



TRIBUNALES DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
DIAGONAL 21B N° 23-47

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

30 DE JUNIO DE 2018

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-de-familia/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/74

SALA CIVIL

LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR SIGNOS Y/O NOMBRES DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIOS SIMILARES A OTRAS EMPRESAS. Pág. 2 – 6.

SALA DE FAMILIA

¿PUEDE DECRETARSE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ENCONTRARSE DEMOSTRADA LA PREEXISTENCIA DE UN VÍNCULO ANTERIOR? Pág. 6 - 13

IMPOSIBILIDAD DE ADELANTAR EL PROCESO DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO AL HABER OCURRIDO LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES. Pág. 13 - 16

SALA LABORAL

SE PUEDE ACCEDER A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, AL ACREDITAR UNA CONVIVENCIA REAL Y EFECTIVA EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS. Pág. 16 – 20.

SALA CIVIL

LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR SIGNOS Y/O NOMBRES DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIOS SIMILARES A OTRAS EMPRESAS

MP DRA. LIANA AIDA LIZARAZO VACA

RADICADO: [11001319900120160648201](#)

ASPECTO FÁCTICO

El accionante sustentó su libelo en que la sociedad se constituyó desde 1994, momento en el cual inició su posicionamiento como una cadena en el país.

Afirmó que sus 22 años de trayectoria y crecimiento de Sodimac Colombia ha sido tal que pasó a formar parte de las 500 empresas más grandes de Colombia, actualmente entre las primeras 40 empresas del país, integrando el número de las primeras 20 compañías de mejor reputación y contando con el calificativo de ser la segunda marca que más bienestar genera al entorno de los colombianos.

Indicó el demandante que es titular en Colombia entre otros de la marca debidamente registrada de esta entidad como la fuente del plenario.

Señaló que es titular del nombre comercial Sodimac cuyo uso efectivo, serio, real y continuo se remonta desde el año 1994, cuando inició su actividad en Colombia añadiendo que tanto las marcas como nombre comercial tienen un alto grado de reconocimiento de la población colombiana y, allí asevera la calidad de servicios y productos en el mercado y a la amplia cobertura que tiene del país, pues, cuenta con 25 establecimientos de comercio abiertos al público.

Informó que Sodimac ha utilizado en Colombia la expresión “Sodimac” como un signo distintivo asociado a una cadena de tiendas dedicadas a la importación, venta y la distribución de productos como dotación construcción, adecuación y remodelación del hogar, empresas y oficinas etc.

Se mencionó que Sodimac San Rafael es una sociedad cuyo objeto social consiste básicamente en la comercialización de materiales de construcción y de alquiler de maquinaria para el servicio de transporte de carga, añadió a esto que Sodimac San Rafael utiliza de forma no autorizada y, por tanto ilegal la expresión “Sodimac”, además, que ese uso que puede llegar a generar un riesgo de confusión o asociación entre los consumidores bajo el entendido que está acudiendo a la misma fuente empresarial o actuar bajo la premisa que exista alguna relación.

Y se dice que Sodimac San Rafael, presta

servicios íntimamente ligados con los servicios y productos comercializados por Sodimac, nexo que genera una idea errada transmisible al público, porque se entendería que Sodimac San Rafael está ligada a Sodimac Colombia, por lo tanto, concluyó que las conductas de Sodimac San Rafael infringen los derechos de propiedad industrial de los cuales es titular Sodimac por lo que consideró se vulneraba el literal D del artículo 155 de la Decisión 486 del 2000.

PROBLEMA JURÍDICO

Lo primero a precisar es que en este asunto se debate la violación del literal d del art. 155 de la Decisión 486 de 2000, según el cual el registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar sin su consentimiento entre otros los siguientes actos: *“d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro”*.

ANÁLISIS DE LA SALA

Así, la legislación andina dispone que la marca concede derechos de exclusividad en su dimensión positiva y negativa. La positiva le permite al titular usarla, cederla, o conceder licencia. La negativa implica que el titular está facultado para prohibir que terceros usen la marca (art. 155).

El art. 156 de la Decisión 486 determina que constituirá uso de un signo en el comercio por parte de terceros, entre otros, lo siguientes actos:

1. Introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo
2. Importar, exportar o almacenar o transportar productos con ese signo
3. Emplear el signo en publicidad, publicaciones, documentos, comerciales o comunicaciones, escritos u orales, independientemente del medio de comunicación empleado y sin perjuicio de las normas de publicidad que fuesen aplicables.

La normativa andina solo prevé dos circunstancias bajo las cuales se podría utilizar una marca registrada ajena: a) que el titular de la marca autorice dicho uso y, b) las excepciones establecidas en el art. 157 de la decisión.

En el caso concreto está debidamente acreditado que el demandante es titular de la marca mixta y denominativa Sodimac identificada con los números de certificado 488428, certificado 368969, certificado 368964 (fl.34, 38 y 42).

También está acreditado que el demandado utiliza la expresión Sodimac para identificar su establecimiento de comercio.

En el caso concreto el *a quo* descartó la controversia entre marca y nombre comercial aspecto éste que no fue apelado por el demandante, luego la discusión se centra entre el uso de la marca del demandante por parte del demandado en su establecimiento de comercio, es decir, se discute si el demandado puede utilizar como enseña comercial el nombre Sodimac, expresión que goza de la protección marcaria.

En este específico aspecto, el punto de discusión planteado por el demandado es que el elemento predominante en las tres marcas registradas por Sodimac Colombia es ‘SODIMAC’, en cambio, el elemento predominante en el signo distintivo que utiliza la demandada para identificar sus establecimiento de comercio es ‘SAN RAFAEL’, razón por la cual no existe riesgo de confusión ni en la modalidad directa ni en la indirecta. Añadió que los consumidores de una y otra sociedad son diversos, dado que los de la demandante son los constructores en tanto que los de la demandada son el obrero o albañil, razón por la cual no hay riesgo de confusión.

Puestas así las cosas, conviene determinar si con el uso de la expresión ‘SODIMAC’ por parte del demandado en su establecimiento de comercio se configura un riesgo de confusión toda vez que el *a quo* advirtió que sí se puede generar esa confusión de forma indirecta, porque los elementos que comercializan y distribuyen ambas sociedades son similares.

Sabido es que la confusión se produce cuando un competidor realiza actos idóneos para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia de la prestación del producto o servicio que se ofrece en el mercado.

Como señala la doctrina *“La confusión en sentido estricto tiene lugar cuando se produce un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación, esto es, cuando se considera que ambas prestaciones proceden de la misma empresa”*.

A su vez, dentro de la confusión en sentido estricto se distingue entre la confusión directa o inmediata y la confusión indirecta o mediata. La primera de ellas se da cuando los

productos son tan similares que el consumidor toma un producto por otro al momento de realizar su elección y, la segunda se configura cuando los productos si bien presentan diferencias, el consumidor puede creer que tienen el mismo origen empresarial.

Para resolver tal discusión conviene acudir a los parámetros que ha fijado el Tribunal Andino de Justicia que ha sostenido en la interpretación prejudicial que viene a este caso, así, en el análisis de signos mixtos se debe determinar *“que elemento –sea denominativo o gráfico– penetra con mayor profundidad en la mente del consumidor. Así, la autoridad competente deberá determinar en el caso concreto si el elemento denominativo del signo mixto es el más característico, o si lo es el elemento gráfico, o ambos, teniendo en cuenta la capacidad expresiva de las palabras y el tamaño, color y colocación de los elementos gráficos y también si estos últimos son susceptibles de evocar conceptos o si se trata de elementos abstractos.”* (26 IP-2017).

Descendiendo al caso concreto se tiene que el demandante tiene reconocida la marca nominativa ‘SODIMAC CONSTRUCTOR’ (fl.18) y marca mixta ‘SODIMAC EMPRESAS’ (fl.22 y 26) y el demandado utiliza como enseña la expresión ‘SODIMAC SAN RAFAEL’ por lo que conviene analizar estos signos para determinar en primer lugar que en la marca mixta del demandante predomina el elemento denominativo, es decir, la expresión ‘SODIMAC’, la cual se observa en letras mayúsculas y en rojo, en tanto que en la enseña comercial del demandado predomina la expresión ‘SAN RAFAEL’ que se encuentra en rojo, en tanto que la expresión ‘SODIMAC’ se encuentra en una letra más pequeña y en negro.

Sin embargo, en este punto, parte la Sala de la base de que el demandado está utilizando exactamente la expresión ‘SODIMAC’ y por eso se hace referencia al punto 1.7 de la interpretación prejudicial que fue dada para este proceso por el Tribunal Andino de Justicia, en la cual se dice: *“1.7. Si bien se advierte que el literal estudiado a diferencia de lo establecido en el literal D del artículo 155 no prevé que se demuestre el riesgo de confusión o asociación en el mercado, éste Tribunal encuentra que se debe dar un tratamiento diferente al analizar la causal sobre signos idénticos, que al analizarlas sobre signos similares o semejantes, con referencia al primero la acción de colocar el signo idéntico incluye de por sí, el riesgo de confusión en el público consumidor, mientras que con los segundos se debe demostrar el riesgo de confusión o de asociación”*, tal punto, hacía referencia, según la IP aportada al proceso, al literal a del artículo 155 de la

Decisión 486.

No obstante ello, el hecho determinante para resolver el asunto es si tal uso por parte del demandado configura la infracción al literal d del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

Recuérdese que el literal en mención hace relación a usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o riesgo de asociación.

El demandado hizo uso de la expresión ‘SODIMAC’ que fonéticamente es idéntica a la expresión utilizada para el establecimiento de comercio que identifica al demandado.

El objeto social de ambas partes es la venta y comercialización de artículos y productos para la construcción (fl.7 vuelto y 16 vuelto C1); los productos ofrecidos por el demandado en su establecimiento de comercio (fl.39 Cd.1) son materiales que se usan en la construcción, y si bien no son constitutivos de consumo masivo porque no se venden en los supermercados, tampoco puede decirse que tienen un mercado especializado o calificado.

El apoderado del demandado insiste en que el consumidor principal de la sociedad demandante es el empresario o constructor, en tanto que el del demandado lo es el obrero o el albañil, sin embargo, ninguna prueba en el expediente milita en tal aspecto, asunto que ha debido acreditar en orden a lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P.

Adicionalmente las facturas que dan cuenta de la compra de los productos llevan la expresión ‘SODIMAC SAN RAFAEL’ (fl.38) lo que efectivamente genera el riesgo de confusión indirecta que fuera dado por acreditado por el *a quo*.

Si bien los productos de la bolsa que vende el demandado no son especializados, pues, se trata de un pegante y un metro, no se requiere para la compra de esos productos de un consumidor razonable, por lo que se cae de su peso el argumento del apelante.

Entonces, aunque se trate de elementos para la construcción, lo cierto es que si no se requiere de un consumidor razonable, el uso de la marca sí es susceptible de generar como lo sostuvo el *a quo* un riesgo de asociación, es decir, que el consumidor puede creer que esos productos están siendo comercializados por Sodimac Colombia.

Adicionalmente hay que tener en cuenta la conducta procesal asumida por la parte demandada en este juicio por el hecho de no

haber contestado la demanda lo que a voces del art. 97 del C.G.P. surte los efectos de confesión.

Por demás, dio cumplimiento al auto de medidas cautelares en el cual se le ordenó retirar de sus establecimientos de comercio el aviso en donde se use la expresión ‘SODIMAC’ tal como se observa a folios 111 y 112, sin que hubiere presentado recurso alguno contra el decreto de la cuatela. A más de que cambió su razón social por la de Distribuciones San Rafael, lo que no impide que la acción salga adelante porque como lo señaló el Tribunal Andino en la IP para este proceso, *“la acción por infracción de derechos es procedente aunque la conducta infractora haya cesado al momento de interponerse la demanda o denuncia correspondiente”* (fl. 16c3).

Ahora bien, de cara a los daños preestablecidos, debe señalarse que el legislador andino no reguló en forma específica el marco indemnizatorio en cuestiones de propiedad industrial ya que el literal b del artículo 241 de la Decisión 486 señala que la autoridad nacional podrá establecer el monto de la indemnización, sobre los parámetros que fije la ley nacional, en aplicación del denominado principio de complemento indispensable (fl. 17 vuelto Cd.2).

No obstante, con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, se expidió en Colombia la Ley 1648 de 2013, por medio de la cual se adoptan medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial, ley que fue reglamentada por el Decreto 2264 de 2014, cuyas disposiciones fueron posteriormente recogidas por el Decreto 1074 de 2015, por el cual la legislación colombiana introdujo la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaría.

En este aspecto es importante señalar que la indemnización preestablecida a la que se refiere la norma no hace referencia a daños punitivos, en tanto que se trata de figuras diferentes.

En efecto, por daños punitivos se entiende una suma de dinero que reconoce el juez por encima o diferente de la que corresponde a la reparación del perjuicio cuando se configura presión, malicia, fraude o conducta indebida del demandado, de tal suerte que se trata de una sanción que se impone, o una condena ejemplarizante.

En cambio, las indemnizaciones preestablecidas obedecen a un concepto completamente diferente que se fue abriendo

paso en nuestro país con la vigencia de los Acuerdos ADPIC como un instrumento internacional dirigido a regular los derechos de propiedad intelectual.

Y es que, la forma de determinar los daños en materia de propiedad intelectual, no obedece a un criterio universal, ya que los derechos de propiedad intelectual por su naturaleza requieren de mecanismos especiales para su protección y es precisamente ello lo que conllevó a que a nivel internacional se impusiera la noción del daño estatutario como una herramienta de protección a los titulares de derechos ante la inminente dificultad de cuantificar el daño real. Los daños estatutarios conceden entonces al demandante una ventaja procedimental, simplificando su labor probatoria y compensando los perjuicios sufridos, sin requerir de una evidencia para ello.

El concepto de daño estatutario fue incorporado en el acuerdo sobre los ADPIC, y adicionalmente en la legislación nacional con el Decreto 2264 de 2014.

El artículo 1 del Decreto 2264 de 2014 establece: *“Indemnización preestablecida en procesos civiles de infracción marcaria. En virtud de lo establecido por el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013, la indemnización que se cause como consecuencia de la declaración judicial de infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del demandante”*.

El inciso segundo del artículo 1 señala que *“se entenderá que si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción”*.

Una interpretación literal de la norma permitiría afirmar que cuando el demandante acuda al sistema de indemnizaciones preestablecidas estará únicamente exento de probar la cuantía del perjuicio, pero debería de todas maneras probar la existencia del mismo.

Sin embargo, la interpretación que propone la Sala es que no se requiere prueba del daño, en el entendido de la concepción que se tuvo al establecer esta posibilidad de las indemnizaciones preestablecidas fue la de la dificultad de la prueba del daño en esta clase de asuntos.

Como lo sostiene el profesor Ernesto Rengifo García, en propiedad intelectual se ha diseñado un sistema de presunción del daño, en el sentido de que una vez afectado un derecho de

propiedad intelectual, “se presume un daño que debe ser indemnizado”.

Por ello, la indemnización de perjuicios se aparta de las características generales de la teoría tradicional del daño, a lo que debe sumarse la tendencia actual en materia de responsabilidad civil en la que el protagonista ya no es el que causa daño a otro, ni tampoco los que incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, sino precisamente ese ‘otro’ que es víctima de un daño extracontractual o contractual en tanto que todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado. Así, lo relevante hoy no es la antijuridicidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuridicidad del daño mismo.

Adicionalmente, tratándose de la propiedad industrial, las indemnizaciones por daños son de obligatoria aplicación para los estados miembros del ADPIC en la forma como lo señala el inciso 1 del art. 45 al establecer que las autoridades judiciales están facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño, o en otras palabras una compensación adecuada conforme al daño causado.

Y es que, el daño estatutario le permite al titular del derecho de propiedad industrial la garantía de que va a obtener una compensación por el daño sufrido aunque carezca de significancia, como puede suceder en el caso sometido a estudio de la Sala.

Por otro lado, el artículo 2° del Decreto 2264 de 2014 señala: *“Cuantía de la indemnización preestablecida. En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida, Esta suma podrá incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca”*.

En el caso concreto, el *a quo* señaló como cuantía la suma de tres salarios mínimos legales vigentes, aspecto que fue recurrido por el demandante quien considera que debe ser mayor. Sus argumentos se enfilan a que se tenga en cuenta que se infringieron tres marcas, que no se tuvo en cuenta la calidad de los productos que ofrece en el mercado, que es

una empresa de reconocimiento en Latinoamérica y que la función del juez debe ser ejemplarizante.

Para resolver tal aspecto, considera la Sala que la condena impuesta por el *a quo* no puede considerarse mínima dado que expuso claramente sus razones como lo fueron que el establecimiento de comercio del demandado funciona en Zipaquirá y no en Bogotá y que cambió el nombre de su razón social, fundamentos estos que no fueron controvertidos por el apelante por lo que a ellos se estará la Sala.

Tener en cuenta los argumentos adicionales como el hecho de que es una empresa de reconocimiento en Latinoamérica es asunto que no quedó acreditado en el plenario; que la función del juez debe ser ejemplarizante es tema ajeno a esta contienda donde no se trata de una sanción administrativa ni de daños punitivos.

En lo concerniente a que se infringieron tres marcas, por lo que la cuantía debe ser mínimo de tres salarios por cada marca infringida si considera la Sala que le asiste razón al impugnante y así se reconocerá en la sentencia.

SALA DE FAMILIA

¿PUEDE DECRETARSE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ENCONTRARSE DEMOSTRADA LA PREXISTENCIA DE UN VÍNCULO ANTERIOR?

MP DR. JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

RADICADO: [11001311002220150100301](https://www.cjecf.gov.co/consulta/ver_documento.php?ID=6343)

ASPECTO FÁCTICO

1. La señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**, el 28 de mayo de 2015 (fol. 19) acudió a la jurisdicción del Estado a fin de obtener el divorcio del matrimonio civil que contrajo con el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** el 3 de marzo de 2003 ante la Notaría Primera de Ibagué, con fundamento en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 6ª del artículo 154 del C.C., demanda cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, D.C.

2. La demanda se admitió con auto del 1º de junio de 2014 (fol. 21 c1), del cual se notificó el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** personalmente el 22 de junio de 2015 (fol. 36), quien dentro del término se opuso a las pretensiones formulando como excepciones de mérito las que denominó “*INEXISTENCIA DE CAUSAL DE DIVORCIO; EL MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE LAS APRTES ES NULO DE NULIDAD ABSOLUTA; AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR; INEXISTENCIA DE SOCIEDAD CONYUGAL; LA DEMANDANTE NO PUEDE PEDIR ALIMENTOS PARA SI POR TENER CAPACIDAD ECONÓMICA*” (fols. 84 a 89). Además formuló demanda de reconvenición solicitando se decretara la nulidad del vínculo matrimonial celebrado con la señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** con fundamento en lo dispuesto en el numeral 12 del

art. 140 del C.C., vínculo que no conformó sociedad conyugal tal como lo indica el numeral 4º del art. 1820 ibídem, todo con sustento en que para el momento en que se celebró el matrimonio civil entre las partes, el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** tenía vigente un vínculo nupcial con la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO** celebrado el 6 de enero de 1995 en el Distrito de Pedro María Ureña, Estado del Táchira, Venezuela, registrado en la Notaría 44 del Circulo de Bogotá, D.C. con el serial 06860171 (fols. 2 a 4 c2).

Admitida la demanda de mutua petición con auto del 30 de julio de 2015 (fol. 10 c2), la demandada en reconvenición **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**, se opuso a las pretensiones indicando que el vínculo nupcial celebrado el 3 de enero de 1995 entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** en Venezuela, se encuentra revestido de nulidad absoluta, ya que el demandante en reconvenición tenía vigente un matrimonio anterior con la señora **MYRIAM ULLOA VELANDIA**, celebrado en diciembre de 1972, y el que se disolvió con sentencia del 22 de noviembre de 2002 proferida por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, D.C., además que el demandado inicial actúo de mala fe al acudir el 17 de junio de 2015, por intermedio de un tercero, a registrar ante la Notaría 44 del Circulo

de Bogotá, D.C. el matrimonio contraído en Venezuela (fols. 20 a 35 c2).

3. Con decisión del 6 de octubre de 2016 esta Superioridad resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia del 7 de julio de 2016 proferida por el juzgado de primera instancia, con el fin de que se integrara como litisconsorte necesaria a la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO** (fol. 17 c4), vinculación que se hizo efectiva mediante notificación personal a la apoderada de la mencionada el 12 de enero de 2017 (fol. 241 c1), quien se pronunció acerca de la demanda principal de divorcio instaurada por la señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** y se allanó a las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y en tal sentido requirió se ordenara declarar la nulidad absoluta del vínculo matrimonial de la pareja **BARRERA - ROA**, formulando como excepciones las denominadas “*EL MATRIMONIO ENTRE EL CÓNYUGE BARRERA ALFARO Y CLARA CUELLAR SERRANO SE ENCUENTRA VIGENTE; LA SOCIEDAD CONYUGAL COMO CONSECUENCIA DE UN MATRIMONIO VIGENTE TIENE PLENOS EFECTOS; ENTRE GUILLERMO BARRERA ALFARO Y DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA NO SURGE A LA VIDA JURIDICA LA SOCIEDAD CONYUGAL HASTA TANTO NO SE HAYA DISUELTO LA SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE*” (fols. 243 y 244 c1).

4. El *a quo* dictó sentencia anticipada el 27 de marzo de 2017, en la que resolvió declarar la nulidad del vínculo matrimonial celebrado entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** el 3 de marzo de 2003 en la Notaría Primera de Ibagué, con fundamento en lo establecido en el numeral 12 del artículo 140 del C.C., y como consecuencia de ello señaló que no nació sociedad conyugal entre las partes tal como lo señala e numeral 4 del art. 1820 del C.C., todo ello bajo las consideraciones que allí se plasman (fols. 287 a 305 c1).

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante principal y demandada en reconvencción interpuso recurso de apelación (fols. 306 a 310 c1).

5. En trámite de segunda instancia, con auto del 31 de agosto de 2017 se decretó de manera

oficiosa el interrogatorio de la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO**, que se practicó en esta audiencia del 30 de noviembre de 2017 según aparece a folio 31.

PROBLEMA JURÍDICO

Primer reparo: Censura la declaratoria de nulidad del matrimonio celebrado entre la señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** y el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO**, con sustento en que a éste le es inoponible el registro del vínculo nupcial celebrado entre el demandado principal y la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO** en Venezuela ya que solo fue registrado hasta el 23 de junio de 2015, momento en el cual empieza a surtir sus efectos, agregando que con los testimonios e interrogatorios practicados se pudo constatar que los señores **GUILLERMO** y **DIANA DEL ROCÍO** han convivido y compartido públicamente, por lo que se encuentra acreditado que el señor **GUILLERMO** y la señora **CECILIA** no tienen una relación de pareja desde el año 2002, y en tal sentido resulta claro que el funcionario judicial eludió “*su deber legal de declarar la nulidad del matrimonio de GUILLERMO BARRERA ALFARO y CECILIA CUELLAR SERRANO tanto de oficio, como a solicitud de parte, pues se interpuso la apelación contra el auto que negó la práctica de las declaraciones de CECILIA CUELLAR y su cónyuge CARLOS VÁSQUEZ documento en el que de manera incisiva se solicitó al despacho decretar la nulidad de esta unión, toda vez que como bien menciona el juez en el fallo que recurro, en el expediente obra PRUEBA de la existencia de un vínculo matrimonial previo celebrado*” con la señora **MYRIAM ULLOA VELANDIA**.

Segundo reparo: Sostiene la apelante que se encuentra probado en el expediente que el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** contrajo “dos matrimonios” y en el presente asunto pretende “*sacar provecho de su propia culpa excluyendo a mi poderdante de sus derechos de cónyuge y actuando con evidente mala fe*”.

Tercer reparo: Señala la apelante que el juzgador desconoció los hechos probados como lo son la violencia psicológica, económica y patrimonial, así como la “agresividad verbal” que sufrió la señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** por parte del señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO**, aspectos que se encuentran debidamente demostrados “*en el interrogatorio de parte y en las declaraciones (sic) de YUDY ROA*”, además sostuvo la apelante que el demandado principal no acreditó que la ausencia de relaciones sexuales

se debiera a un impedimento físico por enfermedad.

ANÁLISIS DE LA SALA

Se despachan en conjunto el primer y segundo reparo ya que, como bien se aprecia, el planteamiento en ambos gira sobre una misma idea, esto es la nulidad matrimonial y sus secuelas, de tal suerte que lo que se diga del uno necesariamente toca al otro.

Puntualizado lo anterior, el razonamiento del Tribunal se descompondrá en tres ejes temáticos: la nulidad del matrimonio; lo referente a la sociedad conyugal y lo que tiene que ver con las eventuales indemnizaciones.

A. La nulidad matrimonial:

1. En éste asunto se encuentra plenamente acreditado lo siguiente:

1.1 El matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **MYRIAM ULLOA VELANDIA** el 21 de diciembre de 1972 en la Parroquia Santa Mónica y registrado ante la Notaría Quinta del Circulo de Bogotá, D.C. (fol. 3 c1).

1.2 El matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** el 6 de enero de 1995 en el Distrito Pedro María Ureña, Estado Táchira, República Bolivariana de Venezuela (fol. 42 c1).

1.3 El matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** el 3 de marzo de 2003 en la Notaría Primera de Ibagué (fol. 2 c1).

1.4 Copia de la sentencia del 22 de noviembre de 2002 proferida por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, D.C. por medio de la cual se decretó la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso celebrado entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **MYRIAM ULLOA VELANDIA** y, en consecuencia, declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal allí conformada (fols. 4 a 7 c1).

1.5 Escritura Pública número 2096 del 17 de junio de 2015 de la Notaría Cuarenta y Cuatro del Circulo de Bogotá, D.C. por medio de la cual se protocolizó el acta del matrimonio civil celebrado entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** (fols. 11 a 15 c2).

2. Ahora bien, conforme al numeral 12 del artículo 140 del C.C., el matrimonio es nulo

“*Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior*”, causal catalogada como insubsanable y que incluso debe ser declarada por el juez aún de oficio, sin que por ello se pueda alegar un vicio de actividad por *extra petita*, ya que el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, expresamente señala que “[l]as nulidades a que se contraen los números 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del artículo 140 del Código [Civil] y el número 2º del artículo 13 de esta Ley, no son subsanables, y el Juez deberá declarar, aun de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas disposiciones prohibitivas”, bastando para su declaratoria que se acredite que uno de los contrayentes o ambos poseen un vínculo matrimonial anterior y que en el asunto se encuentren a derecho los cónyuges que puedan resultar afectados por una determinación de dicho linaje, temática sobre la cual la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia SC444 del 25 de enero de 2017, M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO, ha orientado:

“De ahí que la potestad de decretar de oficio la nulidad de un matrimonio, cuando de por medio está la irrupción de una hipótesis nulitiva de las denominadas «absolutas», no es una cuestión que devenga potestativa del funcionario judicial, sino que, más bien, se revela impositiva para él por cuanto que, en esos eventos, se trata de preservar el orden público patrio, en lo particular de la unidad de los lazos matrimoniales, lo que es menester, dado que su fin es dar forma a la familia que es «el núcleo fundamental de la sociedad» (artículo 42 Superior).

Ese entendido lo ha sostenido la Sala, al pregonar que es deber de los jueces declarar «lo relacionado con cuestiones que atañen al orden público como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, cuando ella aparezca de modo manifiesto» (CSJ SC, 15 may. 1985)”

Señalando más adelante la sentencia de la que se está haciendo acopio, frente a la nulidad matrimonial decretada en segunda instancia, lo siguiente:

“(…) mal puede tildarse de no congruente una providencia cuando sabido es que hay ciertas eventualidades, como la aquí evidenciada, en las que el operador judicial no está compelido a observar, de necesidad, las restrictas variables atañederas ya con las pretensiones de la demanda ora con las excepciones del demandado, pues su deber de preservar el orden público lo impulsa a ir más allá de ellas, según aquí aconteció.

Al respecto, la Corte adujo en CSJ SC5940-2014, 14 may. 2014, rad. 2010-00958-00.

En relación con la segunda alegación de la recurrente, según la cual también se incurrió en nulidad porque el Tribunal falló extra petita al pronunciarse sobre un tema ajeno al propuesto en los recursos de apelación radicados tanto por los ejecutados y por ella como una de las ejecutantes, concluye la Sala el desacierto de tal petición, [...].

Conforme a lo anterior, el Tribunal que profirió en segunda instancia la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión obró con apoyo en el referido precedente, lo que pone al descubierto que es infundado el motivo de nulidad a que se viene haciendo alusión, pues dentro de las modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con la sentencia que debe proferir el Juez de segunda instancia [...].

En efecto, itérase que la Corte ha señalado, respecto de la competencia del Juez de segunda instancia al resolver un recurso de apelación, que existen puntos íntimamente ligados al tema objeto de la alzada que, aun cuando no hayan sido cuestionados, no se encuentran vedados para el ad-quem y, por ende, no se enmarcan dentro de la prohibición de reformar en perjuicio.

El derecho positivo colombiano consagra el principio de las dos instancias, que en la práctica se hace efectivo cuando la parte inconforme con la decisión de primer grado interpone contra ella el recurso de apelación. Este que, consecuentemente, tiene por objeto llevar a conocimiento del superior lo resuelto por el a-quo con miras a que se tomen por aquél los correctivos de rigor, se estructura sin embargo sobre unos soportes que no le son dados desconocer al Juzgador ad-quem, entre los que se destacan “el interés para recurrir” y “la personalidad del recurso”, los cuales le imponen entender que la apelación está interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente, en armonía con lo que dispone el artículo 357 del C. de P.C. que el superior no pueda enmendar; por regla general, la providencia apelada en la parte que no es objeto del recurso, salvo que sea indispensable “hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”, o que la contraparte haya interpuesto así mismo apelación o hubiese adherido a ese recurso, pues en estos últimos supuestos la competencia del ad-quem es plena.

3. Todo lo anterior se trae a cuento porque en el presente asunto necesario resulta analizar los efectos personales y patrimoniales del matrimonio celebrado entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** en la medida que dicho ligamen impacta en el vínculo matrimonial celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**

tanto en sus efectos personales como patrimoniales, como enseguida se señala.

En efecto, aplicadas al presente asunto las anteriores directrices normativas y jurisprudenciales, emerge de manera clara que para el 6 de enero de 1995, cuando el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO** contrajeron matrimonio, don **GUILLERMO** tenía vigente el vínculo nupcial con la señora **MYRIAM ULLOA VELANDIA** celebrado el 21 de diciembre de 1972, situación que se subsume en la causal de nulidad de la preexistencia de un vínculo anterior; es igualmente claro que para el 3 de marzo de 2003, cuando los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** celebraron matrimonio, se encontraba vigente el vínculo conyugal de **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** celebrado el 6 de enero de 1995, situación que se acomoda en la causal de nulidad de doble vínculo señalada en el numeral 12 del artículo 140 del C.C. y de allí el asidero del ordinal primero del resolutivo de la sentencia apelada, empero deberá adicionarse para así mismo decretar la nulidad del matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO**, pues si bien ello no fue demandado expresamente ni en la demanda inicial ni en la de reconvenición, de todas maneras y según el art. 15 de la ley 57 de 1887, es un deber de la judicatura dispensar dicha nulidad por tratarse de un vicio sustancial insaneable que afecta el orden público familiar, y en adición ha de resaltarse que precisamente el primer fallo de primera instancia fue anulado por ésta superioridad en aras de garantizar el derecho de defensa de la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO**, persona ésta que de manera efectiva y real participó en ésta controversia.

3.1. Es preciso puntualizar que si bien el matrimonio de los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** se encuentra afectado de nulidad insaneable desde su celebración por la existencia para ese momento del vínculo matrimonial habido entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **MYRIAM ULLOA VELANDIA**, no por ello se puede considerar que entonces el matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** no se encuentra afectado de nulidad, pues no puede olvidarse que el matrimonio goza del favor del derecho, lo que significa que una vez celebrado se presume válido mientras no se infirme su validez por determinación judicial,

y por ello que un matrimonio sea nulo no es lo mismo que sea inexistente y las secuelas de la nulidad devienen desde la providencia judicial que lo anule y hacia el futuro y no hacia el pasado.

3.2. El argumento de la recurrente de que los señores **GUILLERMO** y **DIANA DEL ROCÍO** han convivido y compartido públicamente y que don **GUILLERMO** y la señora **CECILIA** no tienen una relación de pareja desde el año 2002, ello es una situación fáctica que no resulta idónea para atajar la nulidad insubsanable que se encuentra estructurada, en la medida que la no cohabitación entre cónyuges no es una causal que permita disolver ope legis un matrimonio, pues apodóticamente el artículo 152 del C.C. señala como motivos de disolución de un matrimonio civil, la muerte y el divorcio y el artículo 140 ibídem permite su anulación, y en el presente asunto no se demostró que el matrimonio de **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** se haya disuelto o anulado.

Aceptar que el mero transcurso del tiempo, *per se*, disuelve un matrimonio, conllevaría socavar el orden público en la medida que se entronizaría un motivo de ningún modo reconocido en nuestro sistema positivo que atentaría contra la institución de la familia, concebida por la norma superior como el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42, C. P.), y contra su protección integral que el Estado se propone garantizar, para darle estabilidad.

3.3. El otro razonamiento que trae el recurso, referido a que sólo hasta el 17 de junio de 2015 se registró el matrimonio contraído por don **GUILLERMO BARRERA ALFARO** con la señora **CECILIA CUELLAR SERRANO** el 6 de enero de 1995 en la República Bolivariana de Venezuela, produciendo sus efectos desde dicha fecha de registro y que antes le era inoponible, tampoco tiene la fuerza legal para eludir la nulidad de su matrimonio, ya que una cosa es el estado civil y otra su prueba.

Sobre la temática, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de junio de 2014, exp. 2002-00487, M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, ha orientado lo siguiente:

“Así las cosas, se itera, la aludida apreciación del ad quem resultó equivocada, como consecuencia de haberle recortado eficacia demostrativa al correspondiente registro civil, en el que consta la fecha de celebración del matrimonio, momento a partir del cual, este irradia

sus efectos, inclusive frente a terceros; pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia, si bien la inscripción en el registro civil, es un procedimiento que sirve para establecer, probar y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas, ese trámite no comporta la adquisición de la aludida condición, ya que una cosa es el estado civil y otra su prueba; aquel deviene de hechos, actos o providencias que lo determinan o constituyen, como el nacimiento, el matrimonio o la muerte, sucesos estos que de acuerdo con la ley, se demuestran, de manera imperativa, con el correspondiente registro civil, lo que no significa que mientras este no se asiente, esos supuestos constitutivos, no preexistan.

Piénsese por ejemplo en el hecho constitutivo del nacimiento o de la muerte, eventos en los cuales, riñe con la lógica afirmar que mientras no se haya efectuado el correspondiente registro, la persona solo existe para quienes tuvieron conocimiento de ese acontecimiento, pero no para quienes lo ignoraban, o en el segundo caso, que sigue siendo sujeto de derechos y obligaciones hasta cuando se inscriba su defunción y que por tanto solo a partir de este momento es oponible a terceros”.

En ese orden, sin resquicio de duda, para todos los efectos legales, es preciso señalar que los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** se encuentran unidos en matrimonio desde la fecha de su celebración, esto es el 6 de enero de 1995 y no desde el 17 de junio de 2015, fecha de la inscripción de su matrimonio, pues no existe norma que señale que el registro o asentamiento tardío se sancione con la ineficacia del acto registrado.

B. La sociedad conyugal:

1. El matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **MYRIAM ULLOA VELANDIA** el 21 de diciembre de 1972 (fol. 3 c1) generó sociedad conyugal a partir de dicha fecha conforme a los artículos 180 y 1774 del C.C., la que vino a disolverse con la sentencia del 22 de noviembre de 2002 proferida por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, D.C. por medio de la cual se decretó la cesación de sus efectos civiles de matrimonio (fols. 4 a 7 c1), motivo éste señalado en el numeral 1° del artículo 1820 del C.C. en armonía con el 152 ibídem.

2 Teniendo en cuenta que los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** se unieron en matrimonio el 6 de enero de 1995, estando vigente la sociedad conyugal del matrimonio **BARRERA-ULLOA**, claro refulge que en éste segundo matrimonio no surgió sociedad conyugal conforme a voces del numeral 4º del artículo 1820 del C.C., pues nuestro sistema positivo repulsa que una persona tenga al mismo tiempo más de una sociedad de gananciales, lo que tiene como finalidad *“evitar la confusión de dos comunidades de bienes a título universal, dado que causa verdadera molestia a la razón, presumir que todo lo que adquiere una persona casada ingrese al haber de la sociedad conyugal existente con su cónyuge y, al mismo tiempo, pueda incorporarse al acervo de la sociedad universal que tiene con otro sujeto”*, según enseña la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de marzo de 2011, Exp. No. 05001-31-03-014-2003-00412-01, M.P., doctor EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

3 En ese orden, para el 3 de marzo de 2003, fecha del matrimonio de **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** (fol. 2 c1), si bien dicho matrimonio era nulo, de todas maneras no existía impedimento para que surgiera sociedad conyugal, pues, por una parte, ya no estaba vigente la sociedad conyugal nacida del matrimonio entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **MYRIAM ULLOA VELANDIA** en la medida que se encontraba disuelta desde el 22 de noviembre de 2002 y, por la otra, que el matrimonio de **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO**, no la había generado por imperativo del numeral 4º del artículo 1820 del C.C., luego ante la inexistencia de una sociedad conyugal anterior, ningún impedimento existía para que en éste ligamen naciera dicha universalidad jurídica.

4. Ahora bien, cabría indagar si a partir del 22 de noviembre de 2002, fecha de disolución del primer matrimonio, se generó sociedad conyugal del matrimonio celebrado el 6 de enero de 1995 entre los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** en la medida que ya no habría el impedimento de una primera sociedad conyugal, empero la respuesta a dicho cuestionamiento es negativa en la medida que de acuerdo con la legislación, se puede sentar como regla jurídica que la sociedad conyugal nace con el matrimonio o no nace nunca, esto es que la presencia del vínculo matrimonial genera de inmediato la sociedad conyugal, aserto que se apoya en lo siguiente:

4.1. El artículo 180 del C.C. en la redacción del art. 13 del Decreto 2820 de 1974 señala que “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”, regla reiterada en el artículo 1774 ibídem que indica “A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”, pero ya de manera certera, el inciso final del art. 1777 ejusdem prescribe que **“No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula”** y el artículo 1º de la ley 28 de 1932 disciplina que “(...)a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, **se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio**, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

4.2. La hermenéutica del anterior tejido normativo permite sostener que la celebración del matrimonio conlleva como efecto automático (ope legis), una comunidad de vida, lo que implica forzosamente una comunidad de intereses económicos que con carácter de orden público se impone a los cónyuges por la celebración del matrimonio, efecto económico que no requiere el transcurso del tiempo o agotamiento de tiempo cierto o condición determinada. El inicio, duración y terminación de la sociedad conyugal se encuentra fijado en forma precisa por el legislador. Ella comienza conjuntamente con el matrimonio y cualquiera estipulación en contrario adolece de nulidad y por ello es que la jurisprudencia ha señalado que “La sociedad conyugal o sociedad de bienes entre cónyuges, nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante” (Sentencia de 30 de abril de 1970)

5. Como los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** mediante la escritura pública No. 4432 del 30 de octubre de 2017 de la Notaría 21 del Círculo de Bogotá D.C., visible a folios 34 a 42 del c6. manifestaron disolver y liquidar su sociedad conyugal surgida por el hecho del matrimonio celebrado el 6 de enero de 1995, ha de indicarse que dicho acto jurídico es inoponible al matrimonio celebrado entre **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**, pues aquél vínculo no generó sociedad conyugal en tanto éste último sí, según se ha señalado.

C. Los perjuicios:

Dentro de los efectos de la declaratoria de nulidad matrimonial se encuentran los económicos traducidos en indemnizaciones, ya que "si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá éste obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento" a voces del artículo 148 del C.C., esto es que quien resulte culpable del vicio determinante de la nulidad y siempre que se causen perjuicios materiales y morales al cónyuge inocente que actuó de buena fe.

Sobre éste aspecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de julio de 1998, Expediente No. 5051, M.P., doctor PEDRO LAFONT PIANETTA, enseñó lo siguiente:

Siendo así las cosas, no basta probar la existencia de una declaratoria judicial de nulidad matrimonial para deducir inexorablemente la responsabilidad civil especial mencionada, aun cuando aquella se funde en la preexistencia del vínculo matrimonial válido anterior (bigamia), porque, no siendo un efecto civil necesario de esa nulidad, se hace ineludible la comprobación de los elementos que la estructuran, relativos a la legitimación, al objeto o petitum y a la causa petendi mencionada. Ahora bien, la legitimación de esta pretensión indemnizatoria especial la tiene, por activa, solamente el cónyuge inocente del vicio que ha obrado de buena fe y por pasiva, el cónyuge culpable del vicio que dio origen a la nulidad, y que también suele llamarse de mala fe en sentido genérico. Sin embargo, así como la buena fe del cónyuge inocente demandante puede desvirtuarse con la demostración fehaciente de que contrajo matrimonio con el conocimiento real o probable y conciencia de que el otro contrayente se encontraba válidamente casado, de la misma manera también, demostrando la culpa imputable al demandado, puede ser objeto de desvirtuación la presunción de buena fe que en principio a este último podría ampararle. Pues bien, la prueba de la culpabilidad que se le atribuye al demandado, se establece generalmente, de una parte, por el conocimiento que se adquiere debido a la celebración personal y directa del primer matrimonio; y, de la otra, por el conocimiento que la misma persona tiene o ha debido tener de la permanencia y continuidad de su estado civil de casado por no haberse presentado un hecho extintivo, como por ejemplo la muerte de su cónyuge,

independientemente que se exteriorice el estado de casado o, por el contrario, se oculte mediante el estado civil de viudo. Luego, si el contrayente de un matrimonio, a sabiendas de ser y permanecer casado, o no concurriendo en él error excusable que justifique la ignorancia de dicho estado, contrae nuevas nupcias, obra de mala fe o con culpa a pesar de que aparente ante el público que no lo era, esto es, que era soltero o viudo. Pero no puede decirse lo mismo de quien con fundadas razones creyéndose estar libre matrimonialmente (vgr. por la muerte establecida del otro cónyuge), asume el estado civil de viudo y, con base en él, contrae segundas nupcias, pues en tal evento se obra sin culpa. Ahora bien, la mala fe o la culpabilidad de uno u otro cónyuge puede presentarse separadamente cuando los comportamientos correspondientes se adoptan independientemente el uno del otro aun cuando sean conocidos recíprocamente; pero también pueden darse concertadamente, esto es, cuando los cónyuges, además de conocer o estar en posibilidad de conocer la situación de casado de uno o de ambos, acuerdan contraer segundas nupcias que bien puede exteriorizarse o quedar oculta. Pero sea lo uno o lo otro, a pesar de la declaratoria judicial de nulidad, no hay indemnización alguna, pues la ausencia de inocencia de uno de los cónyuges impide su reclamación (Nemo propriam auditur turpitudinem allegans potest).

Fuera de lo anterior, resalta la Sala la necesidad de que realmente también existan perjuicios, sean morales o materiales, esto es, que haya afectaciones o deterioros a derechos o intereses jurídicamente protegidos por la ley; y además, que aparezca acreditado que todos los perjuicios son efecto de la conducta de mala fe o culposa, cometida por uno de los cónyuges en la celebración de las segundas nupcias estando casado anteriormente y que haya dado lugar a la declaración de nulidad.

1.2.- Ahora bien, en la aplicación del régimen mencionado el juzgador de instancia debe sujetarse a las prescripciones señaladas.

1.2.1.- Luego, corresponde al juzgador, en desarrollo del principio de la sana crítica, valorar el acervo probatorio recaudado, teniendo en cuenta la relevancia de la carga de la

prueba antes citada, para establecer luego la existencia o no de los elementos estructurales de la responsabilidad civil especial que se reclama, para lo cual goza de la discrecionalidad en la apreciación probatoria pertinente.

En el presente asunto, se tiene que las señoras **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** no peticionaron perjuicios, tampoco cuantificaron los mismos y, en general el perjuicio no fue demostrado con todas sus características ya que el daño debe ser cierto, vale decir, que se funde en hechos precisos y no hipotéticos, que realmente hayan existido, y que sea directo, esto es, que exista un nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, matices no enarbolados y menos probados, y en adición ha de verse que al momento de celebrar sus matrimonios con el señor **GUILLERMO BARRERA ALFARO** las citadas tenían conocimiento de los anteriores ligámenes de éste, esto es que dichos actos no estuvieron ocultos, por lo que en el presente asunto no habrá reconocimiento de perjuicios.

En cuanto **al tercer reparo**: No tiene vocación de prosperidad el reparo propuesto por cuanto una vez configurada la nulidad de las nupcias celebradas el 3 de marzo de 2003 entre los

señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**, es inviable desde el punto de vista jurídico abordar el *petitum* de un divorcio respecto de un matrimonio afectado por una nulidad insaneable.

En síntesis de todo lo dicho, se declarará la nulidad del matrimonio celebrado por los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **CECILIA CUELLAR SERRANO** por la preexistencia de un vínculo matrimonial anterior y se dispondrá que tal unión no generó sociedad son sustento en el numeral 4º del artículo 1820 del C.C. , y se revocará el ordinal tercero de la sentencia apelada para en su lugar declarar que el matrimonio de los señores **GUILLERMO BARRERA ALFARO** y **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA** sí generó sociedad conyugal.

Teniendo en cuenta que no se plantearon otros reparos y que sólo apeló la señora **DIANA DEL ROCÍO ROA BONILLA**, queda agotada de ésta manera la competencia funcional de la Sala, fallo que no genera condena en costas en atención a que prosperó el recurso con respecto al ordinal tercero de la sentencia apelada y a la determinación oficiosa tomada en ésta instancia.

IMPOSIBILIDAD DE ADELANTAR EL PROCESO DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO AL HABER OCURRIDO LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

MP DR. JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
RADICADO: [11001311001420150052001](#)

ASPECTO FÁCTICO

1. La señora **MARIELA CABALLERO GALINDO**, el 4 de febrero de 2015 (fol. 13 c1) demandó a los señores **TEODORO MÚNERA HERRERA**, **JUSTINIANO MÚNERA HERRERA**, **DIEGO JAVIER MÚNERA HERRERA** y **HEREDEROS DE RODRIGO MÚNERA ZULOAGA**, con la finalidad de que se declarara la nulidad del matrimonio civil celebrado entre ella y el señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** en la ciudad de Panamá, con sustento en la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 140 del C.C., demanda cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Catorce de Familia de Bogotá, D.C.

La *causa petendi* se hizo consistir en que el 5 de septiembre de 1983, el señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** contrajo matrimonio civil con la señora **MARIELA CABALLERO**

GALINDO en la ciudad de Panamá, Panamá, registrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, fecha para la cual estaba vigente el celebrado por el señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** por el rito católico, el 27 de diciembre de 1948, con la señora **YOLANDA HERRERA RAMÍREZ**, el que se disolvió con la muerte del señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** el 15 de agosto de 2012.

2. Admitida la demanda con auto del 14 de mayo de 2015 (fol. 27 c1), los demandados se notificaron de la siguiente manera: **TEODORO MÚNERA HERRERA** y **JUSTINIANO MÚNERA HERRERA** mediante aviso (folios 63 y 74) y quienes dentro del término legal contestaron la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, y propusieron dos excepciones innominadas que desarrollaron en que la demandante al contraer matrimonio con **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** sabía

que este era casado, pero ella ocultó el acta del registro civil del matrimonio que celebró con el padre de los demandados, hasta agosto de 2012 cuando lo registró, después de fallecido **MÚNERA ZULOAGA**, lo que hizo para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, trámite en el cual informó que **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** y **YOLANDA HERRERA RAMÍREZ** habían disuelto y liquidado su sociedad conyugal mediante la escritura pública No. 856 del 4 de marzo de 1982, por lo que resulta contradictorio que ahora pretenda demandar la invalidez del matrimonio, lo cual constituye lo que se denomina como *venire contra factum proprium*, conducta que es inadmisibles (folios 121 a 127).

Cumplido el llamamiento edictal, el demandado **DIEGO JAVIER MÚNERA HERRERA** fue vinculado a la actuación por intermedio de curador ad litem, quien se notificó el 15 de diciembre de 2015 (folio 139) sin oponerse a las pretensiones (folios 140 y 141).

El curador ad litem de los herederos indeterminados se notificó personalmente el 9 de octubre de 2015 (folio 62), expresando atenerse a lo que se pruebe (folios 128 a 129).

3. Rituada la instancia, en audiencia celebrada el 6 de diciembre de 2016 se profirió sentencia en la cual se resolvió: i) negar las excepciones; ii) declarar la nulidad del matrimonio civil celebrado entre **MARIELA CABALLERO GALINDO** y **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA**; iii) oficiar a las autoridades respectivas, todo ello bajo las consideraciones que allí se plasman.

PROBLEMA JURÍDICO

En concreto, los reparos se contraen a que: (i) respecto de la conducta desplegada por la demandante debe darse aplicación al principio "*venire contra factum proprium non valet*", el que, con fundamento en el principio de la buena fe, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad, dado que para ciertas actuaciones tales como reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES y ante la justicia ordinaria laboral, y oponerse a la demanda de declaratoria de "*sociedad patrimonial*" interpuesta en su contra adujo que el matrimonio que contrajo con el hoy extinto **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** era "*existente y válido*"; (ii) que aun cuando la nulidad del matrimonio deba ser declarada de

oficio, la demandante carece de legitimación para solicitarla, "*porque ha actuado incoherentemente*", ya que "*para todos los demás efectos ha solicitado se entienda que ese matrimonio es existente y válido*", y (iii) el argumento de la parte actora en el sentido de que la demandante desconocía la norma no sirve de excusa a su actuar.

ANÁLISIS DE LA SALA

Señala el inciso 1° del artículo 328 del C.G. del P. que "*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley*" y en éste asunto es imperioso realizar un pronunciamiento oficioso por lo que enseguida se expone.

Ante todo es necesario remarcar que en el presente asunto se encuentra probado lo siguiente:

1) El matrimonio católico celebrado entre **YOLANDA HERRERA RAMÍREZ** y **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** el 27 de diciembre de 1948 (folio 5 c1).

2) El matrimonio civil celebrado entre **MARIELA CABALLERO GALINDO** y **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** en la ciudad de Panamá (Panamá) el 5 de septiembre de 1983 (folio 3 c1).

3) El registro civil de defunción del señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA**, hecho que ocurrió el 15 de agosto de 2012 (folio 4 c1).

Conforme con el anterior marco fáctico, emerge que para el momento en que la presente demanda fue planteada a la jurisdicción, el 4 de febrero de 2015 (folio 13 c1), resultaba un imposible jurídico adelantar dicho trámite en la medida que ya el matrimonio sobre el cual se peticiona la nulidad, esto es el celebrado en la ciudad de Panamá (Panamá) entre **MARIELA CABALLERO GALINDO** y **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA** el 5 de septiembre de 1983, estaba disuelto por la muerte del señor **RODRIGO MÚNERA ZULOAGA**, ocurrida el 15 de agosto de 2012.

En efecto, si conforme al artículo 152 del Código Civil, en la redacción del artículo 5° de la Ley 25 de 1992, junto con el divorcio "*el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges*", y si conforme al artículo 148 del mismo cuerpo normativo, "*anulado un matrimonio, cesan desde el mismo entre los consortes separados, todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato de matrimonio*",

realmente no habría sobre qué proveer respecto de una pretensión de nulidad de un acto jurídico ya disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, máxime que, por una parte, los efectos jurídicos de la anulación matrimonial se generan hacia el futuro desde la declaración de la nulidad y no hacia el pasado y, por la otra, que en el presente asunto la única pretensión fue la de nulidad, quedando al margen, por lo menos desde el punto de vista de las súplicas demandadas, cualquier pedimento económico.

Ahora, que no exista una norma que expresamente señale que muerto uno de los cónyuges es imposible iniciar o continuar con el trámite de nulidad, de todas maneras tiene toda una lógica jurídica prevaleciente aplicar a la nulidad lo que señala para divorcio el art. 9° de la ley 1ª de 1976, en cuanto a que *“La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurrida durante el proceso, ponen fin a éste”*.

Sobre la temática, el autor Hernán Fabio López Blanco, en su obra *Procedimiento Civil, Parte Especial, Octava Edición, Tomo II*, DUPRE Editores, ISBN 958-33-5924-6, Bogotá, Colombia 2004, págs. 256 a 258, expone:

“6.6. La muerte como causa de improcedibilidad en el proceso de nulidad de matrimonio

“Es de interés precisar la posición en torno a si las causas de improcedibilidad previstas para el proceso de divorcio, en especial la muerte de uno de los cónyuges, determina la finalización o la imposibilidad de adelantar, por sustracción de materia, el proceso de nulidad de un matrimonio.

“En efecto, el art. 9° de la ley 1ª de 1976 en principio aplicable al divorcio, dispone: ‘La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurrida durante el proceso, ponen fin a éste’. La norma es obvia en lo que concierne a la muerte de uno de los cónyuges, que es el caso que interesa, porque si la finalidad de la sentencia es que se decreta la nulidad para que se extinga el vínculo matrimonial, ésta se ha obtenido por un hecho natural (la muerte) debido a que pone fin al vínculo y, además, determina la disolución de la sociedad conyugal.

“Si recordamos que en el proceso de nulidad de matrimonio civil se persigue que se declare nulo el matrimonio por darse una causal prevista por la ley, y

que, por ende, el vínculo matrimonial se extingue, no queda la menor duda acerca de que la causa de improcedibilidad (muerte de uno de los cónyuges) determina, por sustracción de materia, la imposibilidad de proseguir la actuación en el proceso de nulidad de matrimonio.

“Si se pretendía la declaración de nulidad y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, y con la muerte quedan cumplidas esas finalidades (con ella el matrimonio deja de surtir efectos), no tiene ningún sentido proseguir la actuación. Por lo dicho estimo que la causa de improcedibilidad, derivada de la muerte de uno de los cónyuges durante el proceso de nulidad del matrimonio civil, origina la terminación del proceso por aplicación del art 9° de la ley 1ª de 1976.

“Aún más, de la misma manera que no es viable iniciar válidamente un proceso de divorcio cuando uno de los cónyuges ha fallecido, tampoco lo es respecto del de nulidad de matrimonio, por cuanto el matrimonio ya no existe.

“A este respecto es atinada la opinión del profesor FERNANDO HINESTROSA: ‘Cabe preguntar si en el derecho civil podría declararse la nulidad de un matrimonio disuelto por muerte de uno de los cónyuges, o si esa posibilidad caduca, como ocurre en el régimen canónico, con la muerte de cualquiera de ellos (canon 1972). Habida consideración de la terminación del proceso de divorcio por la muerte de cualquiera de los cónyuges y de la extensión universal de aquella tendencia a asentar los intereses de la familia y a respetar su derecho a la intimidad, la respuesta tendría que ser la de la extinción de la pretensión con la disolución del matrimonio por muerte’.

“En síntesis, si uno de los cónyuges muere y está en curso el proceso de nulidad del matrimonio inmediatamente debe declararse la finalización del proceso. De idéntica manera debe procederse si se determina que la muerte fue anterior y, no obstante, se inició la actuación, máxime si se tiene presente que no es posible restar efectos a algo que ya no existe. Como el proceso de nulidad de matrimonio civil es para dejar sin efecto un matrimonio y éste se acaba por la muerte de uno de los cónyuges, nada queda para anular.

“Si además se recuerda que la sentencia que declara nulo el matrimonio tiene efectos para el futuro y éstos no se retroactivan al momento de la celebración del matrimonio, se tiene otra razón de peso para sustentar la tesis acerca de la no precedibilidad dentro de este proceso cuando muere uno de los cónyuges antes de su finalización.

Colofón de todo lo dicho es la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones ante la imposibilidad de adelantar, por sustracción de materia, el proceso de nulidad de un matrimonio, quedando de ésta manera agotada la competencia funcional de la Sala, y sin condena en costas.

SALA LABORAL

SE PUEDE ACCEDER A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, AL ACREDITAR UNA CONVIVENCIA REAL Y EFECTIVA EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS.

MP DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RADICADO: [0920150015101](https://radicados.cjec.gov.co/radicados/0920150015101)

ASPECTO FÁCTICO

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1º de junio de 2017 (Cd a folio 81, audio 2, record 56:58, acta a folio 82), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora JULIA ISABEL ALVAREZ DE LUNA la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$24.814.190 conforme quedó indicado anteriormente, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- declarándose el despacho

relevado de los demás medios exceptivos propuestos en la contestación.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la entidad demandada por secretaria tásense las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó la revocatoria del fallo impugnado con fundamento en que no existe el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes al no acreditarse los presupuestos normativos de los artículos 47 y 49 de la Ley 100 de 1993 regulados por el Decreto 1730, pues considera que de los distintos medios de prueba que integran el expediente administrativo así como de los testimonios rendidos en la audiencia no se acredita de manera satisfactoria la convivencia en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, toda vez que de las declaraciones rendidas tanto por el señor Fernando Sanabria y Cesar Octavio no se logra sustraer con certeza las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la vida del señor Rubén Francisco Luna y la señora Julia Isabel Álvarez del año 2007 al año 2012, resaltando que obran declaraciones extra juicio rendidas ante el Notario Único del municipio de Tabio en las cuales se manifestó que entre el señor Luna Romero Rubén Francisco y la señora Álvarez Julia Isabel se contrajo matrimonio el día 4 de abril del año 1973 pero que no obstante dicha sociedad conyugal fue disuelta y liquidada el día 30 de agosto del año 2009, indicando que en dichas declaraciones extra juicio adicionalmente se afirma que el causante y la solicitante

contrajeron nuevamente nupcias el día 28 de marzo del año 2012, lo que lleva a la conclusión que entre las partes enunciadas, existió una separación por espacio de 2 años a 6 meses esto con anterioridad al fallecimiento del afiliado, razón por la cual a juicio de la entidad administradora pensional, no se acreditan en debida forma los requisitos establecidos en los ya referidos artículos 47 y 49 de la ley 100 del año 1993 (Cd. fl. 81, audio 2, record 58:00).

PROBLEMA JURÍDICO

En este orden de ideas, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto, es determinar si la señora JULIA ISABEL ÁLVAREZ DE LUNA, tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite del causante RUBÉN FRANCISCO LUNA ROMERO.

ANÁLISIS DE LA SALA

Constituyeron los anhelos de la demandante JULIA ISABEL ÁLVAREZ DE LUNA, las pretensiones relacionadas a folio 25, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 26 a 29, las cuales persiguen obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del asegurado fallecido Rubén Francisco Luna Romero, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 28 de marzo del 2012, la indexación o corrección monetaria hasta que se efectúe el pago correspondiente y las costas procesales incluidas las agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se condenó a la demandada al pago de \$24.814.190 por concepto de indemnización sustitutiva, debidamente indexada al momento del pago, absolvió de los intereses moratorios y declaró no probada la excepción de prescripción, luego de encontrar acreditada la calidad de cónyuge de la demandante así como la convivencia requerida por la ley.

Así las cosas, con ocasión del recurso de apelación promovido por la encartada y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se examinarán además de los motivos expuestos en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable a Colpensiones.

Pues bien, la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes se encuentra contemplada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993¹, indicando que cuando no se reúnen los requisitos para la pensión se tiene el derecho a ésta.

En autos se observa, que la demandante solicitó ante la entidad accionada el día 23 de agosto de 2012 la pensión de sobrevivientes (fl. 3)² con ocasión del fallecimiento del señor RUBÉN FRANCISCO LUNA ROMERO ocurrido el día 28 de marzo de 2012 conforme se indica en el registro civil de defunción visible a folio 17, solicitud resuelta por la enjuiciada mediante la Resolución GNR 000126 del 3 de enero de 2013 (fls. 3 a 5) donde la entidad demandada señala que el fallecido acreditó un total de 5294 días laborados correspondientes a 756 semanas pero no cotizó por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, situación reafirmada en el acto administrativo GNR 47497 del 20 de febrero del 2014 por medio de la cual se resolvió una solicitud de revocatoria directa, en la cual indicó *“que una vez revisada la historia laboral, se determina que dentro de los tres últimos años al fallecimiento de este 28 de Marzo de 2012, NO SE ACREDITA NINGUNA SEMANA DE COTIZACIÓN, no dejando el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada”* (fl. 12 vto)

De igual forma, se avizora que se negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la demandante, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de convivencia en tanto por medio de escritura pública No. 1438 del 12 de agosto del 2009 se realizó el acto de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal determinándose un indicio en cuanto a que no había convivencia, señalando de igual manera que si bien existió un nuevo matrimonio ese acto fue posterior al divorcio anterior, por lo que la pasiva concluye que al encontrarse que se realizó liquidación de sociedad conyugal dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento no existe certeza de la verdadera convivencia (fls. 12 vto y 13).

Teniendo claro lo anterior, es imperioso verificar ahora los requisitos previstos en el Decreto 1730 de 2001, decreto por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen

¹ **ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le

hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.

² Resolución GNR 000126 del 3 de enero del 2013 (fls. 3 a 5)

solidario de prima media con prestación definida; en cuyo artículo primero y para el caso concreto, dispone que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Como se mencionó anteriormente, el causante falleció el día 28 de marzo de 2012 (fl. 17), sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes tal y como se desprende de lo señalado en las Resoluciones GNR 000126 del 3 de enero del 2013 y GNR 47497 del 20 de febrero del 2014, pues no realizó cotizaciones dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, tema ahora no discutido.

Ahora, el mismo Decreto 1730 de 2001 estableció en su artículo 4 que para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte de aquel y la calidad de beneficiario por la cual se reclama, requisitos que se cumplen primero con el Registro Civil de Defunción del señor LUNA ROMERO que obra a folio 17 del expediente y con el Registro Civil de Matrimonio que se encuentra a folio 19 del plenario con el que se prueba que la actora volvió a adquirir la calidad de cónyuge del causante el 28 de febrero del año 2012, en tanto si bien en época anterior ya se encontraban casados se autorizó el divorcio y la sociedad conyugal se disolvió y liquidó mediante escritura pública 1438 del 12 de agosto del año 2009 conforme la nota que obra en el registro civil de matrimonio que obra a folio 18.

A más de lo anterior, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso (Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado Artículo 13 de la Ley 797 de 2003) y teniendo en cuenta, que la reclamante superaba los treinta (30) años de edad –tenía 58 años pues nació el 26 de diciembre de 1953 fl. 23- en la fecha del fallecimiento del señor LUNA ROMERO, entra la Sala a verificar si existió una real convivencia del causante con la demandante, para lo cual se procede con la valoración del acervo probatorio vertido en autos iniciando con la prueba testimonial recaudada, de la cual se extrae la siguiente sinopsis:

FERNANDO RAFFAN SANABRIA³, expresó conocer a la actora desde el año 1973 en tanto el señor Rubén Francisco fue su compañero de

estudio en la carrera de medicina en la Universidad del Rosario y allí la presentó como la novia quienes luego de un año (1974) contrajeron matrimonio, relató que desde que la pareja se casó, el testigo junto con otros dos compañeros decidieron vivir en la casa de los consortes durante 6 años hasta que se graduaron en 1978, que también convivió con ellos durante la época en la cual hicieron el rural en Puerto Boyacá en un inmueble alquilado en tal municipio y que después de ello tanto el deponente como el causante iniciaron sus residencias como anesthesiólogo y cirujano respectivamente y como eran ambas de la Universidad el Rosario se continuaban viendo y el testigo frecuentando la casa de habitación de la señora Julia y el señor Rubén (q.e.p.d.), expresó que pese a que trabajaban en diferentes clínicas (el testigo y el causante) y de un viaje realizado a Inglaterra, siempre estuvieron unidos afectivamente pues el fallecido era su mejor amigo.

También comentó que vio al causante el día antes de su muerte con otros compañeros de la universidad en las instalaciones de la Clínica Shaio y en días anteriores en el apartamento donde vivía el señor Rubén Francisco, pues el deponente participó activamente en algunas recomendaciones para el manejo de su dolor, enfatizando en que lo visitó varias veces.

Por último indicó no tener conocimiento acerca de si los conyuges se separaron pues siempre los vio juntos quienes además procrearon 2 hijos de nombres Rubén Daniel y Carolina, explicando que por más de 20 años la pareja habitó una casa del padre del causante, en la cual la señora Julia en la época del pregrado de la universidad le preparaba por ejemplo el desayuno al testigo y que luego convivieron en un apartamento cercano a Pepe Sierra el cual visitó con más frecuencia debido a que en esa época fue cuando se enfermó el causante, incluso el testigo presenció los infartos del afiliado, aclarando que si bien del 2007 al 2012 viajó fuera del país debido a que es conferencista profesional, tales salidas eran cortas.

Por su parte el señor CÉSAR OCTAVIO DAZA NÚÑEZ⁴, depuso conocer a la accionante desde 1981 o 1982 porque fue compañera de trabajo de su esposa durante muchos años, razón por la cual conoció al causante quien además también fue su compañero de juego de tennis por muchos años y luego en golf, aduciendo que desde la época en que conoció a la pareja siempre tuvo conocimiento que eran casados y tenían 2 hijos, no constándole nada acerca de la separación en tanto semanalmente visitaba a los esposos en un apartamento cerca a la residencia del testigo, afirmando que siempre estuvieron juntos y que en la enfermedad del de cujus la demandante

³ Cd. fl. 81, audio 1, record: 3:28

⁴ Cd. fl. 81, audio 1, record: 28:23

estuvo al lado de éste en todo momento.

Igualmente dentro de las documentales se destaca como en líneas anteriores ya se mencionó el registro civil de matrimonio vigente para la fecha del deceso (fl. 19)

Ahora bien, de conformidad con la prueba documental y los testimonios brevemente reseñados, cuyas declaraciones merecen plena credibilidad a la Sala por cuanto se mostraron espontáneas y coincidentes entre sí dado su conocimiento personal y directo de los hechos en razón a la cercanía con los consortes, se puede concluir sin duda, la señora JULIA ISABEL ÁLVAREZ DE LUNA, acreditó haber contraído nupcias con el señor Rubén Francisco Luna Romero desde el año 1974, conviviendo juntos desde esa época hasta el 28 de marzo del 2012, fecha del deceso del causante, iterando adquirió nuevamente su calidad de cónyuge el 28 de febrero del año 2012 fecha en la cual nuevamente contrajeron matrimonio, precisándose si bien hubo un acto de divorcio el 12 de agosto del año 2009, lo cierto es que la realidad derivada de los dichos de los testigos traídos a juicio que como ya se anotó generan plena convicción a esta Corporación acerca de la continua convivencia de los consortes, pues sus declaraciones resultan coherentes y sin ánimo de favorecer a la parte actora, logran acreditar para la Sala, en este especialísimo evento que la pareja conformada por los señores JULIA ISABEL ÁLVAREZ DE LUNA y RUBÉN FRANCISCO LUNA ROMERO (q.e.p.d.) por lo menos convivieron durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del afiliado y si bien en un lapso del 12 de agosto del 2009 al 28 de febrero del 2012 lo hicieron no bajo la institución formal del matrimonio, lo cierto fue que la realidad vivida en esa época conforme a las declaraciones ya mencionadas, acreditaron una convivencia real y efectiva, que evidenció el vínculo existente de amor, protección, ayuda mutua y auxilio por parte de la demandante al momento de la muerte del señor LUNA ROMERO, circunstancias que deben primar sobre la formalidad y darles el valor correspondiente.

Así pues, al haberse acreditado la convivencia en los últimos 5 años del de cujus con la actora, no cabe duda de la procedencia de la condena impuesta por indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el Artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Frente a la liquidación de ésta indemnización se ha de aplicar la formula señalada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, no obstante como quiera no obra prueba de los salarios mes a mes cotizados por el causante en toda su vida laboral y el número real de

semanas aportadas en tanto en la historia laboral traída por la parte actora se indican 742.14 (fl. 20) y en la Resolución GNR 000126 del 3 de enero del 2013 se señalan 756 (fl. 3 vto), no puede la Sala entrar a verificar la suma impuesta en primera instancia - \$24.814.190-, revocándose este punto con el fin de señalar que será la Administradora Colombiana de Pensiones quien determine la cuantía conforme a la documental que tenga en su poder.

Lo anterior, toda vez que si bien la parte actora allega un *“RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR”* a folios 20 a 22, éste no puede ser tenido en cuenta para efectuar tales cálculos, pues tal historia laboral no se encuentra suscrita por parte de un funcionario de Colpensiones ni contiene alguna insignia que pruebe su autoría, por lo que ello le resta su mérito probatorio, a más de no haber sido reconocida de manera expresa ni tácita por la demandada y tampoco ésta fundó su defensa con apego a ella. Al respecto, pueden consultarse recientes pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL14236 Radicación No. 46404 del 30 de septiembre de 2015, SL 6557 Radicación No. 48254 del 11 de mayo del 2016...[\(\)...](#)

En otro giro, en lo atinente a la indexación deprecada, a la cual accedió la Juzgadora inicial, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró la Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor de la demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el

cual dichos valores han perdido poder adquisitivo.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (fl. 64), es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido la Corte Constitucional que el derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo pero ésta se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado. Tal posición fue reiterada en Sentencia T-896 de 2010, en la cual se hace cita las Sentencias T-746 de 2004, T-972 de 2006 y T-546 de 2008.

De esta manera, se agota la competencia de instancia, revocando únicamente la cifra por la cual fue condena COLPENSIONES por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y confirmando en lo demás la sentencia.

Sin COSTAS en el grado de jurisdicción. COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandada.