

PROVISIONES - Objeto y características

Se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor, reexpresado si fuere el caso, de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y confiables.

CONTINGENCIA - Concepto y clases

Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o 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. Las contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas. Son contingencias probables aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es posible que ocurran los eventos futuros, son eventuales aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, no permite predecir si los eventos futuros ocurrirán o dejarán de ocurrir y son remotas aquellas contingencias respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es poco posible que ocurran los eventos futuros.

RECONOCIMIENTO CONTABLE DE PASIVOS ESTIMADOS - Oportunidad para su reconocimiento

Los pasivos estimados y las contingencias probables deben reconocerse contablemente a través de provisiones, con el fin de ser cubiertos cuando se presenten. En consecuencia, afectan los activos y los resultados del ente económico. Este reconocimiento contable de los pasivos estimados debe realizarse cuando como resultado de un hecho económico se genera una obligación de hacer o de dar a cargo del ente, pero que por razones temporales o por depender de un hecho futuro, no se conoce con certeza su cuantía definitiva, aunque se poseen suficientes elementos para calcular de forma razonable su valor, como ocurre con las obligaciones pensionales. Deben hacerlo, todas las entidades, públicas o privadas, que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, así como la emisión de bonos pensionales están obligadas a calcular y registrar en sus estados financieros los pasivos por este concepto y a favor de personas que tengan o vayan a adquirir ese derecho, de conformidad con normas legales o contractuales.

PRINCIPIOS DE PRUDENCIA Y CONSERVADURISMO - Concepto

En relación con los principios de prudencia o conservadurismo precisó la Sala, que se trataba de una regla contable que exige un cierto grado de precaución cuando existan circunstancias de incertidumbre para medir un hecho económico, de tal manera que los activos o los ingresos no se sobrevaloren, y que las obligaciones o los gastos no se infravaloren. De acuerdo con esta pauta, se deben prever todas las situaciones que puedan afectar los resultados financieros de la empresa, reconociendo contablemente el máximo de condiciones que afecten los gastos de la compañía.

APROBACION CALCULO ACTUARIAL ENTIDAD FINANCIERA - Autoridad competente

Dentro de ese propósito y en relación con el pasivo pensional, la Superintendencia Bancaria, a través de su Subdirección de Actuaría, tiene la facultad de aprobar los

estudios actuariales para pensiones de jubilación que le sean presentados por las instituciones vigiladas, en desarrollo de sus funciones de vigilancia y control, para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los períodos laborados ante distintos patronos.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIONES EMPLEADOS BANCO POPULAR EN REGIMEN DE TRANSICION - Continúan a su cargo a pesar de haberse convertido en empresa privada

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)”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación: 25000-23-24-000-2001-01214-01(16196)

Actor: BANCO POPULAR S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 15 de junio de 2006 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) ordenó que debían permanecer en el cálculo actuarial con corte a 31 de diciembre de 2000, 249 mujeres retiradas voluntarias que se pensionarán a los 55 años y los 759 retirados voluntarios.

ANTECEDENTES

El 21 de noviembre de 1996, el BANCO POPULAR pasó de ser una entidad bancaria de carácter estatal a una entidad financiera privada, en virtud de la venta por parte de FOGAFÍN a POPULAR INVESTMENT S.A. de las acciones que poseía la Nación en tal entidad.

El 17 de noviembre de 2000 el BANCO POPULAR remitió a la Superintendencia Bancaria el cálculo actuarial con corte a 31 de diciembre de ese año por \$76.760.532.516, elaborado conforme a la nueva naturaleza jurídica del banco.

La Superintendencia mediante **Oficio 2000096862-1 de 6 de febrero de 2001** aceptó algunas exclusiones que había hecho el Banco pero ordenó la permanencia en el cálculo actuarial de 1008 trabajadores retirados porque existía la eventualidad de completar el tiempo de servicio con el Estado. Esta decisión fue confirmada por medio de las **Resoluciones 0543 de 31 de mayo y 0691 de 4 de julio de 2001** que decidieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

Previo informe del Banco sobre el cumplimiento de la orden dada en los anteriores actos administrativos, el 17 de julio de 2001, la Superintendencia Bancaria a través del **Oficio 2001045645-2** aprobó el cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación a 31 de diciembre de 2000 por \$87.049.767.467.

Interpuestos los recursos de reposición y apelación para que se modificara la decisión de mantener en el cálculo actuarial los 1008 trabajadores retirados, la Superintendencia mediante las **Resoluciones 0961 de 3 de septiembre de 2001 y 1044 de 19 de septiembre del mismo año**, decidió en su orden los recursos interpuestos y confirmó la decisión de aprobación del cálculo actuarial adoptada en el oficio recurrido.

LA DEMANDA

El Banco Popular S.A., solicitó la nulidad parcial del Oficio 2000096862-1 de 6 de febrero; de las Resoluciones 0543 de 31 de mayo, 0691 de 4 de julio; del Oficio y 2001045645-2 de 17 de julio y de las Resoluciones 0961 de 3 de septiembre y 1044 de 19 de septiembre todos de 2001, expedidos por la Superintendencia

Bancaria; A título del restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la demandada que apruebe el cálculo actuarial de pensiones a 31 de diciembre de 2000 presentado el 17 de noviembre de 2000 por el Banco.

Invocó como violados los artículos 6, 13 y 121 a 123 de la Constitución Política; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 (Régimen de pensiones del sector privado); 1[a] del Decreto 3041 de 1966; 2[a] del Decreto Ley 433 de 1971; 6 del Decreto 1650 de 1977; 11 y 36 de la Ley 100 de 1993; 1 Ley 33 de 1985(Régimen anterior del sector público), 27 del Decreto 3135 de 1968; 48, 50, 52, 53, 289 y 445 del Código de Comercio y 654 del Estatuto Tributario; 4, 11, 12, 15, 16, 47, 52 y 77 del Decreto 2649 de 1993; 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993). El fundamento de la violación se sintetiza así:

1. Falsa Motivación

Los actos acusados desconocen que en virtud de la nueva naturaleza jurídica del BANCO POPULAR S.A., le es aplicable el régimen pensional del sector privado y por tanto su pago y reconocimiento le corresponde al Instituto de los Seguros Sociales -ISS.

A su vez desconoció que las personas que fueron excluidas del cálculo actuarial del banco no tenían derechos adquiridos sino meras expectativas, violándose así el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o régimen de transición, norma que es aplicable a los trabajadores del Banco, pues, desde que el ISS asumió este riesgo han venido cotizando a la entidad. La Sala de Consulta del Consejo de Estado en Concepto de 16 de julio de 1998 se pronunció sobre la aplicabilidad del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 a los trabajadores de una entidad financiera estatal que fue privatizada con posterioridad a la vigencia de dicha ley.

De igual manera se viola el régimen de pensiones del sector público, toda vez que para la Superintendencia el Banco estaría eventualmente obligado a reconocer y pagar dicha pensión a los 1008 exfuncionarios retirados voluntariamente; considerando que aun cuando el ISS resulte ser el obligado a pensionar a estos exfuncionarios, el Banco Popular estaría obligado a expedir el bono pensional por la diferencia del tiempo transcurrido entre el previsto en el régimen oficial y el del ISS. Esta tesis oficial desconoce la doctrina y la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, según la cual el derecho a pensión de jubilación o de vejez se adquiere solamente cuando se hayan cumplido tanto los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos por la ley, como así lo confirma el inciso 6 del artículo 36 de la Ley 100.

Al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 un trabajador que hubiera cumplido con uno solo de los requisitos para pensión no habría adquirido el derecho a dicha prestación sino que tenía una simple o mera expectativa, por tanto las personas que a la fecha de privatización del banco tenían el tiempo de servicio pero no la edad no podían ser incluidos en el cálculo actuarial, sin embargo la Superbancaria exigió al Banco Popular incluir a 1008 exfuncionarios.

Tampoco es cierto como lo ha dicho la Superintendencia desde que se aprobaron en iguales términos los cálculos actuariales con corte a 31 de diciembre de 1997 que el Banco tenga que expedir los bonos pensionales aun cuando exista una diferencia de tiempo que tenga que cubrir, pues ninguna norma legal prevé esa obligación.

Finalmente señala que los actos acusados están viciados de falsa motivación, pues los motivos aducidos por la entidad demandada al exigirle al banco incluir en su cálculo actuarial a 31 de diciembre de 2000 a los 1008 exfuncionarios retirados voluntariamente, no corresponden a la realidad fáctica ni jurídica del Banco Popular. El Banco siempre ha tenido a sus trabajadores afiliados al ISS y por tanto es la entidad que debe concurrir con la cuota parte que se genere por algún reconocimiento pensional, salvo en el caso de las personas que vivían en municipios donde no operaba el ISS.

Ni siquiera los funcionarios que a la fecha de privatización del Banco no habían cumplido la edad ni el tiempo de servicios, tenían derecho a ser incluidos en el cálculo actuarial, como lo aceptó la Entidad al pronunciarse sobre el cálculo de 2000.

De otra parte, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, las únicas empresas del sector privado que pueden ser pagadoras de pensiones son aquellas que nunca afiliaron a sus trabajadores al ISS o que les concedieron pensiones extralegales.

No se comparte el argumento de la Superintendencia según el cual sólo es suficiente hacer el cálculo actuarial por concepto de pensiones de jubilación, pues conforme al PUC existe una cuenta diferente que es la provisión por demandas laborales en las que se deben registrar solamente las posibilidades o probabilidades de que el banco sea condenado judicialmente.

2. Violación de normas contables

Los actos acusados aprobaron un cálculo actuarial que no corresponde a la realidad económica y financiera del Banco, pues, pertenece más a una entidad de carácter oficial que privado, por tanto, el Banco tuvo que registrar en sus Estados Financieros a diciembre 31 de 2000 un hecho económico que no refleja en forma clara, completa, oportuna y fidedigna la situación real de sus negocios a esa fecha y los mismos no resultan útiles, confiable ni pertinentes en la medida en que no reflejan el hecho económico, realizado y cumplido de la privatización del Banco.

Se violó también el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, que define contablemente las provisiones y las contingencias, pues, el pago de las pensiones constituye una contingencia, porque no hay certeza sobre su ocurrencia y en el caso del Banco, la posibilidad disminuyó al convertirse en una entidad privatizada, cuyo régimen de pensión de los trabajadores cambió sustancialmente.

Explicó mediante cuadros las diferencias entre el cálculo actuarial realizado por el Banco y el realizado por la Superintendencia cada año desde 1996 en los cuales se demuestra la incidencia que tuvo el cambio de naturaleza del Banco y que fueron excluidos del cálculo actuarial aquellos trabajadores que serán pensionados por el ISS y no por el Banco. También fueron excluidos del cálculo los ex-funcionarios que se retiraron voluntariamente con el compromiso de ser pensionados al llegar a determinada edad, porque a la fecha de la privatización de la entidad no habían adquirido el derecho a la pensión.

Finalmente, se violó el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, modificado por el 1 del Decreto 2852 de 1994 porque el cálculo actuarial debe incluir el dinero que el Banco deberá pagarles a las personas que tengan adquirido el derecho o vayan a adquirirlo; bajo esas condiciones el cálculo de las pensiones de jubilación baja notoriamente en relación con el que tenía cuando era entidad oficial. Es decir, por efectos de la Ley 100 de 1993 la afiliación que siempre han tenido los trabajadores del Banco al ISS, una vez éste fue privatizado se sustrae de la obligación de

reconocer y pagar las pensiones de jubilación a los trabajadores que anteriormente se habían incluido en el cálculo.

3. Incompetencia

Los actos demandados son violatorios del artículo 326 del Estatuto Financiero sustituido por el Decreto 2359 de 1993 artículo 2, porque la Superintendencia no tiene competencia para interpretar las normas laborales y decidir sobre su aplicabilidad en relación con el cálculo actuarial.

Citó algunos argumentos planteados en otros actos de la Superintendencia que decidieron sobre la aprobación de los cálculos actuariales de otros años, a los cuales se remiten los actos acusados y donde es evidente que la demandada se excedió en sus funciones legales y reglamentarias, al haber decidido sobre asuntos que no eran de la órbita de su competencia, toda vez que ni la Constitución, ni la ley se la atribuyen, incurriendo en extralimitación de funciones.

4. Violación del derecho fundamental a la igualdad

Consideró vulnerado el principio a la igualdad frente a las demás instituciones financieras de carácter privado que también tienen sus empleados afiliados al ISS y no están obligadas a efectuar el cálculo actuarial de pensiones ni efectuar las respectivas provisiones, pues no tendrán que reconocerlas ni pagarlas en el futuro. La decisión de la Superintendencia pone al Banco en condiciones de ostensible inferioridad en relación con los demás bancos privados, no obstante cuando se privatizó tuvo que doblar sus aportes al ISS para quedar en igualdad de condiciones con los demás bancos privados.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1. Excepción de inepta demanda por no comprender a todos los litisconsortes porque el Banco pretende que sea el ISS quien asuma los derechos pensionales de los trabajadores bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir que asuma el régimen de pensión consagrado en la Ley 33 de 1985, lo cual significaría que el ISS incurriría en una carga económica sin haber sido citado ni comparecido al proceso.

También se debieron citar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Fondo de Garantía de Instituciones Financieras porque fueron las entidades que vendieron las acciones que poseía la Nación en el Banco Popular y en caso de que se acceda a la demanda habría una modificación del precio de compra y una alteración de las bases del negocio.

2. Como cuestión preliminar señaló que los actos de la Superintendencia Bancaria gozan de la presunción de legalidad y tuvieron por finalidad asegurar las provisiones contables, adecuadas y necesarias para garantizar el pago de las pensiones de todos los trabajadores.

Los actuales propietarios del Banco Popular conocían y aceptaron, al momento de su compra, el cálculo actuarial y el régimen de transición y legislación aplicable a cada trabajador, por su naturaleza de servidor público y la obligación de mantener para ellos ese régimen. Los nuevos accionistas acordaron asumir el pasivo laboral al tiempo de la privatización y ahora pretenden desconocerlo.

Manifestó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite llegar a la conclusión de que los trabajadores no pierden los derechos del régimen en transición por el hecho de la privatización del Banco.

3. El Banco sí está obligado a reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores que se encuentren en régimen de transición, en términos del Decreto 3135 de 1968 y de la Ley 33 de 1985.

El Consejo de Estado¹ declaró nulo el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1160 de 1994 porque incluyó nuevas causales de pérdida del beneficio de aplicación del régimen de transición sin estar previstas en la norma legal, lo cual iba en detrimento de los derechos de los trabajadores, sin embargo, en nada desdice los derechos de los trabajadores enmarcados en los supuestos de hecho del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para que les sea aplicado el régimen anterior consagrado en la Ley 33 de 1985, sino que al contrario, los preserva de su pérdida al no aceptar causales que no hayan sido previstas en la ley.

4. Insiste que los actuales propietarios del Banco Popular conocían y aceptaron, al momento de la adquisición de las acciones que tenía la Nación, el cálculo actuarial

¹ Sentencia de 10 de abril de 1997.

y el régimen de transición y legislación aplicable a cada trabajador, por su naturaleza de servidor público y la obligación de mantener para ellos ese régimen.

No es cierto que el Banco Popular, por la simple circunstancia de haberse convertido en privado, haya sido excluido de la obligación de reconocer y pagar las pensiones de jubilación de todas las personas que estaban en el cálculo actuarial cuando era de naturaleza oficial.

El cálculo actuarial a diciembre de 31 de 2000, refleja criterios de prudencia y seguridad de las provisiones contables necesarias que aseguraran los derechos de los trabajadores relacionados con pensiones actuales o futuras. La Superintendencia Bancaria respetó toda la normatividad que la actora afirma fue violada, pues conforme con su Circular Externa 063 del 14 de diciembre de 1990, el cálculo actuarial debe contemplar la totalidad de las pensiones actuales y eventuales, por lo que sólo si la contabilidad se lleva de esta forma es posible que sea clara, completa y fidedigna.

El problema jurídico no es determinar si se trata de un derecho adquirido o de una mera expectativa, sino de desarrollar un análisis del tema para entender que el legislador se preocupó por respetar, bajo una política de protección social al trabajador, el derecho a mantener las condiciones del régimen jurídico anterior conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que tales expectativas no se pueden excluir de los cálculos actuariales o estados financieros.

Los actos administrativos respetaron las normas contables, pues los pasivos que se deben reconocer respecto de los trabajadores no son solamente los exigibles, sino también los probables que puedan ser estimados razonablemente, como contingencias (artículo 52 del Decreto 2649 de 1993).

5. Es claro que la Superintendencia Bancaria no tiene competencia para resolver controversias laborales y absolver diferencias y conflictos que se presenten con relación a los derechos de los trabajadores que laboran en el Banco. Pero sí tiene competencia para la aprobación de los cálculos actuariales de pensiones de sus entidades vigiladas conforme lo señala el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 333).

6. No se evidencia la violación al principio constitucional del derecho a la igualdad frente a las demás instituciones financieras, pues, todas las entidades bancarias y

financieras, independiente de su naturaleza jurídica, pública o privada, deben asumir sus pasivos pensionales y hacer las provisiones en sus cálculos actuariales que garanticen de manera prudente estas contingencias sobre erogaciones futuras.

Lo que sí atentaría contra el derecho a la igualdad es permitir que el Banco Popular, por el cambio de dueño se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones laborales y pensionales, porque ello implicaría un privilegio injustificado, en detrimento de las demás entidades financieras que también deben asumir sus pasivos pensionales.

TERCEROS INTERVINIENTES

La **Unión Nacional de Empleados Bancarios** se opuso a las pretensiones de la demanda, pues, considera que éstas tienden a excluir de las provisiones contables derechos pensionales de los trabajadores que a 21 de noviembre de 1996 tenían vínculo laboral con el Banco o extrabajadores pendientes de cumplir requisitos de la Ley 33 de 1985 y demás leyes reglamentarias de derechos pensionales para los trabajadores oficiales. Cuando el Banco se privatizó, las obligaciones a su cargo y los derechos pensionales a favor de los trabajadores fueron conocidas, aceptadas y confirmadas por los compradores.

Hasta el momento la Superintendencia no ha incluido ningún trabajador que no hubiere estado en el cálculo actuarial de 1996, por el contrario, excluyó 1.112 trabajadores del cálculo actuarial de 2000.

El Banco confunde los derechos pensionales con el no privilegio accionario a que se refiere la Ley 226 de 1995, aplicable a la enajenación de acciones a bonos del Estado, pero que no puede aplicarse a las obligaciones laborales, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, el cambio de naturaleza jurídica que sufra una entidad no puede afectar los derechos pensionales de los trabajadores, así la entidad sea la que pierde los privilegios que tenga en su carácter de oficial.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso a las pretensiones de la demandante porque el hecho de que se haya privatizado el Banco Popular no

tiene incidencia en el régimen aplicable a las pensiones de sus extrabajadores ni en la de sus trabajadores activos en virtud de su régimen de transición.

No se violaron las normas contables citadas en la demanda, pues el banco tenía unas obligaciones pensionales que no desaparecieron por el hecho de su privatización, las cuales debían registrarse en la contabilidad conforme con dichas disposiciones que obligan a tomar en cuenta para el cálculo actuarial tanto las pensiones causadas, las que se van a causar, las actuales y las eventuales. Así mismo tampoco se evidencian vicios de incompetencia, pues la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus funciones y para efectos de aprobar los cálculos actuariales debe aplicar las reglas contables y determinar sus efectos.

Finalmente señala que no existe violación del principio de igualdad, pues de acuerdo a como la ha señalado la Corte Constitucional, la igualdad se profesa entre iguales, desde este punto de vista el tratamiento al que está sujeto el Banco Popular en materia pensional es idéntico al que estaría sometida cualquier otra entidad que se privatizara con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y si el banco tenía obligaciones distintas a los demás bancos privados, es porque su situación no es igual a la de ellos, pues fue un banco oficial, circunstancia que justifica una diferencia de trato.

El Instituto de los Seguros Sociales solicitó desestimar las pretensiones de la demandante y coadyuvó la respuesta dada por la Superintendencia Bancaria; agregó que los trabajadores no pierden los derechos del régimen de transición por el hecho de que el Banco Popular se hubiera privatizado. Tampoco se violó el principio de igualdad, pues el Banco Popular no se identifica plenamente con las entidades privadas que nacieron a la vida jurídica en tal calidad.

El Fondo de Entidades Financieras -FOGAFIN solicitó la desvinculación del proceso porque no es sujeto procesal ni tiene interés en su resultado, toda vez que con la venta del Banco terminó su mandato por lo que ya no actuaría como mandatario de la Nación. Sin embargo, los actos administrativos impugnados no violan la ley sino que por el contrario armonizan con la normatividad y el espíritu de la ley que rige la materia, al garantizar que los trabajadores que a la fecha de privatización del banco no tenían ni la edad ni el tiempo de servicios para la pensión, no sean excluidos del cálculo actuarial de 2000 por cuanto aun conservan la posibilidad de acceder a la pensión.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada la excepción propuesta y negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

1. No prospera la **excepción de inepta demanda por no comprender a todos los litisconsortes necesarios**, pues, el Tribunal por auto de 30 de mayo de 2002 negó la vinculación del ISS, del Ministerio de Hacienda y de Fogafín en tal calidad, pero ordenó que se vincularan como terceros con interés directo en el proceso.

Tampoco era necesaria la vinculación al proceso de los trabajadores que laboraban en el Banco al momento de la privatización, pues, sus derechos no se verían afectados por la modificación o no del cálculo actuarial.

2- Los cargos de falsa motivación y violación de normas superiores, en especial el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, coinciden en que a juicio del actor, la Superintendencia debió aprobar la exclusión que hizo el Banco de las personas cuyo reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación correspondía al ISS, sin embargo consideró que tales previsiones pensionales debían mantenerse dentro del cálculo actuarial porque existía la posibilidad de que fuera el Banco Popular y no el ISS el que debiera responder por el pago de las mismas.

El cálculo actuarial que elabora cada entidad del sector financiero debe ser sometido a la aprobación de la Superintendencia Bancaria como ente de control, dicho cálculo es una proyección estimada de los pasivos pensionales por los que deberá responder la entidad en el futuro.

La Ley 33 de 1985 regulaba el régimen pensional de los trabajadores de entidades oficiales y con la expedición de la Ley 100 de 1993 se consagró un régimen de transición para algunos trabajadores podían seguir regulándose por la Ley 33. Como antes de que se produzca el reconocimiento de la pensión de jubilación no existe para el trabajador un derecho adquirido sino una simple expectativa y como el cálculo actuarial es la proyección de un hecho que puede o no ocurrir, se deben incluir para efectos del cálculo actuarial, los trabajadores que laboraron para el Banco cuando su naturaleza era oficial, pues, tenían la posibilidad de quedar incursos en el régimen de transición y quedar cobijados por el sistema anterior a la Ley 100 de 1993, caso en el cual la diferencia en la pensión a cargo del ISS por su

afiliación a esta entidad debe ser asumida por el Banco Popular S.A., si a ello hay lugar, independientemente de su privatización. Mientras exista esa posibilidad, las previsiones contables deben permanecer dentro del cálculo actuarial.

3- No prospera el cargo de incompetencia de la Superintendencia Bancaria para interpretar normas laborales y decidir sobre la aplicabilidad de las mismas a los cálculos actuariales, dado que, las autoridades estatales a través de los funcionarios públicos pueden y deben aplicar las normas jurídicas pertinentes en la solución de asuntos que ante ellas se plantean, lo cual obviamente implica su interpretación (artículo 26 Código Civil).

4- No se vulneró el principio de igualdad, en razón a que la situación del demandante es evidentemente diferente a la situación de las entidades financieras que siempre han ostentado el carácter de empresas del sector privado. El carácter oficial del Banco antes de su privatización incidía en la regulación del régimen pensional de los trabajadores que estuvieron vinculados a él, así como también la existencia del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, lo cual evidencia que aunque existe un trato diferente, es justificado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sustentó la apelación así:

Para denegar las súplicas de la demanda el Tribunal centró su análisis en el primer cargo de la demanda, aclarando que éste fue planteado primero como falsa motivación y en otros apartes de la demanda como violación de normas superiores.

Tanto el Tribunal como la Superintendencia Bancaria aplicaron en forma indebida el régimen pensional del sector público en lugar de emplear el régimen de pensiones del sector privado dada la nueva naturaleza jurídica del Banco Popular cuyo reconocimiento le correspondía al ISS, motivo por el cual se excluyó del cálculo a exfuncionarios beneficiarios del régimen de transición quienes para la fecha de privatización no sólo venían afiliados al ISS sino que no habían adquirido derecho a la pensión por no cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio. En este sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1104 de 16 de julio de 1998 para un caso de privatización con posterioridad al 1 de abril de 1994, lo cual significaba un cambio

en el régimen de pensiones que se les venía aplicando en su calidad de servidores públicos. En el caso de autos, el Banco excluyó del cálculo actuarial a 31 de diciembre de 2000 aquellos funcionarios que al 21 de noviembre de 1996 no habían cumplido los requisitos de tiempo y edad y por tanto no habían adquirido el derecho a la pensión.

El Tribunal no analizó ninguno de los principios que rigen la contabilidad de los comerciantes, lo que impidió mostrar la realidad contable y financiera del Banco como entidad privada, pues el carácter de contingencia del pago de pensiones pasa de ser probable a remota disminuyendo provisiones futuras con incidencia en los estados financieros.

El Tribunal partió de un presupuesto falso que fue considerar que existía la posibilidad de que el régimen de la Ley 33 de 1985 en cada caso, le fuere más favorable al trabajador y por tanto, la diferencia debía ser asumida por el Banco, lo cual no es cierto, pues la controversia se generó, entre otras cosas, en el hecho de que el Banco no estaba obligado a pagar las pensiones de los funcionarios, pues no sólo no habían adquirido el derecho a la pensión, sino que siempre estuvieron afiliados al ISS. El cálculo actuarial debe incluir solamente las obligaciones a cargo de una entidad y no simples contingencias o probabilidades como lo afirma el Tribunal.

La Superintendencia se extralimitó en sus funciones en detrimento de los intereses del Banco Popular S.A., al decidir sobre el cálculo actuarial y controversias de carácter laboral, por lo que no le asiste razón al Tribunal cuando afirma que los funcionarios públicos están facultados para interpretar normas en virtud del artículo 26 del Código Civil cuando el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se lo permite.

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

Esta obligación coloca al Banco en condiciones de inferioridad frente a los demás, pues si frente al nuevo régimen legal de pensiones, las entidades privadas ya no son pagadoras de pensiones, por qué el Banco Popular si lo tiene que hacer, no obstante según los artículos 312 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y

12 de la Ley 226 de 1995 (antes del Decreto 2527 de 2000) las entidades privatizadas perderán los privilegios y no continuarán sujetas a sus obligaciones que tenían en razón de su carácter oficial.

Finalmente, la Superintendencia Bancaria le ha dado parcialmente la razón al Banco pues aceptó la exclusión de un grupo considerable de funcionarios que antes había obligado a incluir en el cálculo actuarial. Así mismo fueron aprobados los estados financieros que incluyeron el cálculo actuarial elaborado con las exclusiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reitera los argumentos expuestos tanto en la demanda como en los recursos de apelación.

La **demandada** se opuso a los argumentos de la apelación y se remitió a lo expuesto en cada una de las intervenciones de la Superintendencia Bancaria. Agregó que existen antecedentes jurisprudenciales en casos similares, como en la Corte Suprema de Justicia donde se ha analizado el régimen aplicable a los demandantes en su calidad de ex trabajadores del Banco Popular.

Si bien la Superintendencia Bancaria no es una autoridad laboral, no por ello debe abstenerse de expresar que el Banco Popular debe cumplir con sus obligaciones como entidad pagadora de pensiones respecto de los trabajadores que se encontraban en el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** reiteró los argumentos expuestos en primera instancia e insiste que en la elaboración del cálculo actuarial las empresas deben tener en cuenta que las responsabilidades asumidas frente a sus trabajadores por razón de las pensiones que se van a causar, deben estar reflejadas en su contabilidad.

Como el banco es una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, es a dicha entidad a la cual le corresponde dictar las reglas contables, por tanto, el cálculo actuarial que aprueba el organismo de control refleja de manera clara las obligaciones pensionales que la respectiva entidad tiene a su cargo.

Por último, para efectos de la valoración y privatización del Banco Popular se tomó en cuenta el cálculo actuarial en el cual se habían considerado las pensiones de los trabajadores oficiales que debía pagar el Banco, circunstancia que fue conocida con antelación por los compradores.

El **Fondo de Instituciones Comerciales -FOGAFIN** consideró que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Superbancaria en relación con el cálculo actuarial del Banco Popular con corte al año 2000 y la posible declaratoria de nulidad de los mismos, no puede extenderse a la legalidad o validez de los actos jurídicos que se realizaron con ocasión de la venta de las acciones de que poseía la Nación en el banco, ni de las garantías otorgadas como consecuencia de la privatización.

El **Ministerio Público** solicitó confirmar la sentencia apelada y se remitió al fallo proferido por el Consejo de Estado², en el cual se pronunció sobre los mismos cargos de violación en una controversia entre las mismas por otro año y se hicieron las siguientes precisiones:

El reconocimiento contable de los pasivos estimados y las contingencias probables en virtud de los principios de realización, prudencia y causación, debe realizarse cuando como resultado de un hecho económico se genera una obligación de dar o de hacer a cargo del ente que por razones temporales o de dependencia de un hecho futuro, no conocía con certeza su cuantía pero tenía los elementos para calcular en forma razonable su valor.

En el caso de las obligaciones pensionales y la emisión de bonos a cargo de las entidades públicas o privadas, éstas deben registrar en sus estados financieros los pasivos por tal concepto, representados en pensiones de jubilación a favor de personas que tengan o vayan a adquirir ese derecho.

En cuanto a las facultades de la Superintendencia Bancaria advirtió que ésta tiene la vigilancia y control de las entidades financieras entre otras, con el fin de asegurar la confianza pública en el sistema financiero, velar que mantengan permanente solidez y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones, en ese marco, agregó, que respecto del pasivo pensional la Superintendencia tiene la facultad de aprobar los estudios actuariales para

² Sentencia de 6 de marzo de 2003 M.P. Ligia López Díaz exp. 13084

pensiones de jubilación que le sean presentadas por las instituciones vigiladas para evitar que las dificultades económicas puedan afectar derechos de los trabajadores.

No se violaron normas contables, pues al contrario la actuación de la Superintendencia Bancaria se enmarcó en esas reglas; tampoco se vulneró el derecho a la igualdad, pues lo exigido es tener en cuenta para el cálculo actuarial las circunstancias en que se encuentran los trabajadores.

Destacó que el hecho de haber sido anteriormente el banco una entidad estatal, es un elemento diferenciador del régimen pensional aplicable a sus funcionarios.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala debe decidir sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) ordenó la permanencia en el cálculo actuarial del Banco Popular con corte a 31 de diciembre de 2000, de 1008 trabajadores retirados porque existía la eventualidad de completar el tiempo de servicio con el Estado, por tanto, se abstuvo de aprobar el cálculo actuarial de pensiones a 31 de diciembre de 2000 presentado el 17 de noviembre de 2000.

A juicio del Banco Popular, se debe revocar la sentencia de primera instancia, pues los actos administrativos son nulos porque a) se violaron normas superiores, ya que se aplicó en forma indebida el régimen pensional del sector público en lugar de emplear el régimen de pensiones del sector privado dada la nueva naturaleza jurídica del Banco Popular y se desconocieron los principios que rigen la contabilidad de los comerciantes, lo que impidió mostrar la realidad contable y financiera del Banco como entidad privada, b) La Superintendencia se extralimitó en sus funciones en detrimento de los intereses del Banco Popular S.A., al decidir sobre el cálculo actuarial y controversias de carácter laboral y, c) Se violó el principio de igualdad en que debe encontrarse el Banco en relación con las demás entidades financieras. En ese orden se decidirá el recurso de apelación.

a) Violación de normas superiores por la aplicación indebida del régimen pensional del sector público en lugar de emplear el régimen de pensiones del sector privado dada la nueva naturaleza jurídica del Banco Popular y por el desconocimiento de

los principios que rigen la contabilidad de los comerciantes, lo que impidió mostrar la realidad contable y financiera del Banco como entidad privada.

Señala en síntesis el demandante que se debe aceptar la exclusión del cálculo de los extrabajadores cuya pensión le corresponde al ISS, pues para la fecha de privatización no sólo venían afiliados al ISS sino que no habían adquirido derecho a la pensión por no cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio.

No se analizaron los principios que rigen la contabilidad de los comerciantes, pues el carácter de contingencia del pago de pensiones pasa de ser probable a remota disminuyendo provisiones futuras con incidencia en los estados financieros, de manera que insistir en su inclusión impide mostrar la realidad contable y financiera del Banco como entidad privada. El cálculo actuarial debe incluir solamente las obligaciones a cargo de una entidad y no simples contingencias o probabilidades como lo afirma el Tribunal.

Para resolver se observa que la Sala en sentencia de 6 de marzo de 2003, dictada dentro del expediente 13084, con ponencia de la Dra. Ligia López Díaz, decidió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria se abstuvo de aprobar el cálculo actuarial presentado por la actora con corte a 31 de diciembre de 1997 y decidió aprobar el último cálculo actuarial ajustado, demanda que por edificarse en los mismos argumentos de derecho que la presente, la decisión que allí se tomó resulta útil para decidir el presente. Además que los recursos interpuestos por el Banco ante la Superintendencia constituyen una replica contra los actos expedidos en relación con el cálculo actuarial con corte a diciembre de 1997 (pag.7 Resolución 0543 de 2001, folio 80 c.ppal.).

En esa oportunidad la Sala hizo un recuento normativo sobre la obligación de efectuar el cálculo actuarial y su incidencia en el patrimonio de la empresa, así:

Conforme al artículo 77 del Decreto 2649 de 1993 “Las pensiones de jubilación representan el valor presente de todas las erogaciones futuras que el ente económico deberá hacer a favor de empleados luego de su retiro, o a empleados retirados, o a sus sustitutos, derecho que se adquiere, de conformidad con normas legales o contractuales, por alcanzar una edad y acumular cierto número de años de servicios. Dicho valor se debe reconocer al cierre del período con base en estudios actuariales preparados, en forma consistente, con observancia de

métodos de reconocido valor técnico y de conformidad con factores que atiendan la realidad económica. Los aumentos o disminuciones en los estudios actuariales que se determinen a partir de 1994, inclusive, se deben registrar en los resultados de cada período contable, sin perjuicio de la amortización en un lapso que no podrá exceder del año 2000 del costo diferido existente al 31 de diciembre de 1993”.

También, según el artículo 52 ibídem, se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor, reexpresado si fuere el caso, de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y confiables. Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o 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. Las contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas. Son contingencias probables aquéllas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es posible que ocurran los eventos futuros, son eventuales aquéllas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, no permite predecir si los eventos futuros ocurrirán o dejarán de ocurrir y son remotas aquéllas contingencias respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es poco posible que ocurran los eventos futuros.

En la fecha en que se conozca información que indique la probable ocurrencia de contingencias y estas puedan estimarse razonablemente, deberán reconocerse contablemente con sujeción a la regla básica de la prudencia. (art. 81 del D.R. 2649/93)

De acuerdo con lo anterior precisó que teniendo en cuenta los principios contables de realización, prudencia y causación, los pasivos estimados y las contingencias probables deben reconocerse contablemente a través de provisiones, con el fin de ser cubiertos cuando se presenten. En consecuencia, afectan los activos y los resultados del ente económico.

Este reconocimiento contable de los pasivos estimados debe realizarse cuando como resultado de un hecho económico se genera una obligación de hacer o de

dar a cargo del ente, pero que por razones temporales o por depender de un hecho futuro, no se conoce con certeza su cuantía definitiva, aunque se poseen suficientes elementos para calcular de forma razonable su valor, como ocurre con las obligaciones pensionales. Deben hacerlo, todas las entidades, públicas o privadas, que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, así como la emisión de bonos pensionales están obligadas a calcular y registrar en sus estados financieros los pasivos por este concepto y a favor de personas que tengan o vayan a adquirir ese derecho, de conformidad con normas legales o contractuales.

En relación con los principios de prudencia o conservadurismo precisó la Sala, que se trataba de una regla contable que exige un cierto grado de precaución cuando existan circunstancias de incertidumbre para medir un hecho económico, de tal manera que los activos o los ingresos no se sobrevaloren, y que las obligaciones o los gastos no se infravaloren. De acuerdo con esta pauta, se deben prever todas las situaciones que puedan afectar los resultados financieros de la empresa, reconociendo contablemente el máximo de condiciones que afecten los gastos de la compañía.

Ahora bien, en los términos del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es función de la Superintendencia Financiera realizar la inspección, vigilancia y control de las entidades financieras, bursátiles o aseguradoras, para asegurar la confianza pública en el sistema financiero, velar que mantenga permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones; ello incluye supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia respecto del cumplimiento de las normas, y prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

Dentro de ese propósito y en relación con el pasivo pensional, la Superintendencia Bancaria, a través de su Subdirección de Actuaría, tiene la facultad de aprobar los estudios actuariales para pensiones de jubilación que le sean presentados por las instituciones vigiladas, en desarrollo de sus funciones de vigilancia y control, para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los

trabajadores a acumular las semanas y los períodos laborados ante distintos patronos.

El proceso de cálculo actuarial fue regulado por la Superintendencia Bancaria mediante la Circular Externa 063 de diciembre 14 de 1990 y señaló expresamente que debía contemplar la totalidad de las pensiones actuales y **eventuales**. Esta eventualidad está definida contablemente como se advirtió.

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 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 económico³.

De otra parte, como se precisó en la pluricitada sentencia, el Instituto de Seguro Social 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

³ En el Contrato de Garantía de Contingencias Pasivas y su Adición Número Uno, celebrado entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Banco Popular S.A. y otros (Folio 522 del c.ppal y Cuaderno de respuesta al Oficio 0795)

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. Pero el mayor valor entre el monto de la pensión de jubilación y el valor pagado por el Instituto estará a cargo del empleador. Estas razones indican aún más la necesidad de la provisión.

Finalmente, el hecho de que la entidad demandante haya aceptado la exclusión de un grupo considerable de funcionarios que antes había obligado a incluir en el cálculo actuarial y se aprobaron los estados financieros que incluyeron el cálculo actuarial elaborado con las exclusiones, no significa que la inclusión sea ilegal, pues como lo señaló la Sala en la sentencia que se ha venido citando “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”.

En efecto, en el caso de autos, en el oficio de 6 de febrero de 2001 la Superintendencia aceptó la exclusión, entre otros, de personas activas del ISS que se trasladaron a Fondos Privados y otras que no cumplían el régimen de transición, es decir, que conforme a los criterios de prudencia, consideró no era necesaria su provisión en el cálculo actuarial, lo cual no implicaba necesariamente que debían aceptarse todas las exclusiones, pues, respecto de las no aceptadas se esgrimió la posibilidad de que podían completar el tiempo de servicio con el Estado en el régimen de la Ley 33 de 1985, situación diferente para las que si fueron aceptadas.

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.

b) La Superintendencia se extralimitó en sus funciones en detrimento de los intereses del Banco Popular S.A., al decidir sobre el cálculo actuarial y controversias de carácter laboral.

Considera el demandante que no es cierto como lo dice el Tribunal de que los funcionarios públicos están facultados para interpretar normas en virtud del artículo 26 del Código Civil cuando el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se lo permite.

Como se advirtió en el cargo anterior, corresponde a las entidades vigiladas por la Superintendencia la presentación de sus Estados Financieros, lo cual incluye el monto total del cálculo actuarial pues corresponde a una previsión que puede afectar considerablemente los resultados del ejercicio (Circular Básica Contable 100 de 1995 y sus modificatorias). Es deber de la Superintendencia Financiera no sólo, supervisar la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia, sino prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe, de manera que si a su juicio y conforme a las normas legales, considera que el pasivo pensional no está debidamente previsto, tiene la facultad de ordenar las modificaciones que estime necesarias para impedir que hechos económicos posteriores o dificultades económicas sobrevinientes puedan afectar derechos de los trabajadores que eventualmente deban ser pensionados por la entidad.

La Sala en un pronunciamiento que decidió un litigio entre las mismas partes por similares circunstancias a las que ahora se controvierten precisó:

“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.”⁴

Por lo anterior, reitera la Sala que cuando la Superintendencia Financiera ordena la inclusión de ciertos trabajadores dentro del cálculo actuarial, con fundamento en serios criterios de prudencia y legalidad, lo hace en ejercicio de sus facultades

⁴ Sentencia del 11 de mayo de 2001, Sección Cuarta, exp. 9183, Actor: Banco Popular, C.P. Germán Ayala Mantilla.

legales y por tanto la entidad vigilada debe cumplir con sus disposiciones. No prospera el cargo.

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.

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.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala concluye que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, por lo que no hay motivo para revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Corolario de lo expuesto se confirmará la decisión del Tribunal.

En mérito a 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 de 15 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A".

RECONÓCESE PERSONERÍA a las abogadas Yesmith M. Flechas Gamba y Gloria Lucía Cabeles Caro para representar a la Superintendencia Financiera de Colombia y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafin, respectivamente.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Envíese copia al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Ausente

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ