



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 250002324000200600940 01
Número interno: 20250
Demandante: Banco Popular S.A.
Demandado: Superintendencia Financiera de Colombia
Tema: Cálculo actuarial para reserva de pensiones

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular S.A. contra la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones que más adelante se transcriben.

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. El 5 de noviembre de 1998, el Banco Popular SA remitió a la Superintendencia Bancaria¹ el cálculo actuarial de la reserva para pensiones con corte a 31 de diciembre de 1998 por la suma de \$75.449.512.608. El cálculo inicialmente remitido fue modificado los días 21 de abril y 25 y 26 de mayo de 1999, en cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera).
2. El 25 de junio 1999, mediante el oficio 1998058131-24, la Superintendencia Bancaria aprobó el cálculo actuarial de la reserva para pensiones a 31 de diciembre de 1998, presentado por el Banco Popular.
3. El 2 de julio de 1999, el Banco Popular interpuso recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999.
4. El 26 de agosto de 1999, mediante el oficio 1998058131-32, la Superintendencia Bancaria resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el Banco Popular contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999.
5. El 7 de septiembre de 1999, mediante el oficio 1998058131-34, la Superintendencia Bancaria resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

El Banco Popular S.A formuló las siguientes pretensiones:

¹ **Decreto 4327 de 2005. Artículo 1. Fusión y denominación.** Fusiónase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia

1ª) Que se declare la nulidad de los oficios Nos. 1998058131-24 del 25 de junio de 1999, 1998058134-32 del 26 de agosto de 1999 y 1998058131-34 del 7 de septiembre de 1999 expedidos por la Superintendencia Bancaria.

2ª) 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 1998, presentado el 5 de noviembre de 1998 por el Banco Popular S.A., mediante carta radicada bajo el No. 199805131-0.

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

2.1.1. Normas violadas

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 6, 13, 121 y 123.
- Estatuto Tributario: artículo 654.
- Código de Comercio: artículos 48, 50, 52, 53, 289 y 445.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: artículo 326.
- Ley 90 de 1946: artículos 72 y 76.
- Ley 33 de 1985: artículo 1º.
- Ley 100 de 1993: artículos 11 y 36.
- Decreto 3135 de 1968: artículo 27.
- Decreto 2649 de 1993: artículos 4, 11, 12, 15, 16, 46, 47, 52 y 57.

2.1.2. El concepto de la violación

La demandante desarrolló el concepto de la violación en los términos que se señalan a continuación.

a) Nulidad por violación de las normas y principios contables

El Banco Popular dijo que los actos demandados violaron los artículos 48, 50, 52, 53, 298, 289 y 445 del Código de Comercio, 654 del Estatuto Tributario y 4, 11, 12, 15, 16, 46, 47, 52 y 57 del Decreto 2649 de 1993.

Señaló que, en términos generales, las normas antes referidas establecen los principios contables y el mandato de que la contabilidad debe reflejar de manera clara, completa, oportuna y fidedigna la realidad de los negocios.

Que la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) aprobó el cálculo actuarial de pensiones que no correspondía con la realidad económica y financiera del banco. Que, de esa manera, el banco se vio obligado a registrar en los estados financieros información que no reflejaba de manera fidedigna la realidad de sus negocios, conforme lo exigen las normas contables.

De otra parte, dijo que los actos administrativos violaron el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, que trata sobre la contabilización de las provisiones y contingencias. Señaló que el cambio de naturaleza jurídica del banco –de público a privado– conllevó la disminución de la contingencia relacionada con el pago de pensiones futuras y que, por tanto, no era necesario su registro en los términos exigidos por la Superintendencia.

También sostuvo que los actos administrativos violaron el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, modificado por el artículo 1° del Decreto 2852 de 1991, referido al tratamiento contable de pasivos. Lo anterior en razón a que la norma obliga a registrar las sumas que se deban pagar a las personas que hayan adquirido o vayan a adquirir el derecho a pensión de jubilación.

b) Nulidad por falta de competencia de la Superintendencia Bancaria

Dijo que el artículo 235 del EOSF, sustituido por el artículo 2° del Decreto 2359 de 1993, establece las funciones de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), dentro de las que no se encuentra interpretar normas laborales o decidir sobre su aplicación. Que, en consecuencia, los actos demandados violaron, por aplicación indebida, la norma referida, en razón a que le atribuyen a la Superintendencia demandada una función que no le ha sido asignada legalmente.

Señaló que los actos demandados también violaron los artículos 6 y 121 a 123 de la Constitución Política, de los que se desprende que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las señaladas en la Constitución y la ley. Agregó que la violación de las normas se configuró en el hecho de que la Superintendencia extralimitó en sus funciones al expedir los actos acusados.

c) Nulidad por violación de las normas en las que debía fundarse

La Sala advierte que aunque el Banco Popular alega como causal de nulidad la falsa motivación de los actos administrativos demandados, de lo expuesto en la demanda se infiere que, en realidad, el cargo corresponde a la violación directa de la ley.

1. Nulidad por falta de aplicación de las normas en las que debían fundarse

Advirtió que los actos administrativos violaron, por falta de aplicación, los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 1º ordinal a) del Decreto 3041 de 1966; 2º ordinal a) del Decreto Ley 433 de 1971 y el 6º del Decreto 1650 de 1977.

Explicó que las normas antes referidas regulan el régimen de pensiones del sector privado, que, por la nueva naturaleza jurídica del banco, eran las que se aplicaban a los empleados y exempleados del banco.

2. Nulidad por aplicación indebida de las normas en las que debían fundarse

Dijo que los actos administrativos violaron, por aplicación indebida, los artículos 1º de la Ley 33 de 1985 y 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, que regulan el régimen de pensiones del sector público.

Lo anterior en razón a que el Banco Popular no estaba obligado a reconocer y pagar las pensiones a las personas que fueron retiradas de la base del

cálculo actuarial para la reserva correspondiente, por cuanto, a la fecha de privatización de la entidad, no se habían cumplido los dos requisitos para adquirir el derecho a la pensión, esto es, edad y tiempo de servicio.

3. Nulidad por interpretación errónea de las normas en las que debían fundarse

Sostuvo que los actos acusados violaron, por interpretación errónea, los artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto las personas excluidas del cálculo actuarial de la reserva para pensiones tenían simples expectativas y no derechos adquiridos a la pensión de jubilación. Que de conformidad con las normas referidas, el Instituto de Seguros Sociales asumió los riesgos de pensiones de vejez y, por esa razón, empezaron a cotizar a esa entidad administradora de pensiones.

Sostuvo que las personas que a la fecha de privatización del banco tenían el tiempo de servicio pero no la edad, no podían ser incluidas en el cálculo actuarial, ya que el cumplimiento de uno solo de los dos requisitos es insuficiente para configurar el derecho y solo genera una mera expectativa no protegida por el legislador.

Agregó que, contrario al criterio de la Superintendencia, el banco no estaba en la obligación de expedir bonos pensionales a favor de las personas excluidas del cálculo actuarial de la reserva para pensiones, pues las normas que se aplican al caso no establecen que dichos bonos se expidan para cubrir las diferencias de edad o tiempo de servicio que se da entre un régimen pensional y otro. Que, por esta razón, los actos demandados violaron los Decretos 813 y 1314 de 1994, 1748 de 1995 y 1474 de 1997.

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 1, del Decreto 1160 de 1994, que adicionó el artículo 4º del Decreto 813 de 1994, esa norma no podía ser aplicada pues el Consejo de Estado la anuló, y si el Gobierno las reprodujo en el artículo 4º del Decreto 2527 de 2000, incurrió en una conducta prohibida por el artículo 158 del Decreto Ley 01 de 1984.

Agregó que el Decreto 2527 de 2000 fue expedido y publicado cuatro años después de la privatización del Banco Popular, del tal forma que no podía tener efectos retroactivos.

En cuanto a la hipótesis del cumplimiento del requisito de edad, pero no del tiempo de servicio, afirmó que de completarse este último en otra entidad pública, la pensión debería ser pagada por el Instituto de Seguros Sociales y no por el banco, dado que los trabajadores están afiliados a esa entidad.

Advirtió que el banco no estaba obligado a asumir una cuota parte por el tiempo trabajado en la entidad financiera, puesto que los funcionarios no habían adquirido el derecho a la pensión.

Manifestó que el Instituto de Seguros Sociales debería reconocer y pagar las pensiones de las personas que no tenían 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.

d) Nulidad por violación del derecho a la igualdad

Por último, dijo que los actos administrativos demandados violaron el artículo 13 de la Constitución Política, porque el Banco Popular es el único banco privado que, de acuerdo con las exigencias del ente de control, debe hacer cálculo actuarial de la reserva para pensiones.

2.2. LA OPOSICIÓN A LA DEMANDA

2.2.1. Contestación de la demanda de la Superintendencia Financiera

Previo a oponerse a las pretensiones de la demanda, la Superintendencia Financiera dijo que no fueron vinculados los terceros que podían tener interés en el resultado del proceso. Que, por ello, pidió que se citara, en tal calidad, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Fondo de Garantías

de Instituciones Financieras, al Instituto de Seguros de Sociales y al Sindicato de Trabajadores del Banco Popular.

Sobre el fondo del asunto, señaló que el Banco Popular pretendió desconocer obligaciones pensionales que fueron incluidas como parte de la venta de las acciones de la entidad financiera, situación que fue conocida y aceptada por los compradores al momento de su privatización.

a) Sobre la violación de normas contables

Señaló 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.

Advirtió que, contrario a lo afirmado por el demandante, el cálculo actuarial de la reserva para pensiones aprobado por la Superintendencia reflejaba los criterios contables de prudencia y seguridad.

Que, de esa forma, se garantizaba una contabilidad clara, completa y fidedigna, pues reflejaba la totalidad de las pensiones actuales y eventuales, según lo ordena la Circular Externa 063 del 14 de diciembre de 1990. Agregó que las actuaciones del ente de control tienden, precisamente, a garantizar una cobertura prudente y suficiente de los pasivos a cargo del banco.

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. Que, precisamente, el carácter de contingencia que poseen los pasivos pensionales, determina que se incluyan en el mencionado cálculo.

b) Sobre la violación de las normas referentes a los regímenes de pensiones público y privado

Dijo que el Banco Popular está obligado a reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores que están en el denominado régimen de transición, en los términos del Decreto Ley 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985.

Advirtió que el cambio de naturaleza jurídica del banco no tiene efectos sobre los derechos pensionales adquiridos por 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 1994, que modificó el artículo 5º del Decreto 813 de 1994.

c) Sobre la falta de competencia de la Superintendencia Bancaria

Señaló que la Superintendencia no tiene la facultad de resolver controversias laborales. Que, no obstante, sí tiene competencia para aprobar los cálculos actuariales de pensiones de las entidades vigiladas como lo señala el artículo 333 del EOSF.

Advirtió que la Superintendencia no solo tiene competencia, sino que está obligada a velar porque los cálculos actuariales para pensiones correspondan al valor presente de todas las mesadas futuras a cargo del ente económico.

d) Sobre la violación del derecho a la igualdad

Dijo que los actos administrativos demandados no violaron el derecho a la igualdad, pues toda entidad bancaria y financiera, independientemente de su naturaleza, debe asumir los pasivos pensionales. Que, por el contrario, permitirle al demandante que se sustraiga de tales obligaciones implicaría darle un privilegio injustificado y sin causa legal.

2.2.2. Integración del contradictorio

Mediante auto del 14 de julio de 2011, el Tribunal ordenó vincular al proceso 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, en calidad de terceros con interés directo en el resultado del proceso.

2.2.3. Contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito y Público

El Ministerio se opuso a las pretensiones de la demanda.

Dijo que los cálculos actuariales para la provisión de pensiones, a que están obligadas las entidades financieras, deben comprender la totalidad de las pensiones actuales y eventuales a su cargo.

Sostuvo que el régimen pensional que se aplica a los trabajadores del Banco Popular sigue siendo el que los cobijaba antes de su privatización, pues el cambio de naturaleza del banco no daba lugar a un cambio en el régimen pensional de sus empleados. Agregó que el hecho de que el demandante hubiera cotizado al Instituto de Seguros Sociales no altera esa conclusión, pues, en ese caso, se produce el fenómeno de la pensión compartida, lo que implica que la entidad oficial debe reconocer y pagar la pensión conforme con 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.

Advirtió que a los trabajadores del Banco Popular, a quienes se aplica el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reconozca el régimen en el que se encontraban afiliados antes de entrar a regir esa ley.

De otra parte, manifestó que los compradores del banco conocieron y aceptaron la existencia y monto del pasivo reflejado en el cálculo actuarial controvertido, que incluía las pensiones que debía pagar la entidad.

Así mismo, sostuvo que los actos administrativos demandados no desconocieron las normas contables que se invocaron como violadas, pues las obligaciones pensionales no desaparecieron con la privatización del banco, y debían, en consecuencia, registrarse en la contabilidad.

De igual forma, dijo que no se configuró la falta de competencia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), pues, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 333 del EOSF y la Circular Externa 063 de 1990, la Superintendencia debe aprobar los cálculos actuariales para la provisión de pensiones.

Por último, sostuvo que no se violó el derecho a la igualdad, porque las obligaciones del demandante, distintas de los demás bancos privados, obedecen a que su situación en el pasado no fue igual a la de los demás establecimientos de crédito, dada su anterior condición de banco oficial.

2.2.4. Contestación de la demanda del Instituto de Seguros Sociales

El Instituto de Seguros Sociales propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva. En síntesis, señaló que esa entidad no participó en la expedición de los actos administrativos demandados.

2.2.5. Contestación de la demanda del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras solicitó la desvinculación del proceso, porque carecía de interés en las resultas de la *litis*.

Explicó que el papel del Fondo en la venta de las acciones del Banco Popular fue, simplemente, el de preparación, orientación, administración y asunción del programa de venta y la celebración del compromiso de reembolso de dineros que resultaran a cargo del banco, por hechos ocurridos con anterioridad a la venta. Que las anteriores actividades las llevó a cabo en calidad de simple mandatario de la Nación.

Dijo que, no obstante lo anterior, los actos administrativos acusados no debían ser anulados, porque el cambio de entidad oficial a banco privado no afecta los derechos de los trabajadores. Agregó que respecto de los trabajadores retirados del cálculo actuarial de pensiones objeto de la controversia, se presentó el fenómeno de la pensión compartida.

Advirtió que con la suscripción del contrato de contingencias, en el que solo se incluyeron los pasivos ocultos, el Banco Popular asumió todos los restantes, entre estos, los correspondientes a pensiones.

Luego de presentadas las oposiciones correspondientes, mediante auto del 6 de octubre de 2011, el Tribunal ordenó desvincular del proceso al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras².

2.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se reseñan a continuación.

Consideró que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso el Instituto de Seguros Sociales no estaba llamada a prosperar, porque esa entidad era legítima contradictora de las pretensiones del Banco Popular, entre otras razones, porque el valor de la reserva pensional de los trabajadores y extrabajadores –incluido el cálculo actuarial a 31 de diciembre de 1998– debía ser asumido por ese Instituto.

En relación con el fondo del asunto señaló:

a) Sobre la violación de las normas contables

Dijo que los actos administrativos demandados no violaron las normas contables señaladas por el demandante.

² Folios 409 al 411 del CP.

Explicó que, según el Circular Externa 063 del 14 de diciembre de 1990, expedida por la Superintendencia Bancaria, el cálculo actuarial que deben presentar las entidades sometidas a ese ente de control, debe comprender no solo las obligaciones actuales sino también las eventuales o futuras. Que, para cumplir con esa medida, se debe asegurar que en la contabilidad del banco existan las reservas y los recursos disponibles para cubrir los pasivos estimados razonablemente.

Sostuvo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993 y el numeral 6 de la Circular Externa 063 del 14 de diciembre de 1990, el Banco Popular no podía excluir del cálculo actuarial de la reserva para pensiones el valor de los activos pensionales de los trabajadores y extrabajadores.

b) Sobre la falta de competencia de la Superintendencia Bancaria

Dijo que, según el literal e) del numeral 8 del artículo 333 del E.O.S.F., el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993 y la Circular 063 de 1990, a la Superintendencia Financiera le corresponde aprobar los cálculos actuariales presentados por las entidades vigiladas que, por ley o convención colectiva, estén obligadas a pagar pensiones plenas o compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

De otra parte, señaló que la aprobación de los cálculos actuariales para la provisión de pensiones no implica que la Superintendencia deba resolver controversias laborales. Que, contrario a lo alegado por el demandante, los actos administrativos acusados no están referidos a los derechos pensionales de los trabajadores o extrabajadores del Banco Popular.

c) Sobre la falsa motivación

Señaló que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 debía ser aplicado, así el banco hubiera cambiado de naturaleza jurídica. Que, por lo tanto, el Banco Popular debía reconocer los derechos de los

trabajadores que se encontraban pensionados y los próximos a pensionarse o con expectativas de pensión.

d) Sobre la violación al derecho a la igualdad

Por último, sobre la violación del derecho a la igualdad, dijo que el demandante no se refirió a ninguna entidad en concreto respecto de la que se hubiera otorgado un trato más favorable, de tal forma que, por sustracción de materia, no era pertinente analizar esa causal de nulidad.

2.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El Banco Popular interpuso recurso de apelación contra la sentencia.

En términos similares a lo expuesto en la demanda, dijo que el Tribunal desconoció que el banco se convirtió en entidad privada y que, como consecuencia de esa situación, violó, por aplicación indebida, las normas que integran el régimen pensional del sector público. Que, por la misma razón, violó, por falta de aplicación, la normativa del régimen de pensiones del sector privado, que es el que se aplica al Banco Popular.

De igual forma, insistió en que los actos demandados vulneraron las normas contables que exigen que la contabilidad sea clara, completa, oportuna y fidedigna, así como los principios de pertinencia y confiabilidad, pues las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera no atendían a la realidad jurídica y financiera del banco.

Señaló que la contingencia pensional disminuyó al cambiar de naturaleza pública a privada del banco, lo que conllevó a que no estuviera obligado a reconocer y pagar las pensiones a los funcionarios excluidos del cálculo actuarial de la provisión de pensiones.

Por último, reiteró su argumentación en torno al tratamiento desigual que se impuso al Banco Popular y, por tanto, a la violación del derecho a la igualdad.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1. De la parte demandante

El Banco Popular reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.5.2. De la parte demandada

La Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular, la Sala decide sobre la nulidad **i)** del oficio 1998058131-24 del 25 de junio 1999, mediante el que la Superintendencia Bancaria aprobó el cálculo actuarial de pensiones a 31 de diciembre de 1998, presentado por el Banco Popular; **ii)** del oficio 1998058131-32 del 26 de agosto de 1999 y, **iii)** del oficio 1998058131-34 del 7 de septiembre de 1999, mediante los que, respectivamente, la Superintendencia Financiera resolvió, desfavorablemente, los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999.

En concreto, la Sala debe establecer si era procedente que la Superintendencia Financiera ordenara al Banco Popular incluir, en el cálculo actuarial de la reserva para pensiones con corte a 31 de diciembre de 1998,

a un grupo de personas amparadas en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para tal efecto, debe resolver si los actos administrativos desconocen **i)** el régimen de pensiones del sector privado, **ii)** los principios y normas contables y **iii)** el derecho a la igualdad.

Para resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala reiterará, en lo pertinente, lo dicho en otras oportunidades, al resolver las demandas presentadas por el Baco Popular contra la Superintendencia Financiera, en las que se discutió la nulidad de los actos administrativos mediante los que esa entidad de control aprobó el cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación con corte a 31 de diciembre de los años 1999, 2000, 2001, 2004 y 2008³.

3.1. HECHOS PROBADOS

Para resolver la controversia son relevantes los siguientes hechos probados:

1. 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 fueron vendidas a Popular Investment SA, convirtiéndose así en una entidad financiera de carácter privado⁴.
2. El 5 de noviembre de 1998, el Banco Popular SA remitió a la Superintendencia Bancaria el cálculo actuarial de la reserva de pensiones con corte a 31 de diciembre de 1998, por un valor de \$75.449.512.000⁵. El cálculo inicialmente remitido fue modificado el 21 de abril y el 26 y 27 de mayo de 1999, en cumplimiento de las instrucciones de la Superintendencia Financiera, en el sentido de incluir algunos trabajadores

³ **i)** Sentencia del 16 de febrero de 2016. Exp. 19316. CP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; **ii)** sentencia del 28 de febrero de 2013, Exp. 17614 CP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, **iii)** sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. CP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; **iv)** sentencia del 2 de marzo de 2016, Exp. 20936. CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez sentencia del 30 de marzo de 2016, Exp. 22035. CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁴ Folio 99 del CAA.

⁵ Folio 14 y 15 del CAA.

y extrabajadores que no habían sido tenidos en cuenta para tales efectos⁶.

3. El 25 de junio 1999, mediante el oficio 1998058131-24, la Superintendencia Bancaria aprobó el cálculo actuarial de la reserva para pensiones a 31 de diciembre de 1998, presentado por el Banco Popular, por un valor de \$100.214.621.962⁷.
4. El 2 de junio de 1999, el Banco Popular interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999⁸.
5. El 26 de agosto de 1999, mediante el oficio 1998058131-32, la Superintendencia Bancaria resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el Banco Popular contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999⁹.
6. El 7 de septiembre de 1999, mediante el oficio 1998058131-34, la Superintendencia Bancaria resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular contra el oficio 1998058131-24 del 25 de junio de 1999¹⁰.

3.2. Del reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores oficiales del banco popular amparados por el régimen de transición y de su inclusión en el cálculo actuarial de pensiones. Reiteración de jurisprudencia.

En los casos análogos al que se resuelve, a los que se hizo referencia al inicio de estas consideraciones, la Sala concluyó que el Banco Popular debía incluir en la base del cálculo actuarial de la reserva para pensiones a los extrabajadores oficiales que se encontraban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues, probablemente, debía pagar las respectivas

⁶ Folios 72, 85 y 88 del CAA.

⁷ Folio 18 de CAA.

⁸ Folios 46 al 59 del CAA.

⁹ Folios 19 al 31 del CAA.

¹⁰ Folios 32 al 59 del CAA.

pensiones¹¹. Ese criterio, que se reitera en esta oportunidad, fue adoptado a partir de las siguientes razones que a continuación se sinterizan:

La Ley 100 de 1993 modificó el sistema de seguridad social en Colombia y lo organizó en dos regímenes: **i)** el de prima media con prestación definida y **ii)** el de ahorro individual con solidaridad. El primero es administrado por el Instituto de Seguros Sociales y los aportes de cada afiliado integran un fondo común, y el segundo, está a cargo de las administradoras de fondo de pensiones –AFP– y las cotizaciones de cada afiliado se llevan a una cuenta de ahorro individual.

Ante esas modificaciones, el artículo 36 de la Ley 100 previó un régimen de transición para las personas que, al momento de la entrada en vigencia de la norma, estaban próximas a cumplir con los requisitos de pensión.

Este régimen le permite a los trabajadores pensionarse con el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas anteriores a la Ley 100, siempre que se encontraran en las siguientes condiciones: **i)** tener una edad 35 años o más para las mujeres y 40 años o más para los hombres o **ii)** contar con un tiempo de servicio de 15 años o más¹².

En el caso particular de los trabajadores oficiales del Banco Popular¹³, que cumplieran las condiciones para acceder al régimen de transición, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁴, debía continuársele aplicando los requisitos establecidos en el régimen anterior, a pesar de que la entidad financiera se hubiere privatizado.

La privatización del banco –según lo precisó la Corte Suprema de Justicia– no mutó la calidad de trabajador oficial del empleado desvinculado bajo el

¹¹ Sentencias del 11 de mayo de 2001, CP Germán Ayala Mantilla, Exp. 9183; 6 de marzo de 2003, CP. Ligia López Díaz, Exp. 13084; 1 de julio de 2008, CP María Inés Ortiz Barbosa, Exp. 16196; 28 de febrero de 2013, 2 de mayo de 2013, y 18 de febrero de 2016, CP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Exp. 17614, 18186 y 19316; 2 y 10 de marzo de 2016, CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp.20936 y 21099.

¹² 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 1993.

¹³ La naturaleza jurídica de la entidad bancaria demandada era de una empresa de economía mixta sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por disposición expresa del artículo 38 de la Ley 80 de 1976. Por tanto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestaban sus servicios en ese tipo de entidades tenían la condición de trabajadores oficiales.

¹⁴ Sala de Casación Laboral, sentencia del 15 de febrero de 2011, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, expediente No. 39137.

régimen oficial, ya que al contrato de trabajo debe aplicársele la disposición que rigió durante su desarrollo, y, por eso, el trabajador tiene derecho al reconocimiento de su pensión del sector público.

Esa conclusión se deriva del precedente laboral en el que se analizó el régimen aplicable de los trabajadores oficiales del Banco Popular con posterioridad a la privatización de la entidad financiera¹⁵.

En lo que interesa al caso concreto, esto es, el pago de la pensión para las personas que se encuentran bajo ese tratamiento especial, conforme con el criterio de la Corte Suprema de Justicia¹⁶, en cuanto a la entidad que debe responder por el pago de la pensión en el caso de los trabajadores oficiales del Banco Popular amparados en el régimen de transición, la Sala anotó:

i) La pensión la debe reconocer la entidad en la que estuvo vinculado el trabajador al cumplir el tiempo de servicio, cuando no esté afiliado a ninguna entidad de previsión social al momento de desvincularse del servicio oficial¹⁷.

En esas condiciones se encuentran 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 y no estaban afiliados a una entidad de previsión social.

Esto conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁸, en la que señaló que el Instituto de Seguros Sociales no puede reputarse una caja o entidad de previsión, porque estas últimas no siguieron las reglas de un sistema contributivo como el que sirvió de base en la Ley.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencias del 29 de julio de 1998, M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara, expediente No. 10803 y del 10 de marzo de 2009, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, expediente No. 34623.

¹⁷ **DECRETO 1848 DE 1969. ARTICULO 75. EFECTIVIDAD DE LA PENSIÓN.** 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial 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 oficial empleadora.

¹⁸ Sentencia del 29 de julio de 1998, M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara, expediente No. 10803.

ii) La última empleadora con la posibilidad de ser subrogada parcial o totalmente por el Instituto de Seguros Sociales o la entidad a la que se encuentre afiliado el trabajador oficial cuando asuma la pensión de vejez, pero en las condiciones y monto del régimen de transición.

Este es el fenómeno de la «*compartibilidad*» de las pensiones y consiste en que el antiguo empleador reconoce y paga la pensión, pero el trabajador continúa cotizando al Instituto de Seguros Sociales o a otra entidad administradora de pensiones, con el fin de adquirir los requisitos para que estas últimas reconozcan el derecho a la pensión. Una vez ocurre esto, el empleador se subroga por la entidad de seguridad social en la obligación de pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual debe sufragar al pensionado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que, en el presente caso, el Banco Popular excluyó de la base del cálculo actuarial de la reserva para pensiones a un grupo de personas, precisamente, por estimar que, al pertenecer al régimen transicional del artículo 36 de la Ley 100, el obligado a reconocer la prestación pensional sería el Instituto de Seguros Sociales y no el banco.

Dado que esa conclusión es errónea y que, como se dijo, el banco es el que, probablemente, debía pagar las respectivas pensiones, estaba también obligado a incluir en la base del cálculo actuarial de la reserva para pensiones a esas personas.

Por esa razón, no era procedente disminuir ese valor del cálculo presentado con corte a 31 de diciembre de 1998, como en efecto lo resolvió la Superintendencia Bancaria mediante los actos administrativos demandados.

3.3.2. De la violación de los principios y las normas contables

El Banco Popular alega que el cálculo actuarial solo debe registrar las sumas que debería pagar al personal que haya adquirido o esté por adquirir el

derecho a pensión, y que los extrabajadores que la Superintendencia Bancaria ordenó incluir solo tienen expectativas de pensionarse.

Sobre la violación de las normas contables y la necesidad de incluir el pasivo eventual de las citadas pensiones en el cálculo actuarial de la reserva correspondiente, la Sala ha precisado que la orden de la Superintendencia Bancaria de incluir en el cálculo actuarial el personal amparado en el régimen de transición no desconoce las normas ni principios contables, pues esta tiene por objeto garantizar que el demandante tenga la cobertura prudente y suficiente para sus pasivos¹⁹.

Conforme con el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, las pensiones de jubilación representan el valor presente de las erogaciones futuras que el ente económico deberá hacer a favor del empleador luego de su retiro, o a empleados retirados, de conformidad con las normas legales o contractuales.

Este valor se debe reconocer al cierre del período con base en estudios actuariales preparados. En concordancia con lo anterior, el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993 establece que se deben contabilizar provisiones para cubrir los pasivos estimados y las contingencias de pérdidas probables.

De acuerdo con los principios contables de realización²⁰, prudencia²¹ y causación²², los pasivos estimados y las contingencias probables deben reconocerse contablemente mediante provisiones, con el fin de ser cubiertos cuando se presenten.

Este reconocimiento contable de pasivos estimados debe realizarse como resultado de un hecho económico que genera una obligación de hacer o dar a cargo del ente, pero que por razones temporales o por depender de un

¹⁹ Sentencias del 11 de mayo de 2001, CP Germán Ayala Mantilla, Exp. 9183; 6 de marzo de 2003, CP Ligia López Díaz, Exp. 13084; 24 de julio de 2008, María Inés Ortiz Barbosa, Exp. 16196; 28 de febrero de 2013, 2 de mayo de 2013 y 5 de febrero de 2016, CP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Exp. 17614, 18186 y 19316.

²⁰ Decreto 2649 de 1993. Artículo 12. Realización. Sólo puede reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables.

²¹ Decreto 2649 de 1993. Artículo 17. Prudencia. Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos y, subestimar los pasivos y los gastos.

²² Decreto 2649 de 1993. Artículo 48. Contabilidad por causación. Los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado en efectivo o su equivalente.

hecho futuro, no se conoce su cuantía definitiva, como ocurre con las obligaciones pensionales.

A lo anterior hay que agregar que la Circular Externa 063 de 1990, de la Superintendencia Bancaria²³, estableció que las entidades vigiladas que tuvieran a cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, debían realizar un cálculo actuarial en el que se contemplara la totalidad de las pensiones actuales y eventuales.

Con esto se pretende evitar que las dificultades económicas de las empresas que tengan a su cargo el pago de pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a la seguridad social.

En el caso del Banco Popular, los pasivos deben ser reconocidos en razón a que antes de la privatización se produjeron eventos de tipo laboral que permitían prever el sacrificio económico de la entidad por obligaciones pensionales a su cargo.

Lo antedicho, además, a que las normas laborales, y como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, disponen que será la entidad financiera la que probablemente tendrá a su cargo el pago de la pensión o el mayor valor de la misma, respecto de los extrabajadores oficiales que se encuentren amparados en el régimen de transición.

3.4.3. Violación del derecho a la igualdad

El Banco Popular señala que es la única entidad financiera privada que, de acuerdo con las exigencias de la entidad demanda, debe hacer el cálculo actuarial de las pensiones. Que esa exigencia viola el derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política.

La Sala considera que no se viola del derecho a la igualdad porque, como lo resolvió el Tribunal en la sentencia apelada, el demandante no señaló de

²³ Recuérdese que el artículo 325 del EOSF le otorgó a la Superintendencia Financiera la inspección, vigilancia y control de entidades financieras, bursátiles o aseguradoras. Dentro de ese propósito y en relación con el pasivo pensional, tiene la facultad de aprobar los estudios actuariales para pensiones de jubilación que le sean presentados por las instituciones vigiladas.

manera concreta a qué entidad financiera que hubiera estado en las mismas circunstancias se le concedió un trato diferente sin justificación, aspecto indispensable para sustentar la violación al derecho a la igualdad.

En todo caso, como la Sala lo ha precisado, las circunstancias especiales en las que se encuentran los extrabajadores oficiales y el cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular son, precisamente, los aspectos que diferencian al demandante de otras entidades financieras.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco Popular SA contra la Superintendencia Bancaria de Colombia.

SEGUNDO: RCONÓCESE personería al abogado Ariel Humberto Guevara Pabón para actuar como apoderado del Banco Popular S.A.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Expediente: 250002324000200600940 01 (20250)
Demandante: Banco Popular SA
Demandados: Superintendencia Financiera de Colombia
Acción De Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
FALLO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ