



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: BANCO POPULAR S.A.
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA
RADICADO: 250002324000200500871 01 (20936)
ASUNTO: EXCLUSIONES DEL CÁLCULO ACTUARIAL

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” –en descongestión-, que negó las súplicas de la demanda.

I) 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 fueron



vendidas a la sociedad Popular Investment S.A. convirtiéndose así en una entidad financiera privatizada.

El 26 de noviembre de 2004, la sociedad actora remitió a la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- el cálculo actuarial del banco con corte a 31 de diciembre de 2004, que fue elaborado de acuerdo con la nueva naturaleza jurídica del banco, esto es, la de una entidad privatizada.

Mediante oficio No. 200463555-1 del 10 de febrero de 2005 (primer acto acusado), la superintendencia se abstuvo de impartir su aprobación al cálculo actuarial presentado por el banco, por cuanto entre las novedades informadas figura la exclusión del personal que tiene la posibilidad de completar el tiempo de servicio con el Estado requerido en el régimen de la Ley 33 de 1985, y que por tal motivo, deben permanecer en el cálculo actuarial.

El 16 de febrero de 2005, el banco presentó un nuevo cálculo actuarial en el que da cumplimiento a lo ordenado por la superintendencia. No obstante, deja constancia que se encuentra inconforme con dicha decisión, por lo que en el mismo escrito interpuso recurso de reposición en subsidio apelación.

Mediante oficio del 25 de febrero de 2005, radicado con el No. 2004063555-4 (segundo acto acusado) la superintendencia aprueba el anterior cálculo actuarial, por \$97.785.489.927 y, le informa al banco que la reserva por bonos pensionales debe hacerse por la suma de \$5.184.373.703.

Contra dicho acto, el banco interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.



Mediante la Resolución No. 0581 del 4 de abril de 2005 (tercer acto acusado) la demandada resolvió desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos en contra de los oficios No. 2004063555-1 y 2004063555-4 del 10 y el 25 de febrero de 2005 y, se abstuvo de conceder el recurso de apelación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 795 de 2003¹, que dispone que contra los actos de carácter particular que profiera la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- solo procede el recurso de reposición.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Banco Popular S.A., solicitó:

“1) Que se declare la nulidad parcial de los oficios Nos. 2004063555-1 del 10 de febrero de 2005, 2004063555-4 del 25 de febrero de 2005 y, la Resolución No. 0581 del 4 de abril de 2005, 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 2004, presentado el 25 (sic) de noviembre de 2004 por el BANCO PUPULAR, mediante carta radicada bajo el No. 2004063555-0.

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

¹ **Artículo 87.** El artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero quedará así:

"Artículo 335. Contra los actos administrativos de carácter particular expedidos por la Superintendencia Bancaria sólo procederá el recurso de reposición interpuesto en la forma establecida en el Código Contencioso Administrativo."



Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, dijo:

Violación de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 1 literal a) del Decreto 3041 de 1966, 2 litera a) del Decreto Ley 433 de 1971, 6 del Decreto 1650 de 1977, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, 1 de la Ley 33 de 1985 y, 27 del Decreto 3135 de 1968. Violación del régimen de pensiones del sector privado.

La superintendencia desconoció que las normas que consagran el régimen de pensiones en el sector privado, son aplicables al banco desde su privatización. Esa normativa establece en cabeza del ISS, y no de los empleadores, la obligación del reconocimiento y pago de sus pensiones.

El Consejo de Estado² ha señalado que la privatización de una entidad financiera estatal, como es el caso del banco, genera el cambio al régimen del sector privado para aquellos trabajadores que todavía no han adquirido el derecho a la pensión.

Por tanto, es procedente que el banco excluyera del cálculo actuarial las personas que solo tienen simples expectativas de la pensión y, se encuentran afiliadas y cotizando al ISS.

El banco no tiene la obligación de emitir un bono pensional por el tiempo trabajado por dicho personal antes de su privatización. En ninguna norma legal se consagra la posibilidad de que el empleador expida un bono pensional para cubrir la diferencia de edad o de tiempo de servicio entre uno y otro régimen pensional.

² Sala de Consulta Civil, concepto del 16 de julio de 1998, radicado No. 1104.



En este caso no es aplicable el régimen de transición dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2527 de 2000, en tanto esta norma empezó a regir cuatro años después de que el banco se hubiere privatizado.

Los Decretos 1748 de 1995, artículo 45³ y 813 de 1994, artículo 5⁴ - normativa que también se refiere a la transición de las pensiones de jubilación- deben ser interpretados en forma armónica con las normas que rigen actualmente para el sector privado, en virtud de las cuales el ISS subrogó a los empleadores en el cubrimiento de la pensión.

Violación de los artículos 48, 50, 52, 53, 289 y 445 del Código de Comercio, 4, 11, 12, 15, 16, 46, 47 y 77 del Decreto 2649 de 1993 y, 654 del Estatuto Tributario. Violación normas de carácter contable.

Los actos acusados desconocen los principios de contabilidad al haber aprobado un cálculo actuarial que no correspondía a la realidad económica y financiera de la entidad, ni con el cambio de naturaleza de la misma.

El cálculo actuarial sólo debe registrar las sumas que el banco deberá pagar al personal que haya adquirido o esté por adquirir el derecho a pensión, y los ex

³ “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 5^o del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.”

⁴ 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....”



trabajadores que la superintendencia ordenó incluir solo tienen expectativas de pensionarse.

Violación del artículo 52 del Decreto 2649 de 1993.

En este cargo, la entidad demandante relacionó varios cuadros comparativos de los cálculos actuariales presentados anualmente desde fecha de corte diciembre 31 de 1996, año en que se privatizó el banco, hasta 31 de diciembre de 2004, 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.

Violación del artículo 13 de la Constitución Política. Violación al principio de igualdad.

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.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

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.

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. 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 1994⁵ que modificó el artículo 5º del Decreto 813 de 1994.

⁵ **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



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.

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.

No es cierto que los actos demandados vulneren el principio de igualdad pues, toda entidad bancaria y financiera, independientemente de su naturaleza, debe asumir sus pasivos pensionales; por el contrario, permitirle al banco demandante que se sustraiga de tales obligaciones implicaría darle un privilegio injustificado y sin causa legal.

IV) INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale 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 aun mismo empleador. "



4.1. Mediante auto del 13 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” -en descongestión-, ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Fondo de Garantías e Instituciones Financieras.

4.2. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** indicó que 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.

No se presenta una violación al principio de igualdad dado que el tratamiento que se le aplica al Banco Popular en materia pensional es el mismo al que estaría sometida cualquier otra entidad que se privatizara con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

4.3. El **Fondo de Garantías de Instituciones Financieras** interpuso recurso de reposición contra la decisión que ordena su vinculación, con fundamento en que carece de interés en el resultado del proceso en tanto solo intervino como orientador y administrador del programa de enajenación de las acciones que poseía la Nación en el banco.



Actuación, que realizó en calidad de mandatorio de la Nación, por lo tanto, una vez concluyó el proceso de venta, finalizó las obligaciones adquiridas con el mandato.

4.4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 15 de mayo de 2013, repuso el auto del 13 de noviembre de 2012, en el sentido de ordenar la desvinculación de FOGAFIN.

V). LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”-en descongestión-, mediante providencia del 25 de noviembre de 2013, denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

El cambio de naturaleza del banco, de un ente de carácter público a una entidad financiera privada, no genera que los trabajadores que estén amparados y con expectativas de jubilarse en el régimen oficial, pierdan ese derecho.

Lo anterior por cuanto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen especial de transición que permite a las personas pensionarse en el régimen anterior, cuando tengan la expectativa de adquirir el derecho de pensión.



El requerimiento de la Superintendencia se efectuó bajo los parámetros legales y contables, toda vez que el cálculo actuarial debe prever no solo las obligaciones pensionales actuales sino también las eventuales o futuras.

Para cumplir con esa medida, las empresas deben incluir en su contabilidad las respectivas reservas para asegurar los recursos necesarios para cubrir los pasivos estimados y las contingencias.

En cuanto a la alegada violación al derecho a la igualdad, la actora no se refirió de modo particular y concreto a ningún banco de naturaleza jurídica privada, respecto del cual la superintendencia, en lo relativo a la elaboración del cálculo actuarial, hubiere otorgado un trato más favorable que aquella. En consecuencia, no existe ningún parámetro de comparación para poder analizar la alegada vulneración.

VI) EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

El *a quo* desconoció que al pasar el banco de ser una entidad oficial a una de carácter privado, cambió el régimen pensional de sus empleados, porque cuando estos tenían el carácter de servidores públicos estaban sometidos a la Ley 33 de 1985 o el Decreto 3135 de 1968 y, cuando la entidad se privatizó, el régimen se modificó a los del sector privado.



La normativa que regula el régimen pensional en el sector privado establece a cargo del ISS, y no de los empleadores, la obligación del reconocimiento y pago de las respectivas pensiones.

El banco excluyó del cálculo actuarial, a los ex funcionarios beneficiarios del régimen de transición, toda vez que estos siempre estuvieron afiliados al ISS. Además, no tenían un derecho de pensión adquirido puesto que no habían cumplido los requisitos legales para acceder a la jubilación.

La decisión de la superintendencia, impidió al banco registrar en su contabilidad y en los estados financieros la realidad jurídica y financiera de la entidad privatizada.

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.

VII) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante no presentó alegatos de conclusión.

La Superintendencia Financiera reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos expuestos en el escrito de intervención.

El Ministerio Público no rindió concepto.



VIII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 25 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C"-en descongestión-, que denegó las súplicas de la demanda.

1. Problema jurídico

1.1. La Sala debe establecer si es procedente que la Superintendencia Financiera ordenara al Banco Popular S.A. incluir en el cálculo actuarial de pensiones y bonos pensionales, a un grupo de personas amparadas en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para tal efecto, se verificará si esa decisión desconoce (i) el régimen de pensiones del sector privado, (ii) los principios y normas contables y, (iii) el principio de igualdad.

2. Reconocimiento y pago de las pensiones de trabajadores oficiales del Banco Popular que se encuentran amparados en el régimen de transición

Sobre el régimen pensional aplicable para las personas que se encuentran en el régimen de transición, la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en el siguiente sentido, atendiendo, en este caso el régimen jurídico y



derechos de los trabajadores del Banco Popular, según la normativa y jurisprudencia aplicables al caso en particular⁶. Según esas reglas puede decirse:

2.1. La Ley 100 de 1993 realizó un cambio estructural en el sistema de seguridad social en Colombia, al organizarlo en dos regímenes solidarios i) el de prima media con prestación definida y ii) el de ahorro individual con solidaridad. El primero de ellos, es administrado por el ISS 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.

2.2. Ante esas modificaciones, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para aquellas personas que en el momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de pensión de vejez.

Este consiste en que se les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, siempre que se encontraran en las siguientes condiciones: i) edad: 35 años o más para las mujeres y 40 años o más para los hombres, o ii) tiempo de servicio: 15 años o más⁷.

⁶ Sentencias del 11 de mayo de 2001, C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla, expediente No. 9183; del 6 de marzo de 2003, C.P. Dra. Ligia López Díaz, expediente No. 13084; del 24 de julio de 2008, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, expediente No. 16196; del 28 de febrero de 2013, del 2 de mayo de 2013, y del 18 de febrero de 2016, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expedientes No. 17614, 18186 y 19316. En esas providencias se demandaron los actos de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- que impartieron la aprobación del cálculo actuarial de la reserva para las pensiones de jubilación del Banco Popular S.A. a 31 de diciembre de los años 1996, 1997, 2000, 2003, 2001 y 1999, respectivamente.

⁷ 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.



El régimen de transición tiene entonces el fin de no despojar a estas personas de la expectativa de adquirir la pensión, pues la Ley 100 de 1993 exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

2.3. En el caso de los trabajadores oficiales del Banco Popular⁸, que cumplieran las condiciones para acceder al régimen de transición, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁹, debe continuársele aplicando los requisitos establecidos en el régimen anterior aunque la entidad financiera posteriormente se hubiere privatizado.

La privatización del banco no muta la calidad de trabajador oficial de un empleado desvinculado bajo el régimen oficial, ya que a su contrato de trabajo debe aplicarse 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 financiera¹⁰.

2.4. En lo que interesa al caso analizado, esto es, el pago de la pensión para las personas que se encuentran bajo ese tratamiento especial, conforme con la postura

⁸ 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.

⁹ Sala de Casación Laboral, sentencia del 15 de febrero de 2011, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, expediente No. 39137.

¹⁰ *Ibídem.*



que la Corte Suprema de Justicia¹¹ ha emitido 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, se anota:

i) La debe reconocer la entidad en la cual estuvo vinculado al cumplir el tiempo de servicio, cuando el empleado no esté afiliado a ninguna entidad de previsión social, al momento de desvincularse del servicio oficial¹².

En este caso, 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 de 1993, y no estaban afiliados a una entidad de previsión social –el Seguro Social no tiene esa calidad-.

Eso conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹³ en la que se ha señalado que el ISS 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 100 de 1993 para la creación del instituto.

¹¹ 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.

¹² **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.

¹³ 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 ISS o la entidad a 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 ISS u otra entidad administradora de pensiones con el fin de adquirir los requisitos para que estas últimas reconozcan el derecho a la pensión. Una vez esto ocurre 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.

2.5. Siguiendo esas reglas, compártalas o no la Sección, lo cierto es que la realidad económica y jurídica del Banco Popular, armoniza con las órdenes expedidas por la superintendencia, que solo cumple, en este sentido, su labor de vigilancia para garantizar la sostenibilidad financiera del banco.

En tal sentido, no puede el banco exonerarse de la obligación impuesta por la superintendencia en relación con la pensión de sus trabajadores que se encuentran en el régimen de transición por tratarse de una contingencia que debe provisionarse conforme a las sanas reglas de administración.

2.6. Es por las razones expuestas, con base en la jurisprudencia laboral, que el Banco Popular debe incluir en la base del cálculo actuarial a los ex trabajadores oficiales que se encuentren en el régimen de transición, pues probablemente ha de pagar las respectivas pensiones, en los términos indicados.

En consecuencia, no prospera el cargo.



3. Violación de las normas y principios contables

3.1. Según el apelante, el cálculo actuarial sólo debe registrar las sumas que el banco deberá pagar al personal que haya adquirido o esté por adquirir el derecho a pensión, y los ex trabajadores que la superintendencia ordenó incluir solo tienen expectativas de pensionarse.

3.2. En torno a la violación de las normas contables y a la necesidad de incluir el pasivo eventual de las citadas pensiones en el cálculo actuarial, la Sala en pleito sostenido por las mismas partes, se ha pronunciado en el siguiente sentido¹⁴.

3.2.1. 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 de empleados luego de su retiro, o a empleados retirados, de conformidad con las normas legales o contractuales.

Dicho valor se debe reconocer al cierre del período con base en estudios actuariales preparados.

En concordancia con lo anterior, el artículo 52 *ibídem* precisa que se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables.

¹⁴ Sentencias del 11 de mayo de 2001, C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla, expediente No. 9183; del 6 de marzo de 2003, C.P. Dra. Ligia López Díaz, expediente No. 13084; del 24 de julio de 2008, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, expediente No. 16196; del 28 de febrero de 2013, del 2 de mayo de 2013, y del 5 de febrero de 2016, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente No. 17614, 18186 y 19316.



3.2.2. En virtud de los principios contables de realización¹⁵, prudencia¹⁶ y causación¹⁷, 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 hecho futuro, no se conoce su cuantía definitiva, como ocurre con las obligaciones pensionales.

3.2.3. A lo que hay que sumar que la Superintendencia Bancaria¹⁸ – hoy Superintendencia Financiera- estableció en la Circular Externa 063 de 1990, 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.



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.

3.2.4. En el caso del Banco Popular esos pasivos deben ser reconocidos toda vez que antes de su privatización se produjeron eventos de tipo laboral que permitían prever el sacrificio económico de la empresa por obligaciones pensionales a su cargo.

Máxime cuando las normas laborales, precisadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación, disponen que será la entidad financiera quien probablemente tendrá a su cargo el pago de la pensión o el mayor valor de la misma, respecto de los ex trabajadores oficiales que se encuentren amparados en el régimen de transición.

En consecuencia, la Sala considera que la orden de la superintendencia de incluir en el cálculo actuarial el personal amparado en el régimen transición no desconoce las normas ni principios contables, pues se repite, esta tiene por objeto garantizar que la actora tenga la cobertura prudente y suficiente para sus pasivos.

4. Violación del principio de igualdad

4.1. Afirma el apelante que el Banco Popular es el único banco privado que, de acuerdo con las exigencias del ente de control, debe hacer cálculo actuarial de pensiones.



4.2. A juicio de la Sala no hay violación al derecho a la igualdad toda vez que como lo señaló el *a quo* el demandante no señaló de manera concreta a cuál entidad financiera que hubiera estado en las mismas circunstancias se le dio por parte de la superintendencia un trato diferente sin justificación, aspecto indispensable para sustentar la violación al derecho a la igualdad.

Con todo, la Sala precisa que las circunstancias especiales en las que se encuentran los ex trabajadores oficiales y el cambio de naturaleza jurídica, son precisamente aspectos, que diferencian al banco con el resto de las entidades financieras que nacieron como privadas, circunstancia que según las constancias procesales fueron conocidas y estimadas por los adquirentes del banco, hoy en día sus propietarios.

En consecuencia, no prospera el cargo.

5. Así las cosas y de acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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,

FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada.



SEGUNDO. RECONÓCESE personería para actuar en nombre de la parte demandante al doctor Ariel Humberto Guevara Pabón, de conformidad con los escritos de sustitución y de aceptación que obran en los folios 707 y 709 del cuaderno principal No. 2.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ