



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado ponente

SL4328-2021

Radicación n.º 75825

Acta 30

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

La Corte decide el recurso de casación que **LUZ HELENA SÁNCHEZ ROSSO** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 2 de agosto de 2016, en el proceso ordinario que la recurrente promueve contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A.**

I. ANTECEDENTES

La actora pretendió condena: (i) al pago de las semanas que la empresa demandada dejó de cotizar a la seguridad social durante la vigencia de la relación laboral, con destino al *fondo de pensiones voluntarias* administrado por Porvenir S.A.; (ii) intereses como lucro cesante, desde que se generó la obligación y hasta que se efectúe el pago; (iii) a la suma de

\$500.000.000 o la que se establezca en el proceso por concepto de daño emergente, correspondiente a la pérdida del régimen de transición, la posibilidad de acceder a la pensión de vejez y la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y (iv) las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, señaló que laboró para la empresa demandada en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de julio de 1980 y el 1.º de marzo de 1992, y que el último salario que devengó fue de \$364.000,⁸².

Expuso que durante la ejecución de la relación subordinada su empleador no la afilió el régimen de pensiones ni cotizó por ella; por tanto, no tuvo cobertura de la seguridad social. Agregó que el 10 de mayo de 2012 formuló petición a la compañía para obtener certificación laboral y esta mediante misiva de 6 de junio de ese año le indicó que detectó algunas inconsistencias en las semanas de cotización al ISS, que era necesario corregir, lo cual no es cierto porque nunca hubo afiliación.

Afirmó que intuyó que la empresa quería subsanar la anterior omisión ante el ISS, por lo que el 22 de junio de 2012 le dirigió una comunicación en la que expresó su interés en no pertenecer en este momento al régimen de prima media, pues obtendría *«una pírrica indemnización sustitutiva de la pensión»*; y que en la carta en comento puso de presente que *«en ningún momento les he autorizado me afilien al ISS, por lo que si ustedes me afiliaron o me piensan afiliar, es o fue sin*

mi consentimiento» y que por su edad quedó excluida de los regímenes de la seguridad social.

Manifestó que por la desidia de la empresa, la opción que le queda es «*con el pago de su tiempo laborado y no cotizado*» afiliarse a un *fondo de pensiones voluntarias* para obtener una renta mensual o una pequeña pensión, esto como mecanismo para garantizar la condición más beneficiosa al trabajador -artículo 53 Constitución Política- (f.º 3 a 13).

Al contestar la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos en que se fundamenta, admitió la existencia de la relación laboral y el salario y precisó que la misma se desarrolló así: (i) auxiliar de vuelo–aprendiz, entre el 12 de mayo de 1980 y el 27 de junio del mismo año, y (ii) auxiliar de vuelo entre el 1.º de julio de 1980 y el 1.º de marzo de 1992. Agregó que durante la vigencia del primer contrato afilió a la trabajadora al ISS y efectuó las cotizaciones, pero que en relación con el segundo hubo dudas respecto a la afiliación de los auxiliares del vuelo al ISS porque según conceptos iniciales de esa administradora de pensiones eran actividades asimiladas a las de los pilotos y por tanto no fueron llamados a afiliación obligatoria.

Indicó que con ocasión de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que expresó el criterio contrario y debido a la expedición del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, pretendió convalidar la situación de la actora y

trasladar al ISS la reserva correspondiente, pero ella se negó rotundamente y no suministró la documentación requerida como el registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía, razón por la cual no se adelantó el trámite respectivo.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción. (f.º 60 a 66).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 2 de mayo de 2016, el Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá decidió (f.º 141 a 143, y CD 2):

PRIMERO: CONDENAR al demandado AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.–AVIANCA S.A. a pagar la totalidad de los aportes en pensiones por todo el tiempo servido por la trabajadora demandante LUZ HELENA SÁNCHEZ, esto es, del 1.º de julio de 1980 al 1.º de marzo de 1992, previo cálculo actuarial que realice a COLPENSIONES, acorde a lo precedentemente expuesto.

SEGUNDO: ABSOLVER a la sociedad demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra por las demandantes, de conformidad a las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, en atención a lo expuesto precedentemente; relevándose el Despacho del estudio de las demás excepciones dado el resultado de la litis.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$1.5000.000.

QUINTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de las partes, mediante fallo de 2 de agosto de 2016 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dispuso (f.º 151 y CD 3):

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia, las de primera se confirman.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el *ad quem* señaló que el problema jurídico a resolver consistía en determinar (i) la obligación de afiliación de la demandada, y (ii) si procedía condena por daño emergente y lucro cesante.

En esa dirección, expuso que desde la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia del Instituto de Seguros Sociales y que los trabajadores particulares estuvieran amparados de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, se previó la afiliación a esa administradora de pensiones por parte de los empleadores de quienes tuvieran vínculo laboral subordinado, en la medida que dicha entidad asumiera el riesgo; y que ello ocurrió de manera gradual desde el 1.º de enero de 1967.

Precisó que el incumplimiento del deber de afiliación y de sufragar las correspondientes cotizaciones cuando se trunca el derecho pensional de sus trabajadores genera para el empleador la responsabilidad en el pago de las

prestaciones en los términos que las otorga el sistema; o el traslado del cálculo actuarial pertinente representado en un título o bono pensional, incluso en los eventos en que la omisión se configuró con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. En apoyo, aludió a las sentencias CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32719, CSJ SL, 11 mar. 2015, rad. 37022 y CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 54226.

Señaló que no son de recibo los argumentos de la empresa para justificar la omisión en el deber de afiliación y el pago de los aportes, pues conforme al Decreto 1282 de 1994 los aviadores civiles son aquellos que tienen licencia expedida por la aeronáutica civil para desempeñar funciones de piloto o de copiloto, que no es el caso de la actora. Así, indicó que Avianca S.A. tiene la obligación de cancelar los aportes al sistema pensional representados en un cálculo actuarial como lo determinó el *a quo*, «*sin que sea dable considerar como eximente de responsabilidad que se aduzca buena fe*».

Explicó que la suma que corresponda se debe trasladar a Colpensiones, pues según la historia de cotizaciones (f.º 98) la accionante está afiliada a esa administradora de pensiones y registra varias contribuciones con esa entidad; asimismo, que conforme a lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 1.º feb. 2011, cuyo radicado no precisó, que la falta de cotizaciones no supone la desafiliación.

Agregó que de conformidad con la documental de folio 92, Porvenir S.A. certificó que la demandante no registra

solicitud de afiliación o vinculación o aportes en esa administradora de pensiones. Y que no era procedente consignar esos recursos en el *fondo de pensiones voluntarias* como lo requirió aquella en la demanda, toda vez que de conformidad con lo previsto en el Decreto 2513 de 1987, que se incorporó al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 168 y siguientes) y el Decreto 663 de 1993, dichos fondos son patrimonios autónomos que tienen por objeto cumplir planes de pensiones que nacen de un acuerdo de voluntades y que son independientes del régimen de seguridad social, como lo establece de manera expresa el artículo 4.º del Decreto 2513 de 1987, así como el numeral 3.º del Estatuto antes aludido.

Afirmó que al convalidarse los tiempos que prestó servicios a Avianca S.A. el derecho pensional podía analizarse a luz del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, asentó que la accionante no causó el derecho a la pensión de vejez de conformidad con esa normativa antes del 31 de julio de 2010, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, pues cumplió 55 años de edad el 10 de febrero de 2012, y el régimen de transición en su caso no se extendió hasta el año 2014, toda vez que no acumuló más de 750 semanas de aportes a la entrada en vigencia de la reforma constitucional. En ese orden, expuso que aquella perdió el régimen de transición por razones normativas y no por la conducta omisiva de la empleadora.

En cuanto a la pretensión de pago de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, refirió la sentencia CSJ SL,

4 jul. 2006, cuyo radicado no precisó, y adujo que a la parte actora le correspondía probar los daños y que la sola existencia en el proceso de un dictamen pericial no da lugar a condenar por esa razón, sino se cumplen los demás requisitos legales.

Y respecto al lucro cesante, indicó que no era procedente el interés reclamado, pues el pago de aportes a través del cálculo actuarial contiene la corrección monetaria, y los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican en el caso de omisión en el pago de las mesadas pensionales, que no es el caso que se discute en este proceso.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario lo interpuso la demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte *«case parcialmente»* la sentencia impugnada, *«que confirmó la sentencia de primera instancia que respecto del pago del cálculo actuarial a COLPENSIONES a partir del 1.º de julio de 1980 al 1.º de marzo de 1992, previo cálculo actuarial que al efecto realice la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta sentencia para que modifique en favor de la demandante y en su lugar se ordene el pago del mencionado cálculo actuarial al Fondo de*

Pensiones voluntarias Porvenir como fue solicitado en la demanda, en consideración al hecho de estar excluida la demandante de la seguridad social en pensiones, para el momento en que se llegue a efectuar dicho pago.

Subsidiariamente, requirió condenar a Avianca S.A. a pagar a la demandante, a título de daño emergente, la suma de \$537.602.765, establecida en la experticia, correspondiente a *«la pérdida del régimen de transición, la posibilidad de obtener una pensión de vejez, y la pérdida de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la forma establecida en la experticia ordenada, practicada que no fue objetada por las partes»* y que se provea en costas como es debido.

Con tal propósito, por la causal primera de casación formula dos cargos, que fueron objeto de réplica. La Corte los estudiará en forma conjunta porque persiguen la misma finalidad, acusan normas similares y contienen argumentos complementarios.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de trasgredir directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la *«violación directa»* de los artículos 11, 13, 61, 115, 116 y 271 de la Ley 100 de 1993, 11 del Decreto 692 de 1994, 118 del Decreto 3798 de 2003, *«17 del Decreto 3798 de 2003, modificado por el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del*

Decreto 1474 de 1997» (sic); 1634 del Código Civil; 48, 53 y 230 de la Constitución Política.

Para fundamentar su acusación, la censura señala que comparte la decisión del Tribunal en cuanto reconoció el pago al cálculo actuarial como derecho irrenunciable e imprescriptible. No obstante, afirma que el *ad quem* incurrió en la interpretación errónea del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en los términos de la sentencia C-177-1998, en la que se indicó que la suma del cálculo actuarial se recibirá «*salvo justa causa, por la entidad administradora a la cual se afilie*» el trabajador, con el fin de evitar desequilibrios financieros en el sistema por las cotizaciones que no recibió, pero en los casos en que estaba obligada a pagar la pensión.

Explica que el juez plural omitió analizar su situación, pues está «*excluida de la seguridad social en pensiones*», y ordenó sin consultarle a ella, que el valor del cálculo actuarial se enviara a Colpensiones, entidad que se creó por el Decreto 2013 de 2012 y es diferente del extinto Instituto de Seguros Sociales, toda vez que este último tuvo su origen en el artículo 8.º de la Ley 90 de 1946 y a él aportó en el contrato inicial con la demandada, pero se le extinguió la personería jurídica el 31 de marzo de 2015.

Manifiesta que el error «*claro y evidente*» del Colegiado de instancia consistió en considerar a Colpensiones como si se tratara del extinto ISS, cuando son entidades diferentes, y estimar que aquella continuó con las funciones de administradora del régimen de prima media con prestación

definida, «*sin considerar que por haberse liquidado el ISS, debe existir una nueva afiliación a la seguridad social, por ser las dos (2) entidades mencionadas diferentes*».

Refiere que su vinculación con el ISS estuvo inactiva desde el 1.º de agosto de 1980, cuando se retiró de esa administradora de pensiones y no efectuó aportes posteriores, es decir, desde hace aproximadamente 37 años; por tanto, perdió sus efectos y se refiere al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Agrega que el sistema de seguridad social consagra libertad para seleccionar el régimen pensional y la administradora de pensiones, y que en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en caso que la entidad de seguridad social se liquide, no es aplicable la prohibición de traslado en el término de 3 años a que se refiere el artículo 15 *ibidem*, sino que esa opción se puede ejercer en cualquier momento.

Así, expone que a Avianca S.A. no le era dable tratar de consignar el cálculo actuarial en Colpensiones, porque esto coarta la libertad de la accionante de seleccionar la administradora de pensiones, lo que a su vez trasgrede el artículo 13 de la Constitución.

Aduce que en los términos del artículo 2.º del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (sic) y la prohibición establecida en el artículo 61 literal b) *ibidem*, ella está excluida de la seguridad social

en pensiones y debe cotizar 500 semanas adicionales posteriores a dicha afiliación y no tiene los recursos para pagar 10 años más de cotizaciones.

Afirma que el Tribunal se equivocó al ordenar el pago del cálculo actuarial y enviar los recursos a Colpensiones, pues no se afilió a esa entidad y, además, lo estima perjudicial para sus intereses, por ende ese pago no es válido.

Explica que los recursos del cálculo actuarial se deben consignar en un fondo de pensiones voluntarias y es lo que debe ordenar la Corte en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1634 del Código Civil y aplicar la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, pues en razón a que la accionante no tiene el número de semanas para la pensión de vejez, queda sujeta a una simple indemnización sustitutiva.

Por último, indica que la sentencia del Colegiado de instancia es ineficaz y genera una posible nulidad porque contiene una disposición imposible de cumplir y vulnera una prohibición legal al ordenar el pago del cálculo actuarial a un fondo de pensiones obligatorias con desconocimiento de la inscripción y de derecho de selección de la demandante, quien es excluida de la seguridad social en pensiones en ambos regímenes, toda vez que llegó a la edad de pensión y no cotizó al sistema.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y directamente en concepto de violación directa de los artículos 11, 13, 61, 115, 116 y 271 de la Ley 100 de 1993, 11 del Decreto 692 de 1994, 118 del Decreto 3798 de 2003, «17 del Decreto 3798 de 2003, modificado por el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997» (sic); 1634 del Código Civil; 6.º del Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 de esa anualidad, en concordancia con los artículos 14 y 67, 70 y 71 del Decreto 2665 de 1988, 29, 48, 53 y 230 de la Constitución Política.

Denuncia como errores manifiestos de hecho:

1. *No dar por demostrado, estándolo, que el ad quem consideró equivocadamente el denominado “soporte de semanas cotizadas en pensiones válido para prestaciones económicas” expedido por Colpensiones (fl. 98 expediente) que da cuenta de las semanas cotizadas por la demandante, durante los periodos 80-08-1977 y el 31-07-1978 y el periodo 12-05-80 y 01-08-1980 en diferentes empresas, no fueron cotizados a Colpensiones sino al Instituto de Seguros Sociales, en el régimen anterior.*
2. *No dar por demostrado que el extinto Instituto de Seguros Sociales creado por el artículo 8.º de la Ley 90 de 1946 es una entidad diferente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones entidad creada por el Decreto 2013 de 2012.*
3. *No dar por demostrado estándolo, que la trabajadora conserva el derecho al traslado cuando la entidad a la que venía cotizando se liquida como ocurrió con el Instituto de Seguros Sociales y en consecuencia puede ejercer en cualquier tiempo el derecho al traslado, como lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en su parte final.*
4. *No dar por demostrado, estándolo, que la trabajadora al ejercer el derecho al traslado a cualquier fondo de pensiones obligatorio ya se encuentra excluida a la seguridad social (sic)*

como lo disponen los artículos 2.º del Decreto 0758 de 1990 en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la prohibición del artículo 61 literal b), por haber llegado a la edad de pensión.

5. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada Avianca S.A. se encuentra en mora de pago del cálculo actuarial en favor de la demandante desde diciembre de 1998 como lo indica el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1748 de 1995.*
6. *No dar por demostrado, estándolo, que la experticia decretada y realizada dentro del proceso, no fue objeto de aclaraciones u objeciones que pudieron presentar las demandadas al momento de correrse traslado del dictamen pericial, como lo indica el auto de primera instancia de fecha 11 de diciembre de 2015, mediante el cual se le impartió aprobación a la experticia por parte del Juzgado.*
7. *No dar por demostrado, estándolo, que el acreedor para solicitar perjuicios, cuando se trata de intereses, en caso de mora por parte del deudor, no tiene la necesidad de justificar perjuicios (art. 1617 del C.C.).*
8. *No dar por demostrado estándolo, que la demandante tenía derecho al pago de los intereses de mora en el pago de la obligación reclamada, toda vez que hasta la fecha no ha cancelado su obligación, es decir, continúa en mora en el pago de la obligación.*

Refiere como pruebas mal apreciadas por el Tribunal:

- 1.** La documental de folio 98 del expediente que corresponde al soporte de semanas cotizadas en pensiones válido para prestaciones económicas expedido por Colpensiones, que da cuenta que las semanas cotizadas por la demandante durante los periodos 80-08-1977 y el 31-07-1978 y el periodo 12-05-80 y 01-08-1980 en diferentes empresas, no fueron cotizados a Colpensiones sino al Instituto de Seguros Sociales, en el régimen anterior.
- 2.** La documental de folios 131 a 134 correspondiente a la experticia que elaboró la auxiliar de la justicia, respecto de los perjuicios

causados a la demandante por Avianca S.A., al no cancelar la seguridad social en pensiones durante el tiempo de la relación laboral y que fijó en la suma de \$537.602.765.

Y como dejadas de apreciar:

3. El auto de 23 de septiembre de 2015, mediante el cual el *a quo* corrió traslado a las partes del dictamen pericial referido.
4. El auto de 11 de diciembre de 2015, mediante el cual se aprobó el dictamen (f.º 131 a 134) y que acredita que las partes no lo objetaron y que quedó en firme.

En el desarrollo del cargo, la censura afirma que el documento obrante a folio 98 acredita que las cotizaciones que se registraron en la historia de cotizaciones se efectuaron al ISS, que es una entidad distinta de Colpensiones; asimismo, que es un hecho notorio que al ISS se le extinguió la personería jurídica el 31 de marzo de 2015, por lo que en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, podía acudir a la opción de traslado en cualquier tiempo.

Así, expone que el Tribunal se equivocó al analizar la prueba del folio 98 y considerar que Colpensiones reemplazó al ISS y no exigir una nueva afiliación a la seguridad social toda vez que esta

última entidad se extinguió.

Reitera los argumentos expresados en el cargo primero respecto a que Avianca S.A. no podía imponer el pago del cálculo actuarial a Colpensiones, porque esto coarta la libertad de la actora de selección del régimen de pensiones y de la administradora.

Asevera que Avianca S.A. está en mora de cancelar el cálculo actuarial, pues el plazo máximo para hacerlo era antes del 31 de diciembre de 1988, en los términos del artículo 17 del Decreto Reglamentario «1748 de 1995» y no es excusa para liberarse de la obligación el afirmar que la requirió, toda vez que lo hizo para trasladar los recursos a Colpensiones, lo que trasgrede el derecho a la libertad.

Reitera que está excluida del sistema de pensiones y esgrime las mismas razones que expuso en la acusación anterior.

Por último, en cuanto a los perjuicios por mora en el pago del cálculo, manifiesta que el acreedor no tiene la necesidad de acreditarlos cuando se trata de intereses moratorios y para ello alude al artículo 1617 del Código Civil.

VIII. RÉPLICA CONJUNTA A LOS CARGOS

La opositora señaló que los cargos no tienen vocación de prosperar, pues incumplen los requisitos de técnica del recurso extraordinario establecidos en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; de una

parte, porque no se indicó cuál era el alcance de la impugnación respecto a la sentencia que profirió el *a quo*, y de otra, porque la actora mezcló indebidamente las vías de ataque.

Agrega que las modalidades de infracción no constituyen «*conceptos de violación de la ley sustantiva, autorizados en la casación laboral para ser aducidos por la causal primera*», situaciones que harían imposible para esta Sala efectuar el estudio del recurso interpuesto.

IX. CONSIDERACIONES

Al margen de las imprecisiones de técnica de la demanda en el segundo cargo, en tanto este se dirige simultáneamente por la vía directa y la indirecta, de su análisis la Corte extrae que en realidad los cuestionamientos son de índole jurídica, orientados a cuestionar que el valor del cálculo actuarial se traslade a Colpensiones y no a un fondo voluntario de pensiones, como lo reclama la censura, y a requerir perjuicios por privarla de la libertad de elección de la administradora del régimen pensional y por la pérdida del régimen de transición, y ese será el alcance que la Sala le dará a la acusación. Asimismo, se entiende que la impugnante pretende de la Corte en instancia que modifique el fallo de primer grado y se «*ordene el pago del mencionado cálculo actuarial al Fondo de Pensiones voluntarias Porvenir*».

Claro lo anterior, no se discute en casación que: (i) la accionante prestó servicios a Avianca S.A. el 12 de mayo y el

27 de junio de 1980, como auxiliar de vuelo–aprendiz y del 1.º de julio de 1980 al 1.º de marzo de 1992, en el cargo de auxiliar de vuelo; (ii) si bien en la primera relación laboral la empresa la afilió al ISS y cotizó por ella, no ocurrió lo mismo en la siguiente, pues omitió ese deber, y (iii) la actora se afilió al ISS el 8 de agosto de 1977 y no registra afiliación al RAIS.

Así, el problema jurídico que debe abordar la Corte consiste en determinar si el Tribunal incurrió en un desatino (i) al disponer que el pago del cálculo actuarial que debe efectuar Avianca S.A. se traslade a Colpensiones y no a un fondo voluntario de pensiones, y (ii) al negar la indemnización de perjuicios, pues la no afiliación por parte de la empresa privó a la actora de la libertad de elegir el régimen pensional y la administradora respectiva y, además, le generó la pérdida del régimen de transición.

Pues bien, la Sala de entrada advierte que el *ad quem* no incurrió en los desatinos que se le endilga, por las razones que se explican a continuación:

Nótese que es un hecho indiscutido en el proceso que Avianca S.A. omitió el deber de afiliar a la actora y de cotizar a pensiones durante la vigencia del segundo vínculo laboral que unió a las partes, y que tuvo vigencia entre el 1.º de julio de 1980 y el 1.º de marzo de 1992, pese a que tenía el deber de hacerlo en razón del cargo de auxiliar de vuelo que ella desempeñó, pues este no quedó comprendido entre las actividades respecto de las cuales el Instituto de Seguros

Sociales no asumió el riesgo pensional.

La norma vigente al 1.º de julio de 1980, cuando inició la segunda relación laboral de la actora con Avianca en el tema relativo a la afiliación obligatoria al ISS, era el Decreto 1650 de 1977 que el artículo 6.º respecto de los afiliados forzosos prescribía:

ARTÍCULO 6º. DE LOS AFILIADOS FORZOSOS. Deberán afiliarse forzosamente al régimen que se establece en el presente Decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, los funcionarios de seguridad social a que se refiere el Decreto 1651 de 1977, y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Por su parte, el Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989, en lo atinente a los afiliados forzosos reglaba:

Artículo 28. AFILIADOS AL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS. La afiliación al régimen de los Seguros Sociales es forzosa o facultativa.

1. Son afiliados forzosos

a) Los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; (resalta la Sala).

Referente al tema, la Sala en sentencia CSJ SL2475-2018, en un proceso contra la misma accionada indicó:

De igual forma, el sentenciador incurrió en un error jurídico, por cuanto omitió que los auxiliares de vuelo, que era en esencia el cargo desempeñado por la demandante en la empresa accionada desde inicios de su relación laboral, no estaba excluido de manera expresa del nuevo régimen del seguro social obligatorio, previsto en el Acuerdo 224 de 1966 y, por ende, al desempeñar sus funciones en tal calidad, la actora debía ser considerada como una afiliada obligatoria del mismo, en los términos establecidos en el

artículo 1, 3 y 11 del referido acuerdo a fin de que la empleadora subrogara el riesgo de vejez en el ISS.

En esa perspectiva, la Sala ha precisado que para convalidar ese incumplimiento en el deber de afiliación, lo que procede es el pago del cálculo actuarial por parte del empleador omiso en los términos del literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003. Al respecto, en la sentencia SL2475-2018 la Corporación señaló:

(...) la jurisprudencia actual de esta Corporación viene sosteniendo que este tipo de eventualidades deben ser asumidas por el sistema de seguridad social, en virtud de las normas vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos, que han dispuesto tener como válidos los tiempos servidos a empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador o los tiempos servidos a un empleador que, antes de la Ley 100 de 1993, tenía a su cargo la pensión, a condición de que el patrono traslade con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador, a satisfacción de la entidad administradora, representado por un bono o título pensional.

En la providencia SL2731-2015, la Corte asentó:

Frente a tales reflexiones, esta Sala de la Corte se ha orientado a determinar que las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.

Un claro ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme con las cuales deben tenerse en cuenta como tiempos válidos para la pensión de vejez, entre otros, «...el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión...», así como «...el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con

aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.» Todo ello, con la previsión de que «...el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Ahora, en los términos del precepto en referencia, la suma que corresponde al cálculo actuarial debe ser transferida a la entidad administradora de pensiones en la que esté afiliado el trabajador(a). El texto de la norma es del siguiente tenor:

Art. 33.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 9.º: Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...)

Parágrafo 1º.- Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...)

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador (...).

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, traslade, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional (...).

En el presente caso, se acreditó en el proceso y no lo discute la censura, que esta se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó en esa entidad. Así, el Tribunal acertó al disponer que los recursos correspondientes al cálculo actuarial de Sánchez Rosso tuvieran como destino Colpensiones, en cuanto es la administradora del régimen de

prima media en la que está afiliada.

Respecto del concepto de afiliación, las normas vigentes en la época, esto es el Decreto 1650 de 1977, prescribía, en el artículo 14:

ARTÍCULO 14. DEL CONCEPTO DE AFILIACIÓN. La afiliación es la inscripción de un trabajador al régimen de los seguros sociales obligatorios y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que de él se derivan.

Por su parte, el Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989 en el artículo 4.º se refería a la afiliación en los siguientes términos:

Artículo 4º AFILIACIÓN. La afiliación consiste en la aceptación por parte del Instituto de la solicitud de inscripción al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios y constituye la única fuente de los derechos y obligaciones que de este régimen se derivan.

El afiliado se identificará siempre con un código único asignado por el ISS.

Se entenderá afiliada una persona al Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios desde la fecha de presentación personal en el ISS de la solicitud de inscripción, siempre y cuando se reúnan los requisitos legales y reglamentarios establecidos para la afiliación.

A su turno, el artículo 8.º *ibidem* se refería al afiliado en los siguientes términos:

Artículo 8º AFILIADO. Se entiende por afiliado, la persona natural que encontrándose legalmente inscrita al Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios cotiza para dicho régimen y es sujeto de los derechos y obligaciones que de él se derivan, de conformidad con los respectivos reglamentos.

Asimismo, el artículo 34 se refería a que la afiliación era única e integral:

Artículo 34. AFILIACIÓN ÚNICA E INTEGRAL. Con las excepciones contempladas para los exonerados parciales y en los reglamentos especiales, una vez afiliada una persona al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, quedará amparada, en los términos establecidos en los reglamentos respectivos, contra las contingencias propias de los seguros para los cuales se hubiere llamado a inscripción. Por lo tanto, no podrá el Instituto, ni los beneficiarios, escoger los riesgos o contingencias contra los cuales pretende amparo.

Se ha de precisar que el artículo 35 del Decreto en comento estipulaba los casos en que procedía la desafiliación del régimen y se refería a eventos de fraude, error o cuando no se tenía derecho a ella o que este se perdió. Pero no se hacía referencia a pérdida de la afiliación por dejar de cotizar.

Se debe tener en cuenta que en el citado decreto se hace referencia a *desafiliación* en los eventos de retiro del trabajador de la empresa; pero ese término en esa normativa se utilizó como sinónimo de novedad de retiro, sin que en realidad se pueda asimilar a una verdadera desvinculación del régimen pensional, pues esos preceptos deben leerse en armonía con el artículo 34 citado, en cuanto la afiliación era única y de todos modos las cotizaciones que se realizaban quedaban latentes para efectos de las prestaciones que con posterioridad se pudieran reclamar del régimen.

Sobre la diferencia entre afiliación y cotización, la Corte en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211 precisó:

Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social

y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.

De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran veneno todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

Así, la actora desde el 8 de agosto de 1977 era una afiliada al Instituto de Seguros Sociales con independencia de no haber cotizado por un largo periodo de tiempo.

Por tanto, la actora conservó su condición de afiliada a esa administradora de pensiones, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, toda vez que el Decreto 692 de 1994 en el artículo 11 precisó que las personas que ya estaban vinculadas al ISS continuaban en esa entidad sin necesidad de llenar otro formulario:

(...) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes

de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

Ahora, no es procedente el envío de esos recursos a un fondo voluntario de pensiones como lo alega la censura, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los dineros que corresponden al cálculo actuarial se trasladan a la *administradora de pensiones*, y así ha de entenderse en el régimen de prima media, en cuanto hacen parte del fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de la prestación de vejez como lo prevé el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993; en el caso de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán como destino la respectiva cuenta de ahorro del afiliado.

En todo caso, dicho valor no puede ser consignado en un fondo voluntario de pensiones ni en las cuentas bancarias o financieras particulares de los trabajadores, de una parte porque esto no tendría poder liberatorio respecto del empleador omiso, en cuanto la obligación es respecto de su empleado pero en relación con el sistema general de pensiones. Asimismo, porque en los términos del artículo 48 de la Constitución Política, los recursos del sistema general de pensiones no se pueden destinar ni utilizar «*para fines diferentes a ella*».

Y los fondos voluntarios de pensiones no hacen parte del sistema general de pensiones, sino que, como su nombre lo indica, constituyen ahorros que las personas realizan en

forma voluntaria para complementar la pensión y de los cuales pueden disponer libremente. Ha de anotarse que ellos están reglamentados, entre otras disposiciones, en el artículo 4.º del Decreto 2513 de 1987, el numeral 3.º del artículo 169 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera que «subrogó el texto completo» de la Circular Externa 007 de 1996. En esta última disposición se prevé:

*PARTE II TITULO III
CAPITULO V*

2.6.1.2. Las entidades aseguradoras, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía y las sociedades fiduciarias autorizadas por la SFC para administrar fondos de pensiones voluntarios, pueden realizar campañas publicitarias sobre los mismos, siempre y cuando efectúen de manera destacada la aclaración de que se trata de fondos de pensiones voluntarios y que, por lo tanto, son distintos de los fondos que prevé la Ley 100 de 1993.

10. FONDOS DE PENSIONES VOLUNTARIOS. De acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del numeral 3, art. 169 del EOSF, las prestaciones percibidas en virtud de los planes voluntarios de pensiones administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, las sociedades fiduciarias o las compañías de seguros, son independientes del régimen de seguridad social y de cualquier otro régimen pensional. En consecuencia, los recursos a que se refiere el Decreto 810 de 1998 en ningún caso pueden ser administrados a través de fondos voluntarios de pensiones.

De modo que la pretensión de la actora de remitir los recursos a un fondo voluntario de pensiones no es una opción viable, toda vez que la afiliación obligatoria en los términos del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, es a uno de los dos regímenes que contempla el sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993, y tal como se indicó en precedencia la actora estaba vinculada al ISS para el 1.º de

abril de 1994, de modo que en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 continuó vinculada a dicha entidad sin que obre algún medio de convicción en el proceso que permita inferir lo contrario.

Así, no incurrió el Tribunal en los yerros hermenéuticos que se le atribuyen.

Ahora, en lo referente a que la no afiliación por parte de la empresa privó a la actora de la libertad de elegir el régimen pensional y la administradora respectiva y, además, le generó la pérdida del régimen de transición, la Corte advierte que no es de recibo tal argumento, como se explica a continuación.

En primer lugar, no es cierto como se afirma en el cargo que debido a que la actora no cotizó por un interregno superior a 30 años, la afiliación perdió vigencia. De una parte, porque como se señaló, y también por lo previsto en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación es una sola y perdura durante toda la vida de la persona y la circunstancia de no realizar contribuciones no implica la desafiliación del sistema, sino que se pasa a la categoría de cotizante inactivo, que es una situación diferente. En relación con este aspecto, la Sala en sentencia CSJ SL4575-2017 explicó:

(...) la afiliación al sistema general de pensiones es única y permanente, y aquellas personas que antes de la entrada en vigor del mismo, prestaban servicios en el sector público o eran afiliados al Instituto, se incorporaron al sistema en las condiciones de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es decir, son sujetos de

derechos y obligaciones frente a la seguridad social, pues no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 48 superior se trata de un derecho fundamental irrenunciable y con vocación de universalidad.

Lo que sucede en los eventos como el del sub lite, en que el afiliado deja de aportar al sistema general de pensiones por mucho tiempo, no es que se pierda la afiliación sino que pasa a la categoría de cotizante inactivo.

Esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 22 nov. 2007, rad. 29887, precisó:

*Por su parte, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 establece textualmente que la afiliación al sistema general de pensiones es **permanente e independiente** del régimen que seleccione el afiliado.*

Pues bien, de los claros e imperativos términos de las normatividades en precedencia aflora, entre otros aspectos, los siguientes: (i) que la afiliación al sistema es única y permanente, por lo tanto la inicial debe entenderse como la primera que se realiza al sistema; (ii) que las personas que venían aportado para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivientes al Instituto de Seguro Social antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, son considerados como afiliados del sistema pensional.

Asimismo, debe indicarse que el criterio jurisprudencial vigente en relación con los trabajadores subordinados es que la fuente del deber de afiliación y de cotización es la prestación efectiva del servicio. Nótese que la Sala ha expresado que «*el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo*» (CSJ SL, 9 sep. 2020, rad. 60664, reiterada en CSJ SL4698-2020).

En esa perspectiva, al ser la accionante afiliada al sistema general de pensiones desde el 8 de agosto de 1977,

no tienen fundamento alguno sus alegaciones relativas a que está excluida de la seguridad social con base en los artículos 2.º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de la misma anualidad y 61 literal b) *ibidem*, que se refiere a quienes van a ingresar por primera vez al sistema de pensiones, y tampoco la exigencia que ante un eventual traslado al RAIS tuviera que sufragar 500 semanas de aportes.

Y pese a que el Instituto de Seguros Sociales se liquidó en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto 2013 de 2012, la afiliación de la accionante al régimen de prima media tampoco perdió vigencia ni era necesario que ella seleccionara de nuevo el régimen al que quería pertenecer y la administradora de pensiones.

En efecto, en los términos del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 se creó Colpensiones como una administradora del régimen de prima media con prestación definida, de carácter público del orden nacional y con el designio de sustituir al Instituto de Seguros Sociales en la gestión de dicho régimen. Asimismo, el artículo 2º del Decreto 2011 de 2012 garantizó a los afiliados del Instituto de Seguros Sociales la continuidad en el régimen de prima media y precisó que ello no implica una selección o traslado de régimen de sistema general de pensiones. Dice textualmente la norma:

Decreto 2011 de 2012

Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de

la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, y se dictan otras disposiciones (...).

Artículo 2º. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.

Por tanto, la actora conservó en Colpensiones su condición de afiliada en el régimen de prima media y vinculada en esa administradora de pensiones.

Así, no se le cercenó a la demandante su derecho a la libre selección del régimen ni de la entidad gestora de sus intereses pensionales porque las normas que se reseñaron previeron la salvaguarda de sus garantías y derechos de la seguridad social. Por tanto, como la afiliación no perdió sus efectos, el Tribunal no infringió el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que se refiere a las sanciones al empleador por impedir o atentar contra el derecho del trabajador a la afiliación y selección libre de la administradora de pensiones.

Ahora la situación que prevé el precepto en comento respecto a que «*la afiliación respectiva quedará sin efecto*», se refiere no a la circunstancia de pasar un largo tiempo sin cotizar al sistema, como lo afirma la censura, sino cuando se demuestra que el empleador o cualquier otra persona haya coaccionado a atentado contra el derecho a la libre selección del régimen o administradora de pensiones, lo que no se

acreditó en este caso, pues es un hecho no controvertido que la accionante se afilió al ISS incluso antes de su relación laboral con Avianca S.A.

Asimismo, el Tribunal no cercenó el derecho a la libertad de libre escogencia del régimen y administradora de pensiones y por ende no trasgredió el artículo 271 en comento, al disponer el envío de los recursos del cálculo actuarial a Colpensiones, pues, se reitera, ello debe efectuarse respecto a la administradora de pensiones en la cual la accionante tiene afiliación vigente en pensiones obligatorias. Y la libre selección de régimen que se garantiza de conformidad con el mandato del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 271 *ibidem*, es respecto de dichos regímenes -prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad.

En ese orden, no tuvo incidencia la omisión de Avianca S.A. en la libre selección de régimen ni de administradora, pues se reitera, la actora se afilió al ISS con anterioridad a la relación laboral con esa empresa. Además, la permanencia de esa afiliación la regula la ley y en cuanto a la opción de cambio de régimen o de administradora, la accionante tuvo abierta la oportunidad de efectuar un traslado de régimen en las oportunidades y condiciones que prevé la Ley 100 de 1993, en el artículo 13 literal e), modificado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 y teniendo en cuenta las reglas en el caso de beneficiarios del régimen de transición, de modo que no se configuran los hechos base sobre los que descansa la pretensión de la actora sobre una posible reparación, sin

que tampoco exista prueba del daño que alega o el supuesto nexo causal.

Igualmente, se debe precisar que la censura afirma que en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en caso de liquidación de una entidad administradora de pensiones no aplica la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 de ese Decreto. Sin embargo, esa norma se refiere es a los servidores públicos a quienes a la entrada en vigencia del sistema se les liquidara la caja, fondo o entidad del sector público a la que venían vinculados, por lo que es una hipótesis distinta a la del *sub lite*.

Ahora, en relación con el régimen de transición, las semanas que se convalidan con el pago del cálculo actuarial hacen parte del haber de cotizaciones de la actora y valdrán para analizar tanto las condiciones de acceso al régimen, como para determinar si se causó o no un derecho pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, y la incidencia para la pérdida o conservación de la transición en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005. Y tal circunstancia no obedece a la situación que se discute en el proceso, sino a la regulación establecida en dicha reforma constitucional.

Referente a los intereses moratorios en relación con el cálculo actuarial, es oportuno anotar que el censor los reclama con fundamento en el artículo 17 del Decreto «1748 de 1995», que en realidad corresponde al artículo 17 del Decreto 1474 de 1997, porque Avianca S.A. no cumplió el

plazo establecido para el pago en dicha disposición, que es «*a más tardar antes del 31 de diciembre de 1998*». Sin embargo, ese término no aplica en el *sub lite* porque regula la situación de los empleadores que tenían a cargo sus propias pensiones porque el ISS no había subrogado el riesgo, es decir, la hipótesis del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; y este es un caso de empleador omiso previsto en el literal d) *ibidem*, que es una situación diferente.

En esa perspectiva, no se causaron los perjuicios que alega la censura y por tanto, no procede la indemnización que se reclama.

Por último, en lo relativo a la acusación en el segundo cargo respecto a que el Tribunal no dio por demostrado que la «*experticia decretada y realizada dentro del proceso, no fue objeto de aclaraciones u objeciones que pudieron presentar las demandadas al momento de correrse traslado del dictamen pericial*» es intrascendente, puesto que era menester primero probar los perjuicios en concreto, lo que no hizo el censor. En ese aspecto, no se derruyó la conclusión del Tribunal en el sentido que «*la sola alusión a un dictamen pericial no satisface del todo la aseveración de la existencia de los daños deprecados*».

Igualmente, en lo referente a la eventual *nulidad o ineficacia* del fallo de segundo grado, conforme a la argumentación expuesta por la recurrente no son de recibo, en tanto parte de la base de estar excluida del régimen seguridad social y que la orden de realizar un cálculo

actuarial contraviene su derecho de selección de régimen, aspectos en los que previamente ya se indicó que no le asiste razón a la censura. De ahí que, bajo tales premisas basilares en las que fundamenta su acusación, no corresponde a una violación de normas de orden público, sino por el contrario de su puro y estricto cumplimiento. A su vez, se destaca que en el campo adjetivo alguna controversia sobre la *nulidad* de una sentencia no puede ser abordada en el marco del recurso extraordinario de casación, por carecer la Corte de competencia para el efecto.

Por último, no le asiste razón a la censura al señalar que es necesario acudir a la aplicación de la equidad con miras a resolver la controversia planteada en el presente asunto. Ello, porque tal como se explicó, el ordenamiento jurídico no presenta vacío alguno que implique acudir a dicho criterio auxiliar de interpretación jurídica.

Por las razones anteriores, los cargos no prosperan.

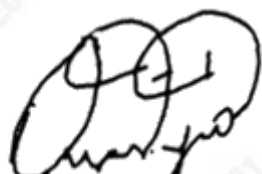
Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de cuatro millones cuatrocientos mil pesos (\$4.400.000), que se incluirá en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 2 de agosto de 2016, en el proceso ordinario laboral que **LUZ HELENA SÁNCHEZ ROSSO** promovió contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

Salvo el voto



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

11/08/2021



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN