

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**Referencia: Expediente No. 37361**

Acta N° 25

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de **CECILIA RUGE PEÑA** contra la sentencia de 22 de mayo de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

## **I.- ANTECEDENTES.-**

1.- CECILIA RUGE PEÑA formuló demanda contra el Instituto, con el fin de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con las cotizaciones efectivamente realizadas por ella y recibidas por la Administradora, más la indexación y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como apoyo de su pedimento indicó que prestó servicios al Instituto Geográfico Agustín Codazzi entre el 29 de noviembre y el 4 de diciembre de 1972; al INURBE entre el 14 de noviembre de 1980 y el 8 de marzo de 1992, y luego se afilió como trabajadora independiente al Instituto entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de enero de 2003, para un total de más de 20 años de aportes.

El Instituto mediante Resolución 022186 de 2004, reconoció la pensión por aportes del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 computando tiempos oficiales y privados, a la edad de 55 años, desde el 8 de febrero de 2003 y en cuantía de \$332.000,00. El valor de la pensión determinado por el

Instituto no corresponde con el monto de las cotizaciones efectivamente canceladas y a lo devengado por la demandante. La explicación de la entidad para su proceder, consistió en que faltaron los soportes de sus ingresos como trabajadora independiente, que justifique la base del ingreso para una pensión tan alta, en los años 1998 a 2002. Esos documentos o pruebas no los exige la ley para que proceda la correcta liquidación de la pensión por aportes, aspecto innecesario por cuanto ella se desempeñó en el mercado informal y no estaba obligada a declarar renta conforme a su patrimonio y ninguna norma le imponía esa clase de explicaciones.

2.- El Instituto se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y frente a otros dijo no constarle su existencia. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

3.- Mediante sentencia de 13 de julio de 2007, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la reliquidación de la pensión en la suma de \$880.275,49 mensuales, a partir del 8 de febrero de 2003, e impuso la suma de \$12'118.826,48 por concepto de diferencias pensionales insolutas. Absolvió de lo demás.

## **II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al conocer en segunda instancia en virtud de la apelación de las partes, revocó el fallo del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa a los efectos de la casación, sostuvo el juzgador *Ad quem*:

*"...se advierte que el I.S.S. tuvo conocimiento de este cambio brusco del salario y, contrario a lo considerado por el a quo, en virtud de ello y para sentar su inconformidad, inició una investigación administrativa a fin de determinar la veracidad del salario, la cual concluyó, según lo expresa la Resolución del No. 007263 de 2005, así: 'desde el año de 1995, cotizó sobre un salario mínimo pero en el año de 1998 se incrementó los salarios los cuales no son soportados con documentos que demuestre el origen de los ingresos dados en estos períodos debidamente'; por la anterior razón fue que decidió no tener en cuenta tales incrementos, injustificados, en el IBC, liquidando la pensión con base en el salario declarado en el año inmediatamente anterior al del cambio brusco en el ingreso, es decir, el salario mínimo mensual vigente, actualizado año por año".*

Luego se refirió a la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2003, y señaló que en ella se precisó que el salario base con el que se efectúan las cotizaciones al régimen pensional, debe ser el mismo con el que se cotiza para el sistema de salud, ello, en acatamiento a lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4 del Decreto 695 de 1994.

*Agregó que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C. aplicable por analogía al procedimiento laboral, quien alega un hecho debe demostrar la veracidad de su dicho, y en este caso era a la parte actora a quien le incumbía demostrar que el ingreso mensual con base en el cual cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de manera interrumpida desde abril de 1999 hasta enero de 2003, era el ingreso realmente percibido en tales períodos de tiempo, situación que podía acreditar a través de documentos que soportaran operaciones que le generaran tales ingresos, o demostrando que los aportes a salud habían sido cancelados con base en el mismo IBC.*

*"En este orden, obran comprobantes de pago de aportes de trabajador independiente en los que se registra el pago de aportes a pensiones, mas no a salud (fls. 107 a 109, 219, 284 y 333), por lo que no es posible que la sala considere que los incrementos bruscos en el ingreso base de cotización reportado por la actora desde abril de 1999 hasta enero de 2003, se encuentran debidamente justificados, pues al igual que lo expresado por el I.S.S. en*

*la Resolución No. 007263 de 2005 (f. 18), y contrario a lo considerado por el a quo, no existe documento alguno que los soporte, y ante la imposibilidad de corroborar el monto de los aportes consignados a salud, no queda alternativa diferente que considerar que los incrementos abruptos en el IBC de la activa, no corresponden a la realidad y, se insiste, al no existir certeza sobre el IBC con base en el cual la demandante aportó al Sistema de Seguridad Social en Salud, circunstancia que pudiera dilucidar el real ingreso percibido por la demandante, y al ser claro que es esta parte la que soporta la carga probatoria de demostrarlo, sólo procede la absolución de la demandada de la reliquidación pretendida.*

*“Dice el a quo que el I.S.S. conoció tales incrementos en las cotizaciones hechas por la actora, y que nada objetó al respecto pues, por el contrario, recibió los pagos, pero la Sala reitera que tales incrementos bruscos de ingresos mensuales deben ser justificados por quien los experimenta, y como se presentó una notoria ausencia probatoria en ese sentido, será preciso revocar la decisión del a quo y, en su lugar, absolver al I.S.S. de las pretensiones incoadas en su contra”.*

### **III.- RECURSO DE CASACIÓN.-**

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver

previo estudio de la demanda del recurso extraordinario y su réplica.

Pretende el impugnante que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia confirme el fallo del Juzgado que condenó a la reliquidación pensional.

Con tal fin formula tres cargos, así:

**CARGO PRIMERO.-** Acusa la sentencia invocando la causal segunda *"de violar los artículos 66, 57 de la Ley 2ª de 1984 y numeral 2º del 87, en relación con el 6º, numeral 2º del artículo 140, 352 y 357 del Código de Procedimiento Civil, 145 del Código Procesal del Trabajo y los artículos 13, 29, 31, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1987, ..."*.

En el desarrollo señala el impugnante que en este caso surgió una situación de nulidad procesal, por lo que se configuró la infracción del numeral 2º del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, *"en cuanto que un recurso de apelación interpuesto extemporáneamente, pueda en un momento dado admitirse y aún resolverse en*

*contravía de la ley y del derecho fundamental al debido proceso”.*

Luego de referirse a los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 66 del Código de Procedimiento Laboral, 140 numeral 2º del Código de Procedimiento Civil y 87 numeral 2º del Código de Procedimiento Laboral, sostuvo el censor que *“en el caso de autos, el apelante parte pasiva, debió sustentarlo por escrito dentro del término de tres (3) días siguientes a la expedición de la sentencia y no a los cinco (5) hábiles como ocurrió pues, no existe otro término distinto en el procedimiento Laboral que lo haya ampliado, y por ello la Juez y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá citados, se abrogaron (sic) competencias extralegales que excedieron las facultades otorgadas por el legislador, porque, la primera le concedió a la parte demandada el recurso de apelación conforme a lo señalado en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1984 y la Sala Laboral lo resolvió igualmente sin la debida competencia funcional; lo procedente era declararlo desierto debido a la extemporaneidad de la sustentación pues, el simple escrito donde se manifiesta que se apela en ningún caso ha sido considerado como una sustentación.*

*"Entonces, el haberse procedido judicialmente a conceder y resolver el recurso de apelación interpuesto por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia del a-quo, dio lugar a desconocer la condición de apelante único de la demandante ... restringiéndole el derecho a mantener inmutable el principio de la reformatio in pejus, en contravía del numeral 2° del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.*

*"Esa actitud arbitraria de las instancias mencionadas devienen por la indebida aplicación del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral según las cuales, las normas procesales son de derecho público y de orden público y de estricto cumplimiento obligatorio, situación que conlleva no solo a que los funcionarios públicos sino también los particulares, deban acatarlas sin reato alguno".*

El opositor en su escrito señala que para el fallador hubo dos apelantes, por lo que no pudo incurrir en una reforma en perjuicio. Además, la acusación se debió formular por vía directa por violación medio de normas procesales y no por la causal segunda.

#### **IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-**

Se ha de precisar en primer lugar, que las nulidades procesales no son en principio motivo de casación, según lo previsto en el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, puesto que en materia laboral la existencia de una causal de nulidad dejó de ser razón para el quebrantamiento de la sentencia por esta vía a partir de la expedición de la Ley 16 de 1968.

En segundo lugar, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala (sentencia de 28 de agosto de 2002, rad. N° 18347), en aplicación del inciso 1º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282 de 1989, precepto aplicable en el proceso laboral por virtud de la integración dispuesta por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las nulidades procesales que se generan en las actuaciones de instancia deben ser alegadas mientras ella se surte antes de que se profiera el fallo o durante la actuación posterior a éste, si el defecto se presentó en ese

momento, no siendo el recurso extraordinario la oportunidad procesal para remediar situaciones que debieron plantearse en otros estadios del proceso.

En el *sub lite* la parte que ahora acude en casación, dejó precluir la oportunidad para interponer reposición contra el auto que admitió la apelación de la demandada y no planteó nulidad por ese motivo en el curso de la segunda instancia, por lo que sus alegaciones resultan extemporáneas.

Ahora bien, dejando de lado lo anterior, de todas maneras no le asiste razón a la censura, cuando considera que la apelación de la parte demandada fue sustentada extemporáneamente. Examinadas las actuaciones pertinentes, se tiene que la sentencia de primer grado fue proferida el 13 de julio de 2007 y notificada en estrados; el 18 de julio siguiente, el apoderado del Instituto interpuso recurso de apelación en tiempo, pues contaba con tres días hábiles (16, 17 y 18 de julio) para hacerlo, el 23 de julio sustentó la apelación, también oportunamente toda vez que contaba con 2 días hábiles adicionales (19 y 23 de julio) para ese efecto.

El término legalmente previsto para la interposición y sustentación del recurso de apelación está previsto en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, en concordancia con el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la redacción anterior a la Ley 1149 de 2007, vigente para este proceso.

La primera de las normas citadas prevé que, *"Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que venza el término para resolver la petición de apelación"*, y el plazo que tiene el Juzgador *A quo* para resolver sobre la solicitud de apelación es de *"2 días siguientes"*; esto significa que como la sentencia se dictó en audiencia celebrada el 13 de julio de 2007, los 3 días hábiles para impugnar la sentencia por escrito se cumplían el 18, y antes de que transcurrieran los 2 días con los que contaba el juez para pronunciarse (que incluía el lunes 23), debía sustentarse la apelación, como el Instituto lo hizo el día 23 de julio, resulta evidente que no fue extemporánea.

Así las cosas, teniendo en cuenta la forma como fue interpuesto el recurso de apelación, esto es, por escrito,

resulta que de conformidad con las normas procesales vigentes para el *sub lite*, no se imponía sustentar el recurso dentro de los 3 días que la ley da para interponerlo, sino que el recurrente contaba con el plazo adicional de 2 días para hacerlo, mismo que se concede al juzgador para resolver sobre la petición.

En consecuencia, no se trataba en este caso de un apelante único, por lo que queda sin fundamento la alegación de que se violó el principio de la *non reformatio in pejus*, que estaba construida sobre esa consideración.

Por las razones primeramente indicadas, se desestima la acusación.

**CARGO SEGUNDO.-** Acusa la sentencia por vía directa, "*por aplicación indebida, de los preceptos legales sustantivos contenidos en el ordinal 1° del artículo 45 de la Ley 57 de 1887, artículos 15, 19 y 36 de la Ley 100 de 1993, 4° del Decreto 695 de 1994, Parágrafo 4° del artículo 23 del Decreto 326 de 1996, 20 del Decreto 1818 de 1996, 25 del Decreto 1406 de 1999, en relación con los artículos 16 y 20 del Código Sustantivo del Trabajo*".

En la demostración se refiere el censor a los artículos 15 y 19 de la Ley 100 de 1993 y sostiene que los trabajadores independientes hasta la expedición de la Ley 797 de 2003 eran afiliados voluntarios, y la base de cotización era los ingresos que declararan ante la entidad de seguridad social, siendo responsables por la totalidad de la cotización. Es decir, el artículo 19 de la Ley 100 acusado, *"les dio total autonomía e independencia para declarar su cotización sobre el valor del ingreso que considerasen como su ingreso .... Sólo hasta la modificación del artículo 6° de la Ley 797 de 2003, "se limitó la cotización sobre los ingresos que declarasen pero, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos o devengados, situación que no contemplaba la norma anterior, con lo cual quedó sujeta dicha cotización a la demostración de los reales ingresos del aportante ..."*.

Agregó que el artículo 4° del Decreto 695 de 1994 que estableció el ingreso base de cotización en salud, reiteró que en el caso de los trabajadores independientes las cotizaciones se calcularían sobre los ingresos que declararan ante la entidad a la cual estuviesen afiliados, *"de donde se concluye que para esta clase de servidores continuó esa*

*independencia o libertad para declarar libremente su ingreso ante la entidad a la cual se hallaban afiliados ...”.*

Respecto del artículo 23 del Decreto 326 de 1996 dice que en ninguna parte de la norma se prevé que *“el ingreso base de cotización en pensiones, dependa del ingreso base de cotización en salud o restrinja el derecho a la pensión por no haberse cotizado en salud; a lo largo del decreto no se limita el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores independientes como si lo vino a precisar más adelante la Ley 797 de 2003 y el Decreto 510 del mismo año ...”.*

La réplica aduce que el recurrente menciona una serie de normas que no fueron aplicadas por el Tribunal. Adicionalmente, no probó la demandante los soportes de los incrementos bruscos en el ingreso base de cotización.

## **V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-**

1.- Efectivamente se equivocó el Tribunal al restarle validez a los incrementos en el ingreso base de cotización a pensiones de la demandante como trabajadora independiente, en el lapso comprendido entre abril de 1999

y enero de 2001 porque no se demostró que sobre esa misma base se hubiera cotizado a salud, dando aplicación al artículo 4° del Decreto 695 de 1994 y apoyándose en la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2003, rad. 21375.

Tal normatividad no preveía esas consecuencias para el caso de los trabajadores independientes, y la jurisprudencia que invocó el Juzgador *Ad quem* hacía referencia a trabajadores vinculados a un patrono mediante contrato de trabajo, por lo que resultaba impertinente frente al *sub lite*, y en esa medida se dio la aplicación indebida del precepto en mención.

Se ha de precisar que incluso después de la vigencia de la Ley 797 de 2003, la Corte tiene sentado el criterio de que el artículo 6° de esa preceptiva, que es el que gobierna lo concerniente a las cotizaciones de los trabajadores independientes, "*no descalifica las cotizaciones para pensión realizadas por un trabajador en esta condición, que no aporta para salud*" (sentencia de 18 de agosto de 2010, rad. N° 35329).

2.- Frente al otro pilar jurídico del fallo esto es, que debía existir correlación entre los ingresos percibidos por el trabajador independiente y el ingreso base de cotización al sistema general de pensiones, se ha de anotar que aunque el sentenciador no citó norma alguna para sustentar su razonamiento, entiende la Corte que acudió al artículo 6° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 acusado por el censor.

Y en este aspecto también se equivoca el Tribunal y por lo tanto incurre en aplicación indebida de la norma en comento, por cuanto la Ley 797 de 2003 no había sido expedida cuando se hicieron los aportes que aquí se controvierten.

Ahora bien, antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003 como bien lo anota el impugnante, existía libertad para los trabajadores independientes por ser afiliados voluntarios al sistema general de pensiones, de cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el régimen de prima media, con independencia de los ingresos que percibieran, con el único límite de que el ingreso base no fuera inferior al salario mínimo ni superior a 20. En efecto fue el artículo 6° de la Ley en cita que previó que esta clase de trabajadores

debía cotizar "*guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos*", pero que se insiste, no regulaba la situación del *sub lite*.

La legislación anterior a la Ley 100 de 1993 no establecía que el ingreso base de cotización tuviera coincidencia con los ingresos reales en el caso de los trabajadores independientes; después de la citada ley las disposiciones que gobernaron las cotizaciones al sistema de pensiones de estos trabajadores fueron los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 1406 de 1999, que no previeron dicha coincidencia, solo a partir del artículo 6º de la Ley 797 de 2003, se dispuso que la cotización debía guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos, pero como en el caso de autos la afiliada cotizó hasta el 31 de enero de 2003, y la mencionada Ley 797 fue sancionada el 29 de enero de 2003, según publicación en el Diario Oficial Nro. 45079 de la misma fecha, se hace imposible la aplicación del artículo 6º *ibídem*.

Por las razones anteriores, el cargo prospera y la sentencia acusada será casada en su integridad.

Dadas las resultas de esta acusación, la Corte queda eximida del estudio del cargo tercero que pretendía idéntico objetivo.

En sede de instancia se ha de advertir que si bien es cierto esta Sala de la Corte tiene establecido tanto para los trabajadores independientes como subordinados, que en el último periodo con incidencia preponderante en el cálculo del monto pensional, no son de recibo los cambios bruscos en la base para aportar, salvo que se encuentren debidamente justificados (sentencias de 8 de febrero de 2005, rad. N° 24136 y 4 de marzo de 2008, rad. N° 32144), también lo es que esta no es la situación en este caso, habida consideración de que la actora aportó como trabajadora independiente sobre un base salarial alta durante casi cinco años, entre marzo de 1998 y enero de 2003, y que aparece justificado el incremento por la circunstancia de haber pasado de ser trabajadora dependiente a independiente, lo que permite inferir la obtención de una mayor remuneración.

En todo caso, era en fechas concomitantes a la oportunidad en que se hicieron los aportes en que el Instituto demandado debió exigir la explicación de los ingresos y no después de varios años de efectuadas las cotizaciones y de haberlas aceptado sin reparo, esto por la situación especial

de ser los trabajadores independientes quienes declaran ante la Administradora los ingresos sobre los cuales van a efectuar las cotizaciones.

En la Historia Laboral de cotizaciones al Instituto que aparece a folios 264 a 267, se observa que el ingreso base de cotización de la demandante en marzo de 1998 fue de \$1'333.000,00; abril y mayo de 1998 de \$2'062.000,00; junio, julio, agosto, noviembre y diciembre de 1998 y febrero de 1999 de 2'054.000,00 y el resto de los ciclos de \$2'000.000,00, hasta enero de 2003. Se hace énfasis en que se presentan dos reportes de cotizaciones uno de Vicepresidencia de Pensiones del Instituto en que aparece con patronal 01989814237 (fls. 264 y 265) y otro de Vicepresidencia de Pensiones "Trabajadores Independientes y Servicio Doméstico", en ambos documentos se alterna la información, lo que dio lugar a que se debieran cruzar los datos.

Como en el alcance de la impugnación que es el que fija la competencia de la Corte, se solicitó que en instancia se confirmara el fallo del Juzgado, a ello se procederá.

Sin costas en casación dada la prosperidad del cargo segundo. Las de las instancias a cargo de la demandada.

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, **CASA** la sentencia de 22 de mayo de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por **CECILIA RUGE PEÑA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**. En sede de instancia, **CONFIRMA** el fallo de 13 de julio de 2007, dictado por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN**

**GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS      CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE**

**FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ      CAMILO TARQUINO GALLEGO**