



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL1148-2023

Radicación n. 93144

Acta 17

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad **DRUMMOND LTDA.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de marzo del 2021, en el proceso ordinario laboral que instauró **JOSUÉ HERIBERTO CHITIVA CORTÉS** contra la sociedad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Josué Heriberto Chitiva Cortés llamó a juicio a Drummond Ltda. con el fin de que se declare que entre ambas partes existió un vínculo laboral, a término indefinido, vigente desde el 19 de abril de 2002; que la cláusula del contrato de trabajo que señala que es un trabajador de confianza es ineficaz; que el salario recibido era mayor al que le fue cancelado; que la demandada no pagó durante toda la relación laboral las horas extras diurnas y nocturnas, como

tampoco los recargos nocturnos, dominicales o festivos, ni aportes a la seguridad social.

En consecuencia, pidió que se condene a la accionada a reliquidar y pagar los salarios y prestaciones legales y convencionales, junto con los aportes a la seguridad social causados durante la vigencia del vínculo laboral, así como también la indemnización prevista en la Ley 50 de 1990; la indexación de las sumas adeudadas, las costas del proceso y lo que se demuestre conforme a las facultades extra y ultra *petita*.

Como soporte de sus pedimentos indicó que fue vinculado a Drummond Ltda. a través de un contrato a término indefinido vigente desde el 19 de abril de 2002; que inicialmente laboró como «*ayudante de maquinista*», y luego fue promovido a «*maquinista de locomotora*». Señaló que en el nexo de trabajo se estableció que sus labores correspondían a las denominadas de «*dirección, confianza y manejo*», sin embargo, no tenía poder de mando, jerarquía, representatividad o potestad disciplinaria que lo adscribiera a esa categoría.

Explicó que sus funciones se limitaban a la operación de los trenes; que le asignaban jornadas de 7:00 am a 7:00 pm; que ha cumplido turnos de siete días consecutivos, con descansos alternos de tres y cuatro días; y que, en ocasiones, ha laborado de corrido de 12 y hasta 24 horas.

Relató, que en promedio trabajaba 84 horas semanales; que la empresa nunca le ha pagado el tiempo suplementario ni las horas extras; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo que ordena liquidar estos tiempos conforme se disponía antes de la reforma de la Ley 789 de 2002; que la empresa no le ha cotizado los aportes al sistema pensional, y que presentó reclamación administrativa y a la fecha no ha obtenido respuesta.

Al dar contestación a la demanda, Drummond Ltda., aceptó únicamente las pretensiones relacionadas con la existencia del contrato de trabajo; se opuso a las demás. Admitió los hechos concernientes al salario devengado, el no haber efectuado cotizaciones a pensión ni pagado el trabajo suplementario y horas extras. Reiteró que el accionante si ejercía un cargo de dirección, confianza y manejo toda vez que tenía potestad de mando y disciplinaria frente a otros funcionarios de la empresa. Aseguró que el demandante no laboró más de 12 o 24 horas diarias. En cuanto a los aportes, aseguró que el reclamante era pensionado de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo que no estaba obligada a cotizar.

Como razones de su defensa, afirmó que el actor ejercía un cargo de dirección, confianza y manejo, y que no se canceló el pago de los aportes debido a que disfrutaba de una jubilación reconocida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 12 de febrero del 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada DRUMMOND LTDA. y el demandante JOSUÉ HERIBERTO CHITIVA CORTÉS existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de abril de 2002 y que actualmente se encuentra vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada DRUMMOND LTDA. a pagar al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante JOSUÉ HERIBERTO CHITIVA CORTÉS, los aportes a pensiones correspondientes en los siguientes periodos y salarios, según el cálculo actuarial que realice dicho fondo.

19 de abril de 2002	\$2.639.645
2003	\$2.639.645
2004	\$2.850.553
2005	\$3.107.103
2006	\$3.820.973
2007	\$4.126.651
2008	\$4.373.425
2009	\$4.771.407
2010	\$5.520.874
2011	\$5.481.91
2012	\$5.737.924
2013	\$6.066.707
2014	\$6.370.042
2015	\$6.589.171
2016	\$6.929.172
2017	\$7.414.215
2018	\$7.857.585
2019	\$8.218.215

Y los aportes que se continúen causando con los salarios que devengue el trabajador.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **DRUMMOND LTDA.** del resto de pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSUÉ HERIBERTO CHITIVA CORTÉS.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar los recursos de apelación formulados por el promotor del proceso y la empresa Drummond Ltda., mediante fallo del 26 de marzo del 2021, resolvió:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero del 2020, para en su lugar, declarar ineficaz la cláusula tercera del contrato de trabajo celebrado por escrito entre Drummond Ltda. y el señor Josué Heriberto Chitiva Cortés, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer debidamente indexados las sumas y conceptos que se indican a continuación:

Recargo dominicales y festivos 2016	\$1.039.375.80
Recargo dominicales y festivos 2017	\$2.038.909.00
Recargo dominicales y festivos 2018	\$2.357.275.50
Recargo dominicales y festivos 2019	\$821.821.13
Auxilio cesantías	\$513.895.23
Intereses sobre las cesantías	\$52.341.61
Prima de servicios	\$ 513.895.23
Prima extralegal de junio	\$453.004.72
Prima extralegal de navidad	\$484.174.73
Prima extralegal de vacaciones	\$496.751.96
Vacaciones	\$256.947.62

TERCERO: CONFIRMAR en los demás el fallo apelado.

CUARTO: Sin costas en la instancia

El colegiado indicó que primero resolvería el recurso de apelación del actor, con el fin de determinar si realmente era

un trabajador de confianza y manejo y si, como consecuencia de ello, había lugar al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, más la reliquidación si era pertinente.

Afirmó que se encontraban por fuera de controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el accionante prestaba sus servicios personales a Drummond Ltda., desde el 19 de abril de 2002; *ii)* que desempeñó el cargo de maquinista locomotora; y *iii)* que era miembro de la organización sindical Agretritrenes. Enseguida se pronunció sobre las siguientes temáticas:

De la naturaleza del cargo de dirección, confianza y manejo.

En cuanto este punto citó la Resolución 3555 de 2004 de la Nación Ministerio de Transporte, los artículos 32 y 162 del CST, y las sentencias CC C-372 de 1998 y CSJ SL4883-2020. Indicó que de acuerdo con lo dicho por los declarantes Ricardo Avendaño, Calixto Ortega y Carlos Hernán Hurtando Centina y con las manifestaciones rendidas por el representante legal de Drummond Ltda., se podía concluir que el cargo de maquinista era desempeñado por la persona que operaba la locomotora del tren en la actividad de transporte de carbón en el puerto, en la mina y en la vía principal, esta última, que era supervisada y regulada por Fenoco, empresa concesionaria de la vía férrea en ese tramo. Agregó que el maquinista también tiene el deber de reportar a la empresa cualquier novedad que se presente, tanto en la máquina como en la vía.

Sostuvo que de acuerdo con las declaraciones de los testigos se podía advertir que, dicho cargo requería de una formación teórica y práctica de por lo menos cinco años, y que si bien, en alguna eventualidad quien lo desempeñaba estaba llamado a tomar decisiones, como la de detener el vehículo, los deponentes coincidieron en señalar que la decisión de ponerlo en marcha nuevamente requería autorización de Fenoco o de Drummond Ltda. Concluyó que el cargo de maquinista siempre está sujeto a continua vigilancia de sus supervisores, quienes incluso imparten órdenes en cuanto a la operación.

Aseveró que la funciones que tenía a cargo el actor y las responsabilidades encomendadas no se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 32 del CST, pues si bien, en el cargo ya referido tenía el deber operar la locomotora, lo cierto es que, su actividad no comprometía de manera importante los intereses económicos del empleador. En consecuencia, aseguró que no era posible equiparar el cargo de maquinista de tren con el de capitán de barco o piloto de aeronave.

Reiteró que el accionante en el ejercicio del cargo no tenía a su discreción la posibilidad de tomar decisiones que implicaran poder de disposición sobre la operación en conjunto de la empresa demandada.

Por lo anterior, revocó la decisión adoptada por el juez de primera instancia y declaró ineficaz la cláusula tercera del contrato de trabajo, pues, conforme al principio de la

primacía de la realidad sobre las formas, las funciones que ejerció el demandante no eran realmente de dirección, confianza y manejo.

Respecto de las acreencias adeudadas por el empleador.

Señaló que no accedería al reconocimiento de las horas extras, toda vez que, el accionante no cumplió la carga probatoria establecida en el artículo 167 del CGP, pues no demostró de manera precisa cuántas horas al día laboró más allá de la jornada máxima legal.

Manifestó que del documento denominado *anexo* encontró acreditado el trabajo dominical, y el empleador no demostró que lo hubiese pagado. Por lo anterior consideró procedente reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones legales y extralegales según lo dispuesto en la Ley 789 de 2002. Aclaró que, si bien el actor es beneficiario de la convención colectiva, y en su cláusula 50 se establece la forma de liquidar los dominicales y festivos, lo cierto era que, el accionante no solicitó que dicho pago se hiciera conforme a lo dispuesto en la norma convencional.

De la prescripción

El colegiado aseguró que se encontraban prescritos los derechos causados con anterioridad al 10 de mayo de 2014 y aclaró que en el plenario no reposaba información para imponer algún pago con anterioridad al 1 de septiembre de 2016, por lo anterior condenó al recargo dominical y festivo,

la prima extralegal de junio, la de navidad y la prima anual de vacaciones a partir *de septiembre de 2016*. De igual manera reliquidó el auxilio de cesantía, intereses sobre la cesantía, prima de servicios y vacaciones. Resaltó que no era procedente la indemnización moratoria y condenó a la indexación.

En cuanto al recurso de apelación de Drummond Ltda., que perseguía la exoneración del pago de los aportes al sistema de pensiones por el tiempo laborado, el Tribunal señaló que se encontraba acreditado que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció una pensión plena de jubilación al accionante, en la suma de \$1.604.895, a partir del 10 de febrero del año 2002, según lo dispuesto por el literal f) del artículo 9 de la Ley 21 de 1988.

Afirmó que el reconocimiento de la prestación de jubilación no impedía la cotización al sistema de pensiones. Explicó que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, se deben efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas.

Aludió al literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe a los afiliados recibir de manera simultánea pensión de vejez y de invalidez, sin embargo, indicó que dicha disposición legal no impide disfrutar pensiones cuya fuente sea distinta.

Resaltó que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 128 de la Constitución Política está vedado percibir una doble asignación proveniente del erario, y la prestación reconocida al demandante, sin duda está a cargo de los recursos públicos, sin embargo, aclaró que no sucedía lo mismo con la prestación que puede llegar a obtenerse a cargo de una administradora en cualquiera de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, toda vez que a estos entes de seguridad social les compete ser: *administrador de los dineros que aportan asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmar que las pensiones que se otorguen provinieron del tesoro público (sentencia radicación N 35374, 12 de agosto de 2009).*

Citó la sentencia CSJ SL452-2013 que se refirió a la incompatibilidad de pensiones otorgadas por empleadores del sector público y concedidas por el ISS. Sin embargo, precisó que, si bien el actor disfrutaba de una pensión otorgada por una caja del sector público, sí estaba facultado para realizar cotizaciones a pensiones según lo decida, al régimen de ahorro individual o de prima media para obtener la prestación que corresponda en el momento que acredite los requisitos que la ley dispone en cada caso.

En consecuencia, aseguró que la demandada no podía abstenerse de reconocer y pagar los aportes, que estaba obligada a cancelar a favor del actor en virtud de la existencia del contrato de trabajo, pues, no era de su resorte definir la

posibilidad que tiene o no el trabajador de acceder a los beneficios pensionales.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se pasa a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La censura pretende que esta corporación case de manera parcial la decisión impugnada, en cuanto confirmó la condena respecto al reconocimiento y pago de *un título pensional*, y constituida en sede de instancia revoque de manera parcial el fallo del juzgado.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, los cuales son replicados, y se resolverán de manera conjunta, dada la similitud en la argumentación y que persiguen el mismo propósito.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos: 9 literal f, Ley 21 de 1988; 10 del Decreto 1586 de 1989; 13, literal j), 15, 17, 18, 22 y 33 de la Ley 100 de 1993, y 128 de la Constitución Política. Lo que configuró la infracción directa de los artículos

5 del Decreto 2879 de 1985; 7 y 8 de la Ley 71 de 1988; 7 y 8 de la Ley 21 de 1988; 9 del Decreto 1586 de 1989; 2, 3, 5, 7 y 8 del Decreto 1590 de 1989; 49, literales b) y c) del Decreto 758 de 1990; 2, 6, 7, 8 10 y 13, literal f), de la Ley 100 de 1993; 40 del Decreto 692 de 1994; 1 párrafo segundo y tercero transitorio, del Acto Legislativo 01 de 2005, 2.2.2.1.4 del Decreto 1833 de 2016.

Refiere que el Tribunal fundó su decisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral. Aduce que el juez de segundo grado se equivocó al considerar que Drummond Ltda. tenía el deber legal de cotizar al sistema de seguridad social, aun cuando el accionante ya gozaba de pensión de jubilación *convencional* otorgada por Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Afirma que el demandante se encontraba excluido del sistema pensional desde la liquidación de la empresa Ferrocarriles, situación que generó el reconocimiento de una pensión convencional. Sostiene que la prestación otorgada se equipara normativamente a una pensión por aportes de la Ley 71 de 1988, por lo que resulta incompatible con otra pensión de vejez o jubilación.

Asegura que solamente la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia podía subrogarse de la pensión de jubilación afiliando al accionante al seguro social. Sostiene que Drummond Ltda. no se encontraba facultada para hacerlo, pues, existe una prohibición legal expresa para ello, según lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 758 de 1990,

en consecuencia, de haber cotizado habría incurrido en una afiliación ilegal por estar frente a un riesgo no asegurable.

Refirió que la prestación pretendida y la de jubilación reconocida a José Chitiva tienen la misma naturaleza, y solo podrían ser compartibles frente a quien le otorgó la de jubilación. Agrega que mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se reguló el tema de las pensiones *convencionales*, e insiste que la pensión de jubilación concedida al actor se equiparó por disposición normativa a una legal.

Para finalizar, concluye que la contingencia estaba cubierta y se había cumplido el objeto legal de las pensiones de vejez y jubilación del *sistema*. Manifiesta que se respetó la protección establecida en la Ley 100 de 1993, pues el riesgo se encontraba amparado. Reitera la prohibición legal de una doble cobertura.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad de aplicación indebida de los artículos: 9 literal f, Ley 21 de 1988; 10 del Decreto 1586 de 1989; 13, literal j), 15, 17, 18, 22 y 33 de la Ley 100 de 1993, y 128 de la Constitución Política. Lo que configuró la infracción directa de los artículos 5 del Decreto 2879 de 1985; 7 y 8 de la Ley 71 de 1988; 7 y 8 de la Ley 21 de 1988; 9 del Decreto 1586 de 1989; 2, 3, 5, 7 y 8 del Decreto 1590 de 1989; 49, literales b) y c) del Decreto 758 de 1990; 2, 6, 7, 8 10 y 13, literal f), de la Ley 100 de 1993; 40 del Decreto 692 de 1994; 1 párrafo

segundo y tercero transitorio, del Acto Legislativo 01 de 2005, 2.2.2.1.4 del Decreto 1833 de 2016.

La censura reproduce idénticos argumentos a los expuestos en el primer cargo, por lo que la Sala se remite a ellos.

VIII. LA RÉPLICA

José Chitiva se opone a los cargos y asegura que no hay lugar a la casación parcial de la sentencia impugnada. Sostiene que inició su relación laboral con Drummond Ltda. el 19 de abril de 2002, sin que se hubiesen hecho cotizaciones al régimen de seguridad social como trabajador.

Afirma que la prestación reconocida por Ferrocarriles Nacionales de Colombia no puede cubrir el riesgo de vejez, invalidez o sobrevivencia de una nueva relación laboral. Alega que el cumplimiento de la obligación de cotizar por parte del empleador, con relación a un trabajador *pensionado por convención*, no configura infracción de las normas acusadas, máxime cuando la cotización está cubriendo el riesgo de invalidez y sobrevivencia que puede generarse en la relación laboral por riesgo común.

IX. CONSIDERACIONES

De manera inicial, la Sala recuerda que el Tribunal advirtió que el 19 de febrero del 2002 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció a favor del actor una pensión de jubilación. Sin embargo, afirmó que ello

no era óbice para que la demandada, Drummond Ltda., le otorgara y cancelara a favor del accionante los aportes al sistema de seguridad social en pensión.

Aseguró que, si bien es cierto que el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe percibir una doble asignación del erario, y la pensión reconocida al demandante está a cargo de recursos públicos, lo cierto es que no sucede lo mismo con la prestación que podría llegar a obtener a cargo de una administradora en cualquiera de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, de la relación laboral que tienen con la empresa Drummond Ltda.

Por su parte, la recurrente argumenta que por expresa disposición de las normas acusadas, la pensión que recibe el demandante hace parte del Sistema General de Pensiones y de haberlo afiliado, habría contrariado dicho régimen, pues se encuentra excluido. Sostiene que el pago pretendido y la pensión de jubilación reconocida al actor tienen la misma naturaleza, por lo que solo podrían ser compartibles frente a quien le otorgó la de jubilación.

En ese orden, a la Sala le corresponde definir si el juez colegiado incurrió en error al confirmar la condena por aportes a pensión impuesta a Drummond Ltda., por el tiempo de vinculación del accionante con la empresa, pese a que Josué Chitiva Cortés goza de una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Social de Ferrocarriles Nacionales.

De acuerdo con la senda de ataque escogida los siguientes tópicos se encuentran por fuera de controversia: *i)* que el accionante presta sus servicios personales a Drummond Ltda., desde el 19 de abril de 2002; *ii)* que desempeña el cargo de maquinista locomotora; *iii)* que es miembro de la organización sindical Agretritrenes; *iv)* que la empresa accionada no lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones ni ha pagado los aportes durante el lapso de duración del nexo; y *iv)* que cuenta con una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Social de Ferrocarriles Nacionales, desde el 19 de febrero del 2002.

Partiendo de lo anterior, y contrario a lo expuesto en los cargos, las normas denunciadas no permiten advertir que los pensionados por jubilación, como el actor, se encuentren excluidos del sistema de seguridad social en pensiones. Lo cierto es que las exclusiones del sistema son expresas y se limitan a aquellas establecidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 61 *ibídem*, esto es, miembros de las fuerzas militares y de la Policía nacional, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, miembros no remunerados de las corporaciones públicas, personal civil al servicio de las mueras militares, el magisterio, los servidores de Ecopetrol; y para el caso del RAIS: los pensionados por invalidez, las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tuvieran 55 años o más de edad si son hombres, 50 si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas, y lo cierto es que el presente asunto no se enmarca en ninguna de estas hipótesis.

No se puede olvidar que la afiliación de los trabajadores particulares constituye una obligación del empleador, desde antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, específicamente desde la Ley 90 de 1946, data en que el legislador concibió la existencia del ISS y se advirtió la necesidad de que contaran con una cobertura por contingencias de invalidez, vejez y muerte, mediante el pago de una suma mensual periódica, denominada pensión.

El amparo de los riesgos de pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes se hizo en diferentes reglamentos expedidos por el ISS de manera gradual y expansiva por el territorio nacional, y se concibió universal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, momento en cual se cobijó a toda clase de trabajadores.

Ahora, esta corporación en sentencia CSJ SL1922-2020, indicó 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.* Esta última providencia reiteró lo expuesto en sentencia CSJ SL514-2020 en la que se explicó:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras. (Subrayado por fuera del texto)

Así, las cotizaciones pensionales son una consecuencia del trabajo, es decir, se generan por la ejecución de la relación contractual entre el empleador y el trabajador, y salvo prohibición expresa no hay razón alguna que justifique la ausencia de pago de los aportes.

No sobra agregar que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, los afiliados al sistema general en pensiones son de dos categorías: *i)* obligatorios y *ii)* voluntarios.

Los afiliados obligatorios son todas aquellas personas «*vinculadas mediante contrato de trabajo*» o que tengan una relación laboral legal o reglamentaria en calidad de servidores públicos, salvo las excepciones previstas en la ley. De igual manera, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra que adopten, los trabajadores independientes (CSJ SL4698-2020), y los beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional de acuerdo con las disponibilidades presupuestales y los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol a partir del 29 de enero de 2003.

Y los segundos, los voluntarios, se refiere a todas las personas naturales residentes en Colombia, los nacionales domiciliados en el exterior que no tengan la calidad de

afiliados obligatorios y no se encuentren expresamente excluidos por la Ley 797 de 2003 y los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo *permanezcan* en este país, salvo las excepciones de carácter legal.

De manera que de acuerdo con lo establecido por el legislador no existe disposición alguna que excluya a aquellos trabajadores activos a los que se les hubiese reconocido una pensión de jubilación, de la obligación de hacer el pago de los aportes a pensión a cargo del sistema.

Esta Sala en sentencia CSJ SL674-2023, seguida contra esta misma empresa, y en la que se discutía su obligación de afiliación y pago de aportes respecto de un trabajador previamente pensionado, explicó lo siguiente:

De las normas que conforman la proposición jurídica de los cargos, no es dable colegir que los pensionados por jubilación, como el actor, se encuentren excluidos del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ello es así, porque las exclusiones del sistema son expresas y se restringen a aquellas excepciones de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y a las que particularmente se consagran para el RAIS, previstas en el artículo 61 ibidem.

Tan cierto es lo dicho precedentemente, que el artículo 15 del mismo estatuto, señala quiénes son afiliados al Sistema General de Pensiones, y destaca que bien pueden afiliarse como voluntarios «todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley». De esa suerte, el régimen pensional vigente no consagra exclusión alguna que corresponda a los pensionados por jubilación convencional, con lo cual se desmiente lo afirmado reiteradamente en las acusaciones.

Así las cosas, no desatinó el Tribunal al asentar que la prestación extralegal que recibe el demandante no le impedía cotizar al Sistema de Pensiones, lo cual se aviene a lo que adoctrinó la Sala

en proveído CSJ SL6718-2016: «En el horizonte trazado se tiene que la Ley 100 de 1993 no consagró disposición alguna que excluya de la afiliación al sistema pensional a las personas que estén disfrutando de una pensión convencional, como sucede en el asunto bajo examen».

Ahora, lo cierto es que la prestación pensional de jubilación reconocida al actor por parte del Fondo Nacional de los Ferrocarriles corresponde a un *régimen especial*, tal como se dijo en la decisión CSJ SL4298-2021, por lo que, no pertenece al sistema general de pensiones, de ahí la pertinencia del anterior precedente.

En efecto, al demandante se le reconoció la prestación con fundamento el artículo 9 literal f) de la Ley 21 de 1988, en concordancia con el 10 del Decreto 1586 de 1989 y, no puede confundirse la pensión de jubilación reconocida al accionante como trabajador de la los Ferrocarriles Nacionales, como una prestación del sistema, por lo que de acuerdo con las normas señaladas no se configura ninguna exoneración para la empresa Drummond Ltda. frente a su obligación de afiliar al demandante al sistema general de seguridad social y pagar los aportes pensionales correspondientes.

Por lo anterior, no se advierte el yerro del Tribunal al fundamentar la obligación en la cotización por parte del empleador demandado.

El Tribunal tampoco incurrió en los desatinos jurídicos denunciados respecto de la aplicación de los Decretos 1586 de 1989 y 1590 de 1989, toda vez que, estas disposiciones

tuvieron como objeto regir el proceso de liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En efecto, con el primer decreto, expedido el 18 de julio de 1989, se dispuso «*liquidar la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se adoptan normas para su liquidación y se dictan otras disposiciones*» y, a través del Decreto 1590 de 1989, se fijó un «*régimen de pensiones e indemnizaciones para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación*». Aspectos que distan de los aquí discutidos y que se relacionan con la obligación de pagar los aportes al sistema de seguridad social en virtud de una relación laboral, carga que, como ya se anotó, sí era obligatoria.

En consecuencia, no se advierten los yerros jurídicos atribuidos a la decisión adoptada por el Tribunal, por lo que los cargos no prosperan.

Costas a cargo de la recurrente. Se fija como agencias en derecho, la suma de \$10.600.000, que se incluirá en la liquidación que se practique conforme 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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de marzo de 2021, en el

proceso ordinario laboral que instauró **JOSUÉ HERIBERTO CHITIVA CORTÉS**, contra la empresa **DRUMMOND LTDA.**

Costas como se indicó en precedencia.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

artículo 20
DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN