



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Ref.: 25000-23-24-000-2001-00134-01

Número Interno. 19316

Actor. BANCO POPULAR S.A.

**Demandado. SUPERINTENDENCIA BANCARIA (HOY
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 21 de noviembre de 2011, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos mediante los cuales se impartió aprobación al cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación del Banco Popular a 31 de diciembre de 1999.

Dicho fallo dispuso en su parte pertinente¹:

“PRIMERO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- ABSTIÉNESE de condenar en costas.

¹ Folio 120 c.a.



ANTECEDENTES

EL BANCO POPULAR fue una entidad bancaria de carácter estatal hasta el 21 de noviembre de 1996, fecha en la que las acciones que poseía la Nación – Ministerio de Hacienda fueron vendidas o adjudicadas por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras a la sociedad Popular Investment S.A. convirtiéndose así en una entidad financiera privatizada. La operación descrita se efectuó en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política, la Ley 226 de 1995 y el Decreto 1079 de 1996.

El 25 de noviembre de 1999, la sociedad actora remitió a la Superintendencia Bancaria el cálculo actuarial del banco con corte a 31 de diciembre de 1999, por \$78.566.391.404, que fue elaborado de acuerdo con la nueva naturaleza jurídica del banco, esto es, la de una entidad privatizada.

Mediante oficio No. 1999073302-1 del 25 de febrero de 2000 (primer acto acusado), la Superintendencia Bancaria se abstuvo de impartir su aprobación al cálculo actuarial presentado por el banco, por cuanto entre las novedades informadas figura la exclusión de grupos de retirados y activos cuya justificación es de carácter laboral y se encuentra en litigio.

En contra de la anterior decisión, el banco interpuso el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, mediante escrito del 3 de marzo de 2000.



El 9 de marzo de 2000, el BANCO POPULAR radicó un nuevo cálculo actuarial (oficio No. 9990733026), que incluyó el personal que la Superintendencia estimó debía ser incluido, pero se deja constancia de dicha inconformidad.

Mediante oficio del 17 de marzo de 2000, radicado con el No. 1999073302-7 (segundo acto acusado) la Superintendencia Bancaria aprobó el anterior cálculo actuarial, por \$102.639.722.539.

Por medio de carta del 27 de marzo de 2000, el Banco Popular interpuso el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, en contra del anterior acto administrativo.

El 24 de abril de 2000, la demandada profirió la Resolución No. 652 (tercer acto acusado) por el cual se resuelven desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos en contra de los oficios No.199903302 del 25 de febrero y 1999073302-7 del 17 de marzo de 2000, y decidió mantener la decisión adoptada mediante los actos administrativos recurridos, en el sentido de aprobar un cálculo actuarial de pensiones de jubilación a 31 de diciembre de 1999 por \$102.639.722.539 y concedió el recurso de apelación.

El 16 de mayo de 2000, la demandada profirió la Resolución 757 (cuarto acto acusado), el Delegado Técnico de la Superintendencia Bancaria resolvió los recursos de apelación y decidió confirmar los actos recurridos (oficios No. 199907302-1 del 25 de febrero de 2000 y 1999073302-7 del 17 de marzo de 2000).

LA DEMANDA

El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones²:

“1) Que se declare la nulidad de los oficios Nos. 199903302-1 del 25 de febrero de 2000, 1999073302-7 del 17 de marzo de 2000 y las Resoluciones No. 652 del 24 de abril de 2000 y 757 del 16 de mayo de 2000, actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria.

2) Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada que imparta su aprobación al cálculo actuarial de pensiones a diciembre 31 de 1999, presentado el 25 de noviembre de 1999 por el BANCO PUPULAR, mediante carta radicada bajo el No. 1999073302-0.

3) Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A”.

Citó como violadas las siguientes disposiciones legales:

- Artículos 6, 13, 121 a 123 de la Constitución Política.
- Artículo 654 del Estatuto Tributario.
- Artículos 48, 50, 2, 53, 89 y 445 del Código de Comercio.
- Artículo 326 del Estatuto Financiero.
- Artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

² Folio 202 c.p.



- Artículo 1º de la Ley 33 de 1985.
- Artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993.
- Artículo 27 del Decreto 3135 de 1968
- Artículos 4, 11, 12, 15, 16, 46, 47, 52 y 57 del Decreto 2649 de 1993.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. VIOLACIÓN DE LAS SIGUIENTES NORMAS DE CARÁCTER CONTABLE:

- (i) Artículo 48, 50, 52 Y 53 del Código de Comercio y el artículo 654 del Estatuto Tributario;**
- (ii) Artículos 4º, 11, 12, 15, 16, 46 y 47 del Decreto 2649 de 1993;**
- (iii) Artículos 298, 289 y 445 del Código de Comercio.**

Alegó el demandante que la exigencia de la Superintendencia de incluir en los cálculos actuariales a las personas excluidas inicialmente, determinó que se registrara en los estados financieros una información que no corresponde a la realidad contable del banco. Por tal razón, esa información se tornó en incompleta, inoportuna, no fidedigna, con falta de claridad, utilidad, confiabilidad y pertinencia, en contravía de las exigencias contenidas en las normas mencionadas.

(iv) Artículo 52 del Decreto 2649 de 1993

Invocó la actora la violación de la norma en mención, que trata de la contabilización de provisiones y contingencias, para lo cual menciona las definiciones traídas, por una norma derogada, el Decreto 2160 de 1986, artículos 23 y 67, de los conceptos de evento probable, incierto y remoto, para concluir que el cambio de naturaleza de la entidad, hizo disminuir la contingencia relacionada con el pago de pensiones futuras y, por tanto, no era necesario su registro.



Allegó varios cuadros comparativos de los cálculos actuariales presentados anualmente desde 31 de diciembre de 1996, año en que se privatizó el banco, hasta el 31 de diciembre de 2001, año en que se suscitó la presente controversia.

En los cuadros, resaltó la exclusión del cálculo de la reserva actuarial, renglón 6. “Activos con ISS”, de las personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994) se encontraron cobijadas por el régimen de transición contenido en dicha ley y que a la fecha de privatización del banco (21 de noviembre de 1996) no habían cumplido con alguno de los dos requisitos de edad o tiempo de servicios y, renglón 7. “Retirados”, aquellos ex funcionarios que a la fecha de privatización del banco no habían adquirido el derecho de pensión y, por ende, tenían, en criterio del banco, una mera expectativa.

(iv) Artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, modificado por el artículo 1º del Decreto 2852 de 1991

Sostuvo que la actuación administrativa vulnera la norma en mención, referente al tratamiento contable sobre pasivos, en particular, el cálculo de las pensiones de jubilación, dado que sólo obliga a registrar las sumas que el banco deberá pagar a las personas que hayan adquirido o vayan a adquirir el derecho a pensión de jubilación, y ninguna de las excluidas por la entidad demandante lo eran.

2. INCOMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA. VIOLACIÓN DE LAS SIGUIENTES NORMAS:

(i) Artículo 326 del Estatuto Financiero, sustituido por el artículo 2º del Decreto 2359 de 1993.



Contempló la mencionada norma, las funciones de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), dentro de las cuales no está la de interpretar las normas laborales ni decidir sobre su aplicabilidad, por lo cual, los actos demandados, en la medida en que implican tal función, son violatorios de esta norma, por aplicación indebida.

(ii) Artículos 6 y 121 a 123 de la Constitución Política

Por cuanto la entidad de vigilancia incurrió en extralimitación de funciones, violando las normas constitucionales citadas, según las cuales ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le señalan la Constitución y las leyes.

3. FALSA MOTIVACIÓN POR VIOLACIÓN DE LA SIGUIENTE NORMATIVA:

i) La relacionada con el anterior régimen del sector privado contenido en la Ley 90 de 1946, artículos 72 y 76; el Decreto 3041 de 1966, artículo 1º ordinal a); el Decreto Ley 433 de 1971, artículo 2º ordinal a); Decreto 1650 de 1977, artículo 6º;

(ii) La Ley 100 de 1993, artículos 11 y 36; y

(iii) La referente al anterior régimen del sector público contenido en la Ley 33 de 1985, artículo 1º y el Decreto 3135 de 1968, artículo 27.

Manifestó que la demandada violó, por falta de aplicación, las normas mencionadas en el ítem (i) anterior, la cuales regulaban las pensiones del sector privado, aplicables, en su criterio, a los ex empleados del banco, beneficiarios del régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la nueva naturaleza jurídica de la entidad financiera.



Indicó también, que los actos acusados son violatorios, por interpretación errónea, de los artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto las personas excluidas del cálculo actuarial tenían simples expectativas y no derechos adquiridos a la pensión de jubilación, por lo que, de conformidad con la norma de transición mencionada, el ISS asumió los riesgos de pensiones de vejez y, por ello, empezaron a cotizar a dicha entidad administradora de pensiones.

Señaló, también, que la Superintendencia vulneró, por aplicación indebida, las normas legales que contemplaban el régimen del sector público relacionadas en el ítem (iii) anterior, debido a que el banco no estaba obligado a reconocer y pagar las pensiones a las personas retiradas de la base del cálculo actuarial por cuanto, a la fecha de privatización de la entidad, no habían cumplido con los dos requisitos, para adquirir el derecho a la pensión, esto es, edad y tiempo de servicio.

Sostuvo que las personas que tenían el tiempo de servicio pero no la edad, no podían ser incluidas en el cálculo actuarial por cuanto el cumplimiento de uno solo de los dos requisitos es insuficiente para configurar el derecho y sólo genera una mera expectativa no protegida por el legislador. Rechaza igualmente, el planteamiento de la entidad demandada de que el banco tendría que expedir bonos pensionales a favor de las mencionadas personas, dado que, en su parecer, ninguna norma legal consagra la posibilidad de que dichos bonos se expidan para cubrir la diferencia de edad o tiempo de servicio que se da entre un régimen pensional y otro. Por esta razón, arguye la violación, en los actos demandados, de los Decretos 813 y 1314 de 1994, 1748 de 1995 y 1474 de 1997 en materia de bonos pensionales.

Expresó que, si en gracia de discusión se aceptara que el mencionado grupo de personas quedó incluido en lo previsto en el numeral 5º, artículo 1º del Decreto 1160 de 1994, por el cual se adicionó el artículo 4º del Decreto 813 de 1994, no puede esta norma ser aplicada pues el Consejo de Estado la suspendió y posteriormente anuló y, si el Gobierno las reprodujo en lo esencial en el artículo 4º del Decreto 2527 de 2000³, incurrió en una conducta prohibida expresamente por el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, el Decreto 2527 de 2000 fue expedido y publicado cuatro años después de la privatización del Banco Popular, por lo que no puede tener efectos retroactivos.

En cuanto a la hipótesis del cumplimiento del requisito de edad, pero no del tiempo de servicio, afirmó que, de completarse el tiempo de servicio en otra entidad pública,

³ **ARTICULO 4º-Conservación de beneficios del régimen de transición.** De conformidad con el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tenían las edades o el tiempo de servicio o de cotización previsto en dicha disposición, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Para efectos de determinar el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios, en los regímenes de transición previstos en el segundo inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo se sumarán los tiempos de servicios o el número de semanas cotizadas en distintas entidades cuando así lo haya previsto el régimen de transición que se aplique.

Por consiguiente cuando el régimen al cual se encontraba afiliada la persona que se beneficie del régimen de transición, exija como requisito, para tener derecho a él, un tiempo de servicio o un número de cotizaciones mínimas en una misma entidad o sector, para invocar tal régimen especial debe haber cumplido o cumplir con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 con este requisito, sin perjuicio de que en todo caso conserve el derecho a acogerse a otro régimen general de transición cuando ello proceda, en los términos del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 2º de este decreto.

Así mismo, cuando el trabajador de acuerdo con el segundo inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le aplique como régimen de transición el previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, se retire de la entidad empleadora sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión, podrá obtener el reconocimiento de la pensión cuando se revincule al mismo empleador y cumpla los requisitos previstos por el Código Sustantivo del Trabajo. Para el reconocimiento y pago de la pensión se aplicará el régimen de pensión compartida, a través del régimen de prima media para lo cual el empleador deberá cotizar y trasladar el título pensional.

La privatización de una entidad estatal no implica la pérdida de los beneficios del régimen de transición para sus trabajadores, ni la alteración del régimen aplicable para el efecto.”



la pensión debería ser pagada por el Seguro Social y no por el banco, dado que sus trabajadores están afiliados a aquella entidad. Tampoco asumiría una cuota parte por el tiempo trabajado en la entidad financiera puesto que los funcionarios no habían adquirido el derecho a la pensión, en los términos expresados anteriormente.

Manifestó que, de igual manera, debería el Seguro Social reconocer y pagar las pensiones de las personas que no tenían ni el tiempo ni la edad requeridos, en cuyo caso, tampoco correspondería al banco expedir bonos pensionales para cubrir la diferencia entre los diferentes regímenes puesto que el régimen aplicable sería solo uno, el del sector privado.

Expresó su desacuerdo con la aplicación de los Decretos 1748 de 1995, artículo 45⁴ y 813 de 1994, artículo 5⁵, normativa que se refiere a la transición de las pensiones de jubilación, con fundamento en idénticas razones relacionadas con que es el ISS el que debe asumir las pensiones, en cuanto subrogó a los empleadores anteriores en el cubrimiento de los respectivos riesgos.

Manifestó su desacuerdo con la aplicación de cierto concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado invocado por la Superintendencia,

⁴ “Artículo 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS.

Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.”

⁵ Artículo 5. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN A CARGO DE LOS EMPLEADORES DEL SECTOR PRIVADO. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a. Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador....”



por considerar que sólo se aplicaba al SENA, entidad que presentaba una situación diferente a la del Banco Popular.

Finalizó este cargo, con su disenso respecto de la obligación de incluir el grupo de personas de que se trata, con base en las normas contables que establecen el deber de provisionar por riesgos derivados de procesos judiciales, puesto que este es un concepto diferente al del cálculo actuarial.

4. VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Vulneración que se presenta, en su opinión, por cuanto el Banco Popular es el único banco privado que, de acuerdo con las exigencias del ente de control, debe hacer cálculo actuarial de pensiones. Ninguno de los demás bancos y entidades vigiladas deben hacerlo pues es el ISS el que deberá reconocer y pagar las respectivas pensiones.

TRÁMITE PROCESAL

La Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) presentó, en el escrito de contestación de la demanda, una petición previa, con ocasión de la cual manifestó que no se hallaban vinculados todos los terceros que pueden tener interés en el resultado del proceso, por lo cual solicitó se citara, en tal calidad, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, al Instituto de Seguros Sociales y al Sindicato de Trabajadores del Banco Popular.



El Tribunal, mediante auto del 14 de agosto de 2003, accedió a la solicitud y ordenó vincular y notificar a las mencionadas entidades en calidad de terceros con interés directo en el resultado del proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia financiera)

La Superintendencia se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó su denegación, con base en los siguientes planteamientos:

Invocó, a título de excepciones, todas aquellas derivadas de hechos que resulten probados en el proceso.

Como argumentos de fondo propuso:

a. Presunción de legalidad y carga de la prueba.

Adujo que los oficios y resoluciones demandados gozan de presunción de legalidad, y la carga de la prueba, para efectos de desvirtuar dicha presunción, corresponde al demandante.

b. Condiciones de la venta del Banco Popular.

Sostuvo que el Banco pretende desconocer obligaciones pensionales que fueron incluidas en el cuaderno de venta de las acciones de la entidad financiera, preparado por FOGAFIN, y eran, por tanto, conocidas y aceptadas por los compradores al momento de su privatización, el 21 de noviembre de 1996.

c. Respuesta al primer cargo: violación de normas referentes a los regímenes de pensiones privado y público.

Indicó que la entidad demandante está obligada a reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores que se hallan en el denominado régimen de transición, en los términos del Decreto 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985. El cambio de naturaleza jurídica de la entidad no tiene efectos sobre los trabajadores. Agregó que no hay indebida aplicación del artículo 4º del Decreto 2527 de 2000, por cuanto antes de su expedición existían normas que regulaban en forma sustancialmente idéntica el régimen de transición, como el artículo 2º del Decreto 1160 de 1994⁶ que modificó el artículo 5º del Decreto 813 de 1994.

⁶ **ARTÍCULO 2o.** El artículo 5o del Decreto 813 de 1994, quedará así:

"Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale

d. Respuesta al segundo cargo: violación de normas contables.

Señaló, en primer lugar, que las obligaciones pensionales en discusión fueron incluidas en la venta de las acciones de la entidad financiera, lo que significa que fueron conocidas y aceptadas por los compradores. Posteriormente, hace un análisis de la procedencia del pago de las pensiones por parte del banco, a la luz del concepto del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Comentó que, contrario a lo afirmado por la entidad financiera, el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia refleja los criterios contables de prudencia y seguridad, garantizando una contabilidad clara, completa y fidedigna, pues refleja "...la totalidad de las pensiones actuales y eventuales..."⁷ según lo ordena la Circular Externa No. 063 del 14 de diciembre de 1990. Agrega que las actuaciones del ente de control tienden precisamente a garantizar una cobertura prudente y suficiente de los pasivos a cargo del banco.

la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo;

b) Cuando a 1o de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador.

c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1o de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones".

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo. sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador. "

⁷ Folio 180 cuaderno principal



Indicó que la expectativa de los trabajadores en régimen de transición a acceder a una pensión se encuentra protegida por la ley, hecho que genera precisamente la exigencia de que se incluya la contabilización de los respectivos montos en el cálculo actuarial, lo cual es corroborado por el cuadro aportado por la demandante en el cual incluye el grupo de trabajadores sobre los cuales existe una eventualidad de reclamación laboral, como los pertenecientes a los grupos Nos. 5. “Despedidos”, 7. “Activos sin I.S.S.” y 8. “Retirados”.

Añadió que es precisamente, el carácter de “contingencia”, que poseen los pasivos pensionales el que determina que se los incluya en el mencionado cálculo.

e. Respuesta al tercer cargo: incompetencia de la Superintendencia.

Aceptó que la Superintendencia no tiene la facultad de resolver controversias laborales, no obstante, si tiene competencia para aprobar los cálculos actuariales de pensiones de las entidades vigiladas como lo señala el artículo 333 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “Funciones de la Subdirección de Actuaría. La Subdirección de Actuaría cumplirá las siguientes funciones: (...) e) Aprobar los estudios actuariales para PENSIONES DE JUBILACIÓN que le sean presentadas por las instituciones vigiladas”⁸. Manifiesta que la entidad pública no solo tiene la competencia, sino que es su obligación velar porque los cálculos correspondan al valor presente de todas las mesadas futuras a cargo del ente económico.

f. Respuesta al cuarto cargo: violación del derecho a la igualdad.

Expresó que no se violenta el principio de igualdad pues, toda entidad bancaria y financiera, independientemente de su naturaleza, debe asumir sus pasivos

⁸ Folio 189 cuaderno principal



pensionales; por el contrario, permitirle al banco demandante que se sustraiga de tales obligaciones implicaría darle un privilegio injustificado y sin causa legal.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio impugnó la demanda, se opuso a sus pretensiones y solicitó que sean negadas, con base en los siguientes argumentos:

Los cálculos actuariales a que están obligadas las entidades financieras, deben contemplar la totalidad de las pensiones actuales y eventuales a cargo de la respectiva entidad, hecho que se halla en total concordancia con el principio de prudencia en materia contable.

El régimen pensional aplicable a los trabajadores del Banco Popular sigue siendo el que los cobijaba antes de la privatización del banco pues, el cambio de naturaleza del banco no determina el cambio de régimen pensional de sus empleados. El hecho de que la demandante hubiera cotizado al ISS no altera dicha conclusión, pues en tal caso se produce el fenómeno de la pensión compartida, lo cual implica que la entidad oficial debe reconocer y pagar la pensión conforme a las normas del régimen del trabajador oficial y el Instituto pagará la pensión, de acuerdo con las disposiciones que lo regulan, cuando se cumplan los requisitos aplicables.

Los trabajadores del banco, a quienes se aplicaba el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reconozca el régimen al que se encontraban afiliados antes de entrar a regir dicha ley.



Añadió que los compradores del banco conocieron y aceptaron la existencia y monto del pasivo reflejado en el cálculo actuarial controvertido, el cual incluía las pensiones que debía pagar la entidad, obligación que es corroborada por el acuerdo celebrado con Fogafín para cubrir los pasivos ocultos, el cual implicaba la aceptación de pago de todos los conocidos.

Agregó que la correcta interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995 que declaró exequible tal norma, precisa que dicha disposición no ampara solo derechos adquiridos sino que va más allá, pues protege también, ciertas expectativas.

Reiteró la aplicación del Decreto 2527 de 2000⁹ pues este no reproduce, como equivocadamente lo sostiene la demandante, normas anuladas, sino que adopta normas consistentes con la decisión del Consejo de Estado que anuló varios numerales del artículo 1º del Decreto 1160 de 1994.

Indicó que no hay violación de las normas contables, pues las obligaciones pensionales no desaparecieron con la privatización del banco, y debían, en consecuencia, registrarse en la contabilidad.

Rechazó el cargo de incompetencia de la Superintendencia pues de acuerdo con el numeral 8º del artículo 333 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Externa 063 de 1990 de la Superintendencia, esta debe aprobar los cálculos actuariales.

⁹ Ver nota 4, página 10 supra



Tampoco hay violación del principio de igualdad dado que esta se predica de los iguales, pero exige un tratamiento desigual entre los desiguales, cual es el caso presente, pues las obligaciones de la entidad demandante, distintas de los demás bancos privados, obedecen a que su situación en el pasado no fue igual, dada su anterior condición de banco oficial.

3. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

Manifestó el Fondo, que solicita la desvinculación del proceso, debido a que carece de interés en su resultado puesto que su papel en la venta de las acciones fue simplemente de preparación, orientación, administración y asunción del programa de venta, celebración del compromiso de reembolso de dineros que resulten a cargo del banco por hechos ocurridos con anterioridad a la venta, actuación en calidad de simple mandatario de la Nación y celebración del contrato de garantía respecto de los pasivos ocultos, entre ellos las pensiones de jubilación que tengan tal condición.

No obstante la anterior solicitud, expresó que los actos administrativos acusados no deben declararse nulos puesto que el cambio de calidad de entidad oficial a banco privado no afecta los derechos de los trabajadores. En particular, en el caso de los trabajadores retirados del cálculo, considera que respecto de ellos se presenta el fenómeno de la pensión compartida. Concluye que con la suscripción por parte del banco del contrato de contingencias, dentro del cual sólo se incluyen los pasivos ocultos, asumió todos los restantes.

4. Unión Nacional de Empleados Bancarios - UNEB

La asociación impugnó la demanda, se opuso a sus pretensiones y solicitó sean denegadas, con fundamento en los siguientes argumentos:



Propuso la excepción de pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto relacionado con el año de 1997. Igualmente sostiene que se ha presentado cosa juzgada en razón de la sentencia de 11 de mayo de 2001 de esta Corporación, en la cual se decidió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho entre las mismas partes respecto del cálculo actuarial de 1996, y que fue fallada a favor de la Superintendencia.

Expresó que el banco tiene la obligación de pagar las pensiones de jubilación sin que obste para ello que los trabajadores estén sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993, por cuanto el pago de las pensiones corresponde, esencialmente, a la entidad financiera, cuando el trabajador cumpla 20 años de servicio y 55 años de edad, de modo que en el momento en que el ISS asume la pensión de vejez, se convierte en pensión diferida, de la cual una parte la paga el ISS y la otra, el Banco Popular.

Añadió que el cálculo actuarial del banco no refleja el rigor de las normas que ordenan sus requisitos pues contiene las pensiones actuales pero no las eventuales. Indicó que el argumento de que los trabajadores no tienen derechos adquiridos y, por tanto, pueden ser excluidos del cálculo actuarial desconoce el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, en el cual señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dio protección legal a la expectativa de quienes, por edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, estén próximos a adquirir el derecho a pensión.

Manifestó que los compradores del banco conocían las obligaciones pensionales a cargo de la entidad, la cual presenta una situación *sui generis* en relación con otros bancos privados pues desde su creación en 1950 hasta el 21 de noviembre de 1996



fue una entidad oficial que, por lo tanto, tuvo permanencia jurídica en tal condición, en tanto que otros bancos eran nacionalizados y posteriormente reprivatizados.

5. Instituto de Seguros Sociales

El instituto guardó silencio en esta etapa procesal. No obstante, con ocasión de la presentación de alegatos de conclusión en primera instancia, manifestó que los actos administrativos demandados no imponen obligaciones al Instituto y que en las pretensiones de la demanda no se solicita pronunciamiento judicial respecto de alguna posible obligación del ISS, el cual no ostenta la calidad de parte sino de tercero posiblemente interesado.

Solicitó que se analice lo manifestado por la UNEB en el sentido de que existe cosa juzgada, dada la decisión de 11 de mayo de 2001 del Consejo de Estado. Expresa, finalmente, que la decisión que se tome en el presente proceso no puede reconocer derechos subjetivos a favor de empleados o ex empleados determinados.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 21 de noviembre de 2011, negó las súplicas de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Primer y segundo cargo. Violación de las normas contables e incompetencia de la Superintendencia Bancaria.



Según el literal e) del numeral 8 del artículo 333 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, es competente para aprobar, estudiar, vigilar, inspeccionar y controlar todo lo concerniente a los cálculos actuariales presentados por sus vigiladas. Es competente para controlar la real y efectiva inclusión de todas las pensiones, presentes y futuras a las que tienen derecho los trabajadores del Banco Popular, no por el hecho de haber cambiado de naturaleza jurídica, es decir, de entidad oficial a privada, puede dejar a la deriva sus obligaciones prestacionales.

El a quo señaló que no existe violación a los principios contables por parte de la demandada al exigir la corrección del cálculo actuarial a 31 de diciembre de 1999, por cuanto el requerimiento exigido se efectuó bajo los parámetros legales y contables para el efecto, es decir, solicitó la inclusión de grupos de retirados y activos cuya justificación es de carácter laboral y se encuentra en litigio, sin embargo, mientras no exista sentencia en firme que pueda permitir la exclusión de un determinado grupo pensional o próximo a pensionarse, no puede el Banco efectuar supresiones contables.

2. Tercer y cuarto cargo. Falsa motivación y violación al derecho a la igualdad.

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía ser aplicado así la entidad haya cambiado de naturaleza jurídica, esto es, que independientemente de que el Banco Popular haya mutado de entidad oficial a entidad del sector privado, ello no le da atribución para desconocer los derechos de



los trabajadores que se encontraban pensionados, próximos a pensionarse o con expectativas para ello, de suerte que la presunta aplicación del régimen privado al Banco no es tal, en tanto y cuanto existan personas que reúnan los requisitos para el acceso a la pensión, siempre y cuando estas se encuadren en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Frente al oficio No. 2000096861-1 del 6 de febrero de 2001, señaló que la apreciación hecha por el demandante frente a la aceptación de las exclusiones y traslados en el cálculo actuarial por parte de la Superintendencia Bancaria, es inaceptable, toda vez que dichas exclusiones y traslados se encontraron justificados pero para el período de 31 de diciembre de 2000, más no sobre el cálculo actuarial de 1999, que es el periodo discutido.

En consecuencia, el cálculo actuarial presentado a 31 de diciembre de 1999 no se encontraba ajustado conforme a las normas vigentes, por ello se procedió a la corrección y justificación de los ítems contemplados en el cálculo actuarial para el año 2000, que no es objeto de debate en este caso.

En cuanto a la alegada violación al derecho a la igualdad respecto a las demás entidades financieras, por cuanto a la luz del nuevo régimen legal de pensiones, las entidades privadas ya no son pagadoras de pensiones, afectando notablemente los resultados de la sociedad actora, tampoco prospera, por cuanto las otras entidades financieras nacieron como entidades privadas y como tales poseen otro régimen que difiere de la transición de que fue objeto el Banco Popular, esto es, de pasar de entidad estatal a privada, circunstancia que la sitúa en medio de dos normas aplicables en materia de pensión, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, incluyendo el régimen de transición, de suerte que no es el mismo cálculo actuarial



que deba hacer una entidad financiera originalmente privada, que el de una privatizada.

En consecuencia, la actuación de la Superintendencia Bancaria fue legal al improbar un cálculo actuarial ajeno a la realidad pensional del Banco Popular, razón por la que exigió la inclusión de grupos que no habían sido tenidos en cuenta dentro del cálculo, de ahí que no prosperen los cargos alegados por el demandante frente a los actos administrativos acusados.

RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, con fundamento en las siguientes razones:

- 1.** En cuanto al cálculo actuarial, se limitó a hacer un recuento normativo y, sin mayor análisis, concluyó que el Banco está en la obligación de aplicar el régimen pensional correspondiente.
- 2.** El *a quo* desconoció que el banco se convirtió en entidad privada por lo que aplicó indebidamente el régimen pensional del sector público.
- 3.** Reiteró la posición de la demanda en el sentido de que la actuación administrativa cuestionada vulneró la normativa relacionada con el régimen de pensiones del sector privado.



4. Esbozó su argumento de que el cambio de naturaleza jurídica determina el cambio de régimen pensional de sus empleados.

5. Reafirmó las argumentaciones de la demanda en el sentido de que la actuación administrativa vulnera las normas contables que exigen que la contabilidad sea clara, completa, oportuna y fidedigna, así como los principios de pertinencia y confiabilidad.

6. Expresó que la contingencia pensional disminuyó al cambiar de naturaleza pública a privada lo que determina que no esté en la obligación de reconocer y pagar las pensiones a los funcionarios excluidos del cálculo actuarial.

7. Reiteró su argumentación en torno al tratamiento desigual que se impone al banco y por ende a la violación del principio de igualdad consagrado constitucionalmente. Manifestó que la afiliación que hizo, al ISS, de sus trabajadores demuestra que no está obligado a pagar la referidas pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Reiteraron en lo esencial, las partes, los argumentos contenidos en la demanda y en las contestaciones de la demanda. No se pronunció en esta etapa el ISS.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO



La Procuraduría Sexta Delegada conceptuó a favor de la confirmación de la sentencia apelada con base en los siguientes razonamientos:

1. Ni la Superintendencia ni el Tribunal están aplicando el régimen pensional del sector público al sector privado, sino que se rechazaron las exclusiones del cálculo actuarial por cuanto las mismas se encuentran en litigio y, en tanto este no se resuelva, deben continuar en el cálculo.
2. No hay violación de las normas contables, sino por el contrario, son estas las que disponen la contabilización de provisiones para cubrir los pasivos estimados y contingencias probables como la que nos ocupa, como lo ha señalado el Consejo de Estado en varias ocasiones.
3. Negó que se esté violando el derecho a la igualdad del banco, pues la exigencia de incluir a los mencionados trabajadores en el cálculo actuarial por parte de la Superintendencia, solo reconoció la obligación del banco respecto de la expectativa de los trabajadores que pertenecían a la entidad antes de la privatización, de completar, en el sector oficial, el tiempo requerido para la pensión. Eventualidad que no se presenta respecto de las entidades bancarias del sector privado por no haber tenido jamás empleados oficiales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto de fondo planteado en la apelación y sobre el cual versa el debate de la segunda instancia se refiere a la viabilidad de excluir del cálculo de la



reserva actuarial de pensiones y bonos pensionales de la entidad demandante, a un grupo de personas por cuanto pertenecen al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de de la Ley 100 de 1993.

La apelante deriva, del rechazo de la administración de la mencionada exclusión, que se ha desconocido el régimen pensional aplicable, que se han vulnerado varios principios contables generalmente aceptados y que se ha dado un tratamiento desigual al banco.

El asunto en discusión ha sido analizado por esta Corporación con ocasión de demandas presentadas por el mismo actor, en las que coinciden los fundamentos de hecho y de derecho con los que se analizan¹⁰, por lo que en esta oportunidad se reitera la posición asumida al respecto por la Sala.

1. La exclusión del grupo de personas que se encuentran en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el régimen pensional aplicable

Para efectos de determinar la procedencia de dicha exclusión, debe establecerse si la pensión de las personas excluidas es de cargo del banco empleador o del Instituto de Seguros Sociales, para lo cual debe analizarse si

¹⁰ Sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 17614 Actor: Banco Popular c/ Superintendencia Bancaria C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (se demandan los actos administrativos por medio de los cuales se impartió aprobación al cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación del Banco Popular a 31 de diciembre de 2003) y Sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. 18186 Actor: Banco Popular c/ Superintendencia Bancaria C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (se demandan los actos administrativos por medio de los cuales se impartió aprobación al cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación del Banco Popular a 31 de diciembre de 2001)



el régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implica que el anterior patrono institucional no debe en ningún caso reconocer ni pagar total o parcialmente las pensiones de jubilación del personal que se halle dentro de dicho régimen y, por tanto, no haya adquirido aún el derecho a la pensión.

Si debe hacerlo, debe verificarse en qué circunstancias y, si ellas se aplican a las personas excluidas de la base del cálculo actuarial de la reserva.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el denominado “régimen de transición” del sistema anterior al Sistema Integral de Seguridad Social establecido en dicha ley, señala:

“Artículo. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior,



actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

Las condiciones para pertenecer a este régimen de transición, contenidas básicamente en el inciso segundo, son:

- (i) Edad: 35 años o más para mujeres y 40 años o más para hombres; y (ii) Tiempo de servicio: 15 años o más.



Para acceder al régimen transicional, uno de los dos requerimientos debe haberse cumplido a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, ocurrida el 1 de abril de 1994 de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993¹¹.

El pertenecer al régimen de transición implica que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión serán las establecidas en el régimen anterior al que se encontraban afiliados los empleados.

Como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en un caso en el que el demandado es precisamente el Banco Popular, en la cual se definió con claridad el régimen aplicable a los trabajadores oficiales de la entidad financiera¹²:

“De nuevo la Corte se refiere a la controversia que plantea el Banco Popular para la que se presentará idéntico pronunciamiento al que ha venido realizando en múltiples sentencias como en la de radicación 28.548 del 1º de agosto de 2006 en la que se expresó:

“La Corte en sentencias reiteradas, en las cuales coincide como parte demandada la entidad bancaria, entre otras, las de 23 de Mayo de 2002 (Rad. 17.388), 11 de Diciembre de 2002 (Rad. 18.963) y 18 de Febrero de 2003 (Rad. 19440), ha considerado que si un trabajador oficial para el 1 de Abril de

¹¹ “ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma. PARAGRAFO.-El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”

¹² Sala de Casación Laboral, Sentencia de 15 de febrero de 2011, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, exp. 39137, Luz Myriam Pérez Devia vs. Banco Popular.

1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentra cobijado por el régimen de transición que regula el artículo 36 de dicha normatividad **se le continúan aplicando los requisitos establecidos en el régimen anterior aunque en virtud de un hecho posterior se produzca la privatización de la entidad empleadora. Su condición jurídica no puede mutar por tal hecho posterior y por eso, una vez acredite los requisitos exigidos por la legislación aplicable a su especial situación para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador tendrá derecho a su reconocimiento.**

“Por eso, esta Corporación en los pronunciamientos señalados anteriormente ha expresado lo siguiente:

“ ... Empero, ocurre que este caso presenta unas circunstancias diferentes a las del proceso en que se profirió el fallo que se rememora y al que acude el censor para la demostración de los cargos, como lo son que para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la aquí demandada era una entidad oficial sometida al régimen de la empresas industriales y comerciales del Estado y, por consiguiente, para esa fecha, el actor tenía la condición de trabajador oficial. Y esta situación implicaba, como lo analizó el Tribunal, que por darse los presupuestos exigidos por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, éste quedó cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, y que en lo pertinente dispone:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento al (sic) entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

“Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la Ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la Ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al empleador en ese riesgo. Al

respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

“(…) en vigencia de la normatividad precedente a la Ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, **tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares**, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T. y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez …” (Rad.20114).” (Resaltado fuera del texto)

De modo que la continuidad en la aplicación de los requisitos señalados en las normas anteriores determina que deba aplicarse a los trabajadores oficiales que se hallen en la particular situación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 los requerimientos, más favorables de la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En este sentido sostuvo la Corte¹³:

“Partiendo de la base de que la entidad demandada “dejó de ser una entidad pública, que el demandante cumplió los requisitos establecidos por la Ley 33 de 1985 una vez privatizado y que la Ley 226 de 1995 terminó con las obligaciones, entre ellas las pensionales, que como entidad pública debía

¹³ Sala de Casación Laboral, Sentencia de 14 de junio de 2000, M.P. José Roberto Herrera Vergara, exp. 13963, Eleuterio Sánchez Barón vs. Banco Popular.

cumplir”, el recurrente cuestiona que el tribunal hubiese desatado la controversia “con disposiciones del sector público”, en lugar de aplicar las normas contenidas en los reglamentos del ISS, cuya infracción directa invoca en los cargos.

A este respecto, y sin necesidad de mayores consideraciones, se remite la Sala a lo que sobre este mismo punto definiera en sentencia del 10 de noviembre de 1998 (Rad. 10876) –referida acertadamente por el tribunal- en los siguientes términos:

“(…)

“Y es que asumiendo como hechos, en los que no discrepan las partes, que el demandante laboró para el banco demandado desde el 3 de diciembre de 1962 al 25 de marzo de 1986, es decir durante más de 20 años, necesariamente el sentenciador de segundo grado, ha debido dilucidar, en primer lugar, qué disposiciones disciplinaban para la data de su desvinculación el punto relacionado con la pensión de jubilación reclamada, para lo cual resultaba forzoso razonar en dirección a que como la naturaleza jurídica de la entidad bancaria demandada era, para la fecha en que aquél dejó de prestar sus servicios, una empresa de economía mixta sometida al régimen de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado por disposición expresa del artículo 38 del decreto ley 080 de 1976, éste ostentaba la condición de trabajador oficial al hacer dejación de su cargo, en atención a la regla general prevista en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, aspecto que inclusive acepta la contradictoria al descorrer el traslado de la demanda con que se inició este proceso....

“lo anterior es lo que a la postre aduce el recurrente cuando al finalizar el desarrollo del primer cargo dice: ‘en conclusión, si al entrar en vigencia la ley 33 de 1985, el Actor tenía 23 años de servicio al banco demandado, **se debe pensionar conforme a las disposiciones de edad que regían con anterioridad**, o sea, los artículos 27 del D. 3135 de 1968 y el 68 del Decreto 1848 de 1969’.

“en este orden de ideas, y deducida la calidad de trabajador oficial del demandante en la fecha en que terminó el contrato, se imponía, en aplicación del artículo 1º de la ley 33 de 1985, concluir que su jubilación era a los 55 años por encontrarse dentro del supuesto de que trata la norma referenciada, esto es, por haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación

equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” (...).

“Quiere decir lo anterior que como el Tribunal aplicó el sub examine las normas que gobiernan la pensión de jubilación del sector privado, pese a que el régimen legal a tener en cuenta era el de los servidores oficiales, tal y como se vio con precedencia, se produjo la violación de las normas sustanciales que pregonan la censura por aplicación indebida de las primeras, e infracción directa de las segundas.

“De modo, pues, que si el demandante durante su prestación de servicios tuvo la condición de trabajador oficial, **no es posible desconocerle ese carácter so pretexto que para la fecha en que cumplió 55 años, enero 6 de 1993, el banco demandado estaba sometido al derecho privado** y, que por ende, es un trabajador particular, lo que es inadmisibles ya que sería más que ilógico que si en el lapso que estuvo vinculado nunca tuvo tal condición, la adquiriera casi 7 años después de que dejó de laborar.” (Resaltado fuera del texto)

De otra parte, no se establece en la norma citada anteriormente, expresamente, si el reconocimiento y pago de la pensión de estas personas debe hacerlo la entidad administradora del nuevo régimen de prima media con prestación definida, el ISS, o si conserva dicha obligación la entidad empleadora, bajo la cual, se cumplieron los requisitos para pertenecer al régimen de transición. No obstante, encuentra la Sala, que dicha obligación no puede ser trasladada al Seguro Social, entidad que sólo puede reconocer y pagar pensiones de acuerdo con sus propias regulaciones, dentro de las cuales no están las mencionadas del sector público.

Esta conclusión ha sido confirmada en reiterados pronunciamientos en el seno de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la resolución de los recursos extraordinarios de casación, en diversos procesos en que se ha demandado el pago de la pensión de jubilación entre otras entidades, al Banco Popular, cuando los requisitos para acceder a la pensión son más

benéficos que los establecidos para la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993. Al respecto ha dicho la Corte¹⁴:

“II. Derecho a pensión plena de jubilación de trabajadores oficiales.

(...)

De modo que, como se advirtió al principio de las consideraciones de la Corte, en casos como el que ocupa ahora la atención de la Corporación, de un trabajador oficial, afiliado y cotizante del Instituto de Seguros Sociales, pero no aportante para efectos de la prestación en comento de ninguna “caja de previsión social”, retirado del servicio oficial en 1991, es el artículo primero de la Ley 33 de 1985 la disposición legal sustancial que regula el derecho pretendido.

III. Entidad obligada al pago de la pensión de jubilación.

Desde 1948, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, asignó a la Caja Nacional de Previsión Social las obligaciones de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de empleados del Estado del orden nacional, “a la cual estén afiliados, en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso”. Pero igualmente previó que el empleado no estuviere adscrito a una caja o Institución de Previsión Social, evento en el cual correspondería la cancelación de tales obligaciones a la entidad oficial que fungía como patrono.

Dando un gran salto histórico, similar regulación se halla en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, al ordenar que para los trabajadores afiliados a una caja o entidad de previsión se pagará por la respectiva entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al momento de cumplir “el tiempo de servicios requerido por la Ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad requerida para tal fin o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo de retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión”. Previó así mismo el numeral segundo ibídem que si no estuviere afiliado a ninguna entidad “de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa empleadora”.

¹⁴ Sala de Casación Laboral, Sentencia de 29 de julio de 1998, M.P. José Roberto Herrera Vergara, exp. 10803, Edilberto Ortiz Suárez vs. Corporación Nacional de Turismo.



Aunque, como se observó antes, las diversas disposiciones comentadas, y especialmente la Ley 33 de 1985, trataron de sentar el principio básico de encauzar el pago de este beneficio a través de entidades especializadas en ese servicio público, todas ellas previeron la posibilidad que ese derrotero no se cumpliera por algunas de las entidades públicas, evento en el cual debían ellas asumir directamente la obligación jubilatoria.

Para los efectos de la Ley en comento y de casos como el ahora examinado por la Sala, saber si el I.S.S. puede o no reputarse “caja o entidad de previsión” debe necesariamente acudir a las voces del artículo 13 de la Ley 33 de 1985 que precisa qué se entiende por entidades de esa clase, para los efectos de su aplicación, así:

“Para efectos de esta Ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional... que, por Ley, reglamento o estatutos tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes”.

Importa rememorar que en la evolución y la doctrina de la seguridad social colombiana, y aun iberoamericana, las “cajas o entidades de previsión” constituyen un estadio anterior al sistema de seguros sociales; tuvieron origen y desarrollo en el sector público para cubrir ciertas prestaciones, principalmente pensiones de empleados oficiales; en principio no siguieron las reglas del sistema contributivo, dado que al menos hasta la Ley 33 de 1985, la fuente del derecho a la jubilación en ese entorno conceptual, no eran los aportes de los trabajadores (que en estricto sentido generalmente no existían para jubilación) sino el tiempo de servicios. De ahí porqué la locución contenida en la normativa comentada alusiva a ese tipo de entidades de previsión social, a diferencia de lo que para sus propios efectos dispuso ulteriormente la Ley 71 de 1988, no es comprensiva, para los fines de la Ley 33, del Instituto de los Seguros Sociales, que actúa bajo postulados filosóficos y jurídicos distintos, que por suficientemente conocidos sobra reiterar.

Ya se anotó que el conjunto normativo aplicable al I.S.S., permite colegir que dicho Instituto, creado por la Ley 90 de 1946, está facultado para afiliar empleados oficiales (Decreto 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977, Acuerdo 044 de 1989 y Acuerdo 049 de 1990), en los casos específicos mencionados con antelación. Mas, para los efectos del artículo 1º de la Ley últimamente invocada, si bien un trabajador oficial de una empresa, como la aquí demandada, pudo haber estado inscrito en el seguro social, no debe entenderse afiliado a una caja de “previsión social”, con la connotación

específica que esta expresión tiene en la seguridad social y en la Ley 33 de 1985.

Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8º Decreto 1650 de 1977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma.

En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues **en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1º de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora**, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social.” (Resaltado fuera del texto)

Es decir, sostuvo la Corte Suprema, en posición que comparte la Sala, que, si el empleado no estaba afiliado a ninguna entidad de previsión social, al momento de desvincularse del servicio oficial, es la entidad a la cual estuvo vinculado al momento de cumplir el tiempo de servicio, aunque no la edad, la que debe pagar la pensión respectiva cuando cumpla este último requisito también. Para lo cual, no obsta, como se señaló anteriormente, el cambio de naturaleza jurídica de la entidad empleadora, en este caso, el Banco Popular.

Las condiciones y monto de la pensión que debe reconocer el empleador, en este caso, según se advirtió, son aquellos consagrados en el régimen



anterior a que se hallaban afiliados los trabajadores oficiales, los del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, a saber:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Es decir, se reconoce y paga por el empleador, aquella pensión cuyos elementos de edad, tiempo de servicio y monto de pensión, al decir del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, regían al momento de entrar en vigencia el régimen pensional consagrado en dicha ley, para estos trabajadores oficiales, esto es, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Esta conclusión cubre el caso de los empleados del Banco Popular que se retiraron del servicio sin haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión pero que se hallaban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y no estaban afiliados a una entidad de previsión social (el Seguro Social no lo es¹⁵), con la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Estas características aplicables al régimen de transición referido son sintetizadas en la siguiente providencia de dicha Corporación¹⁶:

¹⁵ Se considera, por el contrario una institución de seguridad social, que cobra cotizaciones a sus afiliados

¹⁶ Sala de Casación Laboral, Sentencia de 10 de marzo de 2009, M.P. Camilo Tarquino Gallego, exp. 34263, Jaime Rojas Díaz vs. Banco Popular

“Como lo admite la censura, es pertinente anotar que no existe discusión en cuanto a que el actor empezó a laborar el 11 de septiembre de 1970 y, se desvinculó el 26 de julio de 1992; que cumplió 55 años de edad el 30 de agosto de 2003; y que la privatización del Banco se llevó a cabo, a partir del 21 de noviembre de 1996.

En ese orden, tal como lo advirtió el Tribunal, **el demandante era beneficiario del régimen de transición** previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez, que tenía más de 15 años de servicios al entrar en vigencia la precitada ley, inclusive contaba más de 40 años de edad para dicha fecha (1º de abril de 1994), por lo que a todas luces resulta procedente que la pensión de jubilación esté determinada por los parámetros del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, como en efecto lo dispuso la sentencia impugnada.

En cuanto al régimen pensional aplicable al trabajador que cumplió el tiempo de servicio cuando el Banco aún era oficial, esto es, antes de su privatización ocurrida a partir del 21 de noviembre de 1996, esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en procesos similares, inclusive contra la misma entidad bancaria. Entre otras, en sentencia de 20 de agosto de 2008 Rad. 32986, en la que se indicó que el derecho a la pensión de jubilación se le garantiza al trabajador oficial, aún cuando cumpla la edad con posterioridad a la fecha en que se produjo la privatización, pues, por virtud del régimen de transición, **se le aplican las normas del sector oficial, vale decir la Ley 33 de 1985, y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.**

Igualmente se explicó que **la ley de privatización del Banco no tenía la característica jurídica de mutar la calidad de trabajador oficial de un empleado desvinculado bajo el régimen oficial**, ya que a su contrato de trabajo debía aplicarse la disposición que rigió durante su desarrollo.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que esta Sala de la Corte, en pronunciamiento del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, reiterada, entre otras, en sentencia del 23 de marzo de 2007, radicación 28962, sostuvo que el régimen de jubilación oficial de los trabajadores afiliados al ISS, subsistió, de tal forma, que **la entidad obligada al pago de aquel derecho es la última empleadora, con la posibilidad de ser subrogada parcial o totalmente por el ISS o por la entidad a la que se encuentre afiliado, cuando asuma la**



pensión de vejez, tal como efectivamente se dispuso en la sentencia acusada.” (Resaltado fuera del texto)¹⁷

Esta providencia relleva también, en el último aparte resaltado, el fenómeno de la “compartibilidad”, aplicable a casos como este, consistente en que, el último empleador asume la pensión cuando el ex empleado reúne los requisitos de ley para ello, según el régimen anterior, y cesa de pagar, cuando el ISS o la entidad de seguridad social encargada asuma la pensión, no ya de jubilación sino de vejez, pero sólo en la parte que esta última entidad asume, debiendo seguir a cargo de la diferencia, si la hay, cuando fuere superior.

En conclusión, con base en las consideraciones que anteceden y de la transcripción de las anteriores sentencias, las cuales fijan una reiterada posición de la Corte Suprema, en cuyos argumentos fundamentales coincide la Sala, aun cuando no para efectos de decidir en los casos particulares de los ex trabajadores involucrados en la exclusión del cálculo actuarial, sino para determinar la necesidad de incluirlos en dicho cálculo, que es de lo que se trata la presente acción, la Sala precisa lo siguiente:

1. El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, implica que las personas que se hallan cobijadas por ese régimen, al momento de entrar en vigencia el nuevo régimen pensional, adquieren el derecho a pensionarse cuando cumplan los respectivos requisitos, de

¹⁷ En idéntico sentido, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M. P. Luis Gonzalo Toro Correa. Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp. 13092 y sentencia de 20 de marzo de 2009, exp. 35621, Luis Enrique Corzo Pinilla vs. Banco Popular



acuerdo con el régimen pensional anterior, en lo que tiene que ver con edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión.

2. Para el caso de trabajadores o ex trabajadores oficiales, ese régimen es el contemplado en la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, el cual, en general, contempla condiciones más favorables al trabajador.

3. Debido a que no es viable desconocer el derecho a la pensión de jubilación con base en normas legales aplicables, a quien ya lo ha adquirido, debe reconocerse y pagarse, por la entidad que estaba a cargo de dicha pensión, el antiguo empleador, según la normativa que establecía los requisitos y demás condiciones de su reconocimiento y pago.

4. En este caso, cuando ya se han cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, a cargo del empleador, pero no los de la vejez, a cargo del ISS, no puede esta entidad reconocer y pagar la pensión, así el beneficiario esté afiliado a esta entidad de seguridad social, y ya haya adquirido el derecho, pues el Seguro Social solo administra las pensiones de acuerdo con el régimen de prima media con prestación definida y no puede reconocer y pagar pensiones con base en normas que no le son aplicables.

5. La afiliación al Seguro Social¹⁸, sólo determina que, cuando se cumplan los requisitos para la pensión de vejez administrada por esta entidad y en los

¹⁸ Que como se mencionó anteriormente, no es entidad de previsión sino de seguridad social



términos de las normas que le son aplicables, debe esta entidad reconocer y empezar a pagar dicha prestación.

6. El antiguo empleador reconoce y paga la pensión hasta cuando el Seguro Social adquiriera la obligación, de acuerdo con las normas aplicables, y aun así, solo por el monto que no supere el valor ya reconocido anteriormente pues la diferencia sigue a su cargo. Este fenómeno, como se comentó anteriormente, ha sido denominado por la jurisprudencia de la Corte Suprema como “compatibilidad”.

7. El cambio de naturaleza jurídica del anterior empleador no afecta en absoluto, los derechos de los trabajadores a adquirir su pensión, en tales condiciones y a cargo de esta entidad.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que en el caso presente, el Banco Popular excluyó de la base del cálculo actuarial, a las personas a que hace referencia el presente proceso, precisamente por considerar que, al pertenecer al régimen transicional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el obligado sería el ISS y no el banco.

Dado que esta conclusión es errónea, en vista de las consideraciones que preceden, y es el banco el que muy probablemente ha de pagar las respectivas pensiones, en los términos indicados, estaba obligado a incluir, dentro de la base del cálculo actuarial de la reserva para el pago futuro del pasivo pensional, a estas personas, por lo que erró al disminuir dicho valor



en el cálculo presentado con fecha de corte a 31 de diciembre de 1999 y, por tanto, estuvo acorde con la ley, la glosa presentada por la Superintendencia.

Por las anteriores consideraciones no prospera el cargo.

2. Violación de las normas contables

Tampoco encuentra la Sala que se hayan violado las normas contables, contenidas en el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad y se expiden los principios contables generalmente aceptados en Colombia, las cuales exigen que la contabilidad sea clara, completa, oportuna y fidedigna, así como los principios de pertinencia y confiabilidad. Por el contrario, estos principios exigen que se incluya en el cálculo de la reserva actuarial, las contingencias relacionadas con las pensiones de las mencionadas personas.

Sobre el particular y sobre los efectos del cambio de naturaleza del banco en la medición de dicho riesgo, ha manifestado la Sala, en reiteración jurisprudencial, en un proceso en que precisamente era parte el Banco Popular¹⁹:

“Ahora bien, en relación con el cambio de naturaleza del Banco, la Superintendencia Bancaria en el acto administrativo (Oficio 97044508-20 del 27 de mayo de 1998) que resolvió los recursos interpuestos contra el acto que negó la aprobación del cálculo actuarial presentado por el año 1997 y al cual

¹⁹ Sección Cuarta, sentencia de 24 de julio de 2008, exp. 16196, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, Banco Popular vs. Superintendencia Bancaria

se remitió en los actos que decidieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la aprobación parcial del cálculo actuarial que ahora se debate, esgrimió el siguiente argumento administrativo:

“En primera instancia, es necesario precisar, en cuanto al argumento referente al hecho de que el cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular ocurrido el 21 de noviembre de 1996, no habían adquirido el derecho a la pensión, sino que a esa fecha tenían, según su aserto, únicamente una expectativa, supuesto fáctico que, en su parecer, exonera al Banco Popular, de la obligación de asumir la obligación del reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, es necesario reiterar nuevamente que, esta Superintendencia carece de competencia para emitir un pronunciamiento que dirima en el fondo las eventuales diferencias en la aplicación de las normas laborales, pues es inequívoco que el tema propuesto no encuadra dentro de las funciones de control y vigilancia contempladas en el numeral 3 del artículo 326 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 2° del Decreto 2359 de 1993.

Así mismo, en concepto de esta Superintendencia, definitivamente, hasta tanto los jueces laborales u otras autoridades competentes, atendiendo eventuales demandas incoadas por los trabajadores del Banco Popular sujetos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o se emita concepto sobre el tema y por consiguiente se establezca plenamente que el banco no está obligado a pagar las pensiones de dichas personas, se deben incorporar dentro del cálculo actuarial precitado a dichos funcionarios.

Dicha posición busca garantizar que el Banco Popular tenga una cobertura prudente y suficiente de sus pasivos. Así mismo es indispensable señalar que a esta agencia gubernamental le corresponde velar porque las contingencias de sus vigiladas estén adecuadamente reflejadas en sus estados financieros, en este caso concreto en forma de pasivos pensionales.” (Subraya la Sala)

Como lo observó la Sala en esa oportunidad que ahora se reitera, **“la actuación de la Superintendencia Bancaria se enmarcó precisamente en la regla contable de la prudencia, pues existe un concepto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como autoridad laboral, en el que consideró que el Banco Popular, después de su privatización, debe reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como empleados oficiales de conformidad con la ley 33 de 1985, sin que sea**

posible argumentar, que por haberse convertido en una empresa privada sus trabajadores y extrabajadores tienen que regirse por las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por los reglamentos del Seguro Social. (Fls. 396 a 399 del cuaderno de antecedentes)".

En efecto, no obstante el Concepto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 49928 de 22 de septiembre de 1997, no es obligatorio ni compromete su responsabilidad (artículo 25 del Código Contencioso Administrativo), **sí es un argumento importante que plantea la probable ocurrencia de una contingencia que de acuerdo con la prudencia debe ser reconocida contablemente** y es que "el Banco se vea obligado en el futuro a pagar las pensiones de los trabajadores que excluyó del cálculo actuarial presentado inicialmente".

De todos modos, en el evento de una posible pérdida por parte de un ente económico, ésta será resuelta en último término cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir, de ahí que el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, obligue al ente económico a contabilizar una provisión para cubrir la contingencia probable.

En el caso del Banco Popular estos pasivos habían sido reconocidos contablemente antes de su privatización, como quiera que se habían producido eventos de tipo laboral que permitían prever el sacrificio económico de la empresa por las obligaciones pensionales a su cargo y no podían excluirse estas partidas sin vulnerar el principio de realización, con un argumento que no resulta contundente para modificar la situación económica del ente económico. (...)

Por todo lo anterior, la Sala reitera su criterio de que la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) motivó debidamente su actuación y su decisión de ordenar incluir dentro del cálculo actuarial presentado por el Banco Popular a 31 de diciembre de 2000 a aquellos trabajadores a quienes posiblemente les fuera aplicable el régimen de pensiones consagrado en la Ley 33 de 1985, para los empleados oficiales, se ajustó a derecho, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar. ..." (Resaltado en negrillas fuera del texto)

Observa la Sala, que si se determinó en su momento, por parte de esta Sección, que, con base en el principio contable de prudencia, procedía la inclusión de las personas mencionadas cuando estaban pendientes los



respectivos procesos laborales, con mayor razón debe hacerlo ahora el Banco, cuando tales procesos están siendo fallados en recurso de casación, en forma uniforme, confirmando la obligación del banco de pagar las pensiones.

Esta conclusión es perfectamente congruente con los principios contables que precisamente enuncia la apelante para proponer la conclusión contraria; por ejemplo, el principio de prudencia que se define en el Decreto 2649 de 1993, así:

“ARTICULO 17. PRUDENCIA. Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificarle un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobreestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos.”

De modo que, si existen dudas de que el banco deba pagar las pensiones, se exige acorde con este principio, que se opte por la alternativa de registrar el hecho económico probable, de forma que se tengan menos probabilidades de subestimar los pasivos, pensionales en este caso, y esa forma es incluyéndolos en el cálculo de la reserva pensional, diseñada precisamente para crear un soporte financiero, que respalde el pago de dichos pasivos, cuando, se hagan exigibles, como en el caso de pérdida de los respectivos procesos judiciales en las decisiones finales de los recursos de casación.

En idéntico sentido se concluye, contrario a lo afirmado por la apelante, la adecuación a las cualidades y características de la información contable, de



la exigencia de inclusión de las personas en régimen de transición. En efecto, de acuerdo con la precitada norma, tales cualidades son:

“ARTICULO 4o. CUALIDADES DE LA INFORMACION CONTABLE. Para poder satisfacer adecuadamente sus objetivos, la información contable debe ser comprensible y útil. En ciertos casos se requiere, además, que la información sea comparable.

La información es comprensible cuando es clara y fácil de entender.

La información es útil cuando es pertinente y confiable.

La información es pertinente cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna.

La información es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos.

La información es comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes.”

El reflejo de la eventual deuda por pensiones de las personas que se encuentran en el régimen transicional de la Ley 100 de 1993, es útil, pues permite determinar con exactitud los efectos que puede tener en los estados financieros de la entidad, el pago de las deudas de las personas excluidas del cálculo. Es confiable, puesto que se basa en hechos reales relacionados con los derechos y expectativas de estos trabajadores y en las decisiones judiciales en contra del banco. Es pertinente, pues se refiere a eventuales pasivos que muy probablemente deberá asumir la entidad financiera, a cuyo respaldo financiero se dirige precisamente, el cálculo actuarial exigido legalmente y que es supervisado por la Superintendencia.

En torno a la no violación de las normas contables y a la necesidad de incluir este pasivo eventual en el cálculo actuarial, ha señalado la Sala en pleito sostenido entre las mismas partes y por similares hechos²⁰:

“Al revisar la actuación administrativa demandada, observa la Sala que la Superintendencia Bancaria **no** expresó una decisión definitiva en relación con la procedencia de la pensión de jubilación parcial o total de los trabajadores que fueron excluidos del cálculo actuarial presentado inicialmente por el Banco Popular. Su actividad pretendió garantizar que la actora tuviese una cobertura prudente y suficiente de sus pasivos, de tal forma que las contingencias en forma de pasivo pensional se encuentren reflejadas en los estados financieros.

La Superintendencia Bancaria, al verificar que los argumentos expuestos por el Banco para excluir a algunos trabajadores del cálculo actuarial no resultaban lo suficientemente sólidos, ordenó su inclusión.

En el Oficio 97044508-20 del 27 de mayo de 1998, mediante el cual la Superbancaria resolvió los recursos interpuestos contra el acto que negó la aprobación del cálculo actuarial presentado inicialmente y contra el que aprobó el cálculo conforme a la solicitud de la entidad demandada, indicó:

“En primera instancia, es necesario precisar, en cuanto al argumento referente al hecho de que el cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular ocurrido el 21 de noviembre de 1996, no habían adquirido el derecho a la pensión, sino que a esa fecha tenían, según su aserto, únicamente una expectativa, supuesto fáctico que, en su parecer, exonera al Banco Popular, de la obligación de asumir la obligación del reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, es necesario reiterar nuevamente que, esta Superintendencia carece de competencia para emitir un pronunciamiento que dirima en el fondo las eventuales diferencias en la aplicación de las normas laborales, pues es inequívoco que el tema propuesto no encuadra dentro de las funciones de control y vigilancia contempladas en el numeral 3 del artículo 326 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 2° del Decreto 2359 de 1993.

Así mismo, en concepto de esta Superintendencia, definitivamente, hasta tanto los jueces laborales u otras autoridades competentes, atendiendo

²⁰ Sección Cuarta, sentencia de 6 de marzo de 2003, exp. 13084, C.P. Ligia López Díaz, Banco Popular vs. Superintendencia Bancaria

eventuales demandas incoadas por los trabajadores del Banco Popular sujetos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o se emita concepto sobre el tema y por consiguiente se establezca plenamente que el banco no está obligado a pagar las pensiones de dichas personas, se deben incorporar dentro del cálculo actuarial precitado a dichos funcionarios.

Dicha posición busca garantizar que el Banco Popular tenga una cobertura prudente y suficiente de sus pasivos. Así mismo es indispensable señalar que a esta agencia gubernamental le corresponde velar porque las contingencias de sus vigiladas estén adecuadamente reflejadas en sus estados financieros, en este caso concreto en forma de pasivos pensionales.”

La Sección no observa la alegada vulneración de normas contables, al contrario, la actuación de la Superintendencia Bancaria se enmarcó precisamente en la regla contable de la prudencia, pues existe un concepto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como autoridad laboral, en el que consideró que el Banco Popular, después de su privatización, debe reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como empleados oficiales de conformidad con la ley 33 de 1985, sin que sea posible argumentar, que por haberse convertido en una empresa privada sus trabajadores y extrabajadores tienen que regirse por las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por los reglamentos del Seguro Social. (Fls. 396 a 399 del cuaderno de antecedentes)

Si bien la opinión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitida en el Concepto 49928 del 22 de septiembre de 1997, no compromete su responsabilidad, ni es de obligatorio cumplimiento o ejecución, de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, sí plantea la probable ocurrencia de una contingencia que debe ser reconocida contablemente con base en la regla de prudencia: Que el Banco se vea obligado en el futuro a pagar las pensiones de los trabajadores que excluyó del cálculo actuarial presentado inicialmente.

Existe una situación de duda respecto a una posible pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir, por lo que en los términos del artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, obliga al ente económico a contabilizar una provisión para cubrir la contingencia probable.

Debe señalarse que estos pasivos habían sido reconocidos contablemente por el Banco desde antes de su privatización, como quiera que se habían producido eventos de tipo laboral que permitían prever el sacrificio económico de la empresa por las obligaciones pensionales a su cargo y no podían excluirse estas partidas sin vulnerar el principio de realización, con un argumento que no resulta contundente para modificar la situación económica del ente económico.

Por lo anterior, para la Sala es claro que la actuación de la Superintendencia Bancaria fue ajustada a derecho, cuando ordenó incluir dentro del cálculo actuarial presentado por el Banco Popular a 31 de diciembre de 1997 a aquellos trabajadores a los que posiblemente les sea aplicable el régimen de pensiones consagrado en la Ley 33 de 1985, para los empleados oficiales.

Se reitera lo señalado por esta Corporación al fallar un caso entre las mismas partes y por circunstancias análogas a las que ahora se controvierten:

‘A juicio de la Sala, la Superintendencia Bancaria como entidad vigilante del Banco Popular, dio cumplimiento a sus funciones exigiendo en ese momento, el cumplimiento y observancia de las normas reguladoras del sistema de seguridad social, en cuanto el resultado económico de ellos tenga incidencia en la situación financiera y patrimonial de los entes sometidos a su inspección, control y vigilancia para dar garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social y evitando que las situaciones económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores al reducir sus reservas pensionales.’²¹

La necesidad de la provisión resulta más evidente con la intervención en el proceso del Instituto de Seguro Social, quien también ha manifestado que el cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular, de oficial a privado, no tiene incidencia sobre los derechos de los trabajadores amparados por el régimen de transición y estimó que la afiliación en el ISS de trabajadores oficiales con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, no implica que esta entidad responda por pensiones contempladas en la Ley 33 de 1985, porque éstas deben ser reconocidas y pagadas por el empleador y el ISS, una vez se reúnan los requisitos de edad y cotizaciones, otorgará la pensión de vejez.

²¹ Sentencia del 11 de mayo de 2001, Sección Cuarta, exp. 9183, Actor: Banco Popular, C.P. Germán Ayala Mantilla.



Pero el mayor valor entre el monto de la pensión de jubilación y el valor pagado por el Instituto estará a cargo del empleador.

Por todo lo expuesto, para la Sala no se comprobó que en los actos demandados se hayan vulnerado normas superiores. La Superintendencia Bancaria actuó en ejercicio de sus facultades legales y motivando su actuación, por lo que no procede la nulidad solicitada.” (Resaltado fuera del texto)

En suma, no solo no se vulneran las normas y principios contables, sino que se les da plena y adecuada aplicación, al registrar en el cálculo de la reserva, a las personas que se hallan en el régimen de transición.

No prospera el cargo.

3. Violación del principio de igualdad

De igual manera, no encuentra la Sala que se haya vulnerado el derecho del banco al trato igual, pues como bien lo han manifestado la entidad demandada y los terceros interesados, la situación del banco es desigual frente a otros banco privados, en la medida en que era una entidad oficial cuyos empleados tenían la condición de trabajadores oficiales, con un régimen pensional especial y que, por tanto, estaban cobijados por normas diferentes en torno a dicho régimen.



Esta característica determina que el trato legal al banco, en la materia, debe ser diferente, a fin de atender las particularidades del régimen de los antiguos trabajadores oficiales.

Sobre el tema, en idéntico sentido, se ha pronunciado la Sala, en providencia anteriormente mencionada, en proceso entre las mismas partes²²:

“... c) Se violó el principio de igualdad en que debe encontrarse el Banco en relación con las demás entidades financieras.

Para el demandante es evidente la desigualdad en que se encuentra el Banco en relación con las demás entidades financieras, pues a diferencia de éstas, ha continuado cotizando al ISS y sin embargo, debe efectuar el respectivo cálculo actuarial y las correspondientes provisiones, a diferencia de los otros que no lo hacen.

A juicio de la Sala no hay violación al derecho a la igualdad toda vez que la Superintendencia ha desarrollado su función en la forma como lo hace en relación con las demás entidades sometidas a su vigilancia y control. El hecho de que tenga en cuenta, para efectos de las órdenes dadas al demandante, su naturaleza jurídica y las circunstancias especiales en las que se encuentran sus trabajadores y extrabajadores en virtud de su historia laboral y del cambio de naturaleza jurídica del Banco, son precisamente, aspectos que diferencian al Banco con el resto de las entidades financieras que nacieron como privadas.

En efecto, como lo precisó la Sala en la sentencia de 6 de marzo de 2003, **la circunstancia de haber sido anteriormente una entidad estatal, es un elemento diferenciador, en razón del régimen pensional aplicable a sus funcionarios.** Es decir, si las demás instituciones vigiladas nunca han tenido trabajadores que puedan ser cobijados con el régimen pensional que existía para los empleados oficiales, no pueden ser tratadas en la misma forma que las entidades que cuentan con estos empleados.

²² Sección Cuarta, sentencia de 24 de julio de 2008, exp. 16196, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, Banco Popular vs. Superintendencia Bancaria



Además, el demandante no señala de manera concreta a cuál entidad financiera que hubiera estado en las mismas circunstancias se le dio por parte de la Superintendencia Financiera un trato diferente sin justificación, aspecto indispensable para sustentar la violación al derecho a la igualdad, razón por la cual, en la forma como está planteado el cargo, éste no tiene vocación de prosperidad.'

Como lo manifestó el Tribunal, **tampoco se observa vulneración al derecho a la igualdad del actor frente a otras instituciones financieras, porque lo que se le está exigiendo es tener en cuenta en su cálculo actuarial las circunstancias en que se encuentran sus trabajadores**, en la misma forma que las normas les exigen a las demás entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria atender todas las contingencias que se presenten.

La circunstancia de haber sido anteriormente una entidad estatal, es un elemento diferenciador, en razón del régimen pensional aplicable a sus funcionarios. Es decir, si las demás instituciones vigiladas nunca han tenido trabajadores que puedan ser cobijados con el régimen pensional que existía para los empleados oficiales, no pueden ser tratadas en la misma forma que las entidades que cuentan con estos empleados..."

Por las razones expuestas no prospera el cargo.

En resumen, debido a que el régimen aplicable a los ex trabajadores del Banco Popular pertenecientes al régimen de transición, excluidos por esta entidad del cálculo actuarial inicialmente presentado, es el anterior del sector público, su pensión de jubilación, cuando cumplen los requisitos para ello, está a cargo del Banco Popular hasta cuando sea asumida la pensión de vejez por el ISS y solo en el monto en que esta entidad la asuma. Por lo tanto, debía dicha entidad bancaria, incluirlos en el cálculo de la reserva actuarial de pensiones y bonos pensionales, de modo que al no hacerlo así, era procedente el rechazo de dicha exclusión por parte de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera). En



consecuencia, fue correcta la denegación de las súplicas de la demanda por parte del Tribunal, por lo que se confirmará su decisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del 21 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el Banco Popular S.A. contra la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ