte del supuesto de que dicho desajuste existe. Este es el sentido natural de la expresión del legislador : “..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..”. Por ello considera la Sala que no se requiere prueba específica sobre el desajuste que es supuesto de la norma, atendiendo a que ella tiene implícita una presunción del legislador que invierte la carga de la prueba.

En este orden, el Decreto Reglamentario 2108 de 1992 no podía modificar el juicio del legislador al considerar que dicho desajuste se presenta en las mesadas causadas con anterioridad a 1989 y corresponde entonces a la administración, cuando excepcionalmente el desajuste presumido por el legislador no exista, desvirtuar con pruebas suficientes, que el hecho contrario al que el legislador presume se da para cada caso específico.

En estas condiciones anotadas anteriormente, la demandante tendría derecho a los reajustes, pues antes de la declaratoria de inexecutable, cumplió con los requisitos previstos en la ley; de una parte, se presentaron las diferencias entre el reajuste a su pensión y el ordenado para el salario mínimo, y, de otra, adquirió el status de pensionada antes de 1989.

Respecto de las diferencias causadas en las mesadas ya canceladas, en principio se tendían que pagar todas, pero como el actor formuló la petición el 23 de diciembre de 2003, el pago de las diferencias sólo de debe realizar sobre las mesadas causadas a partir del 23 de diciembre de 2000, tal y como lo advirtió el Tribunal, por culpa de la prescripción legal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del 19 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por Elvira Galeano Cuevas contra la Empresa de Energía de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. **Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN