

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA DE FAMILIA

Bogotá D.C, trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 11001311001020210014702

Causante: Milciades Lesmes López

PORCIÓN CONYUGAL- APELACIÓN AUTO

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el *curador ad litem* de la señora **SILDANA VILLAMIL MARTÍNEZ** contra el auto de 5 de abril de 2022 proferido por el Juzgado Décimo de Familia de esta ciudad, que negó un reconocimiento por porción conyugal.

#### ANTECEDENTES

1. Con proveído del 11 de octubre de 2021 se le designó *curador ad litem* a la cónyuge sobreviviente, señora **SILDANA VILLAMIL MARTÍNEZ** “*a fin de que en el término de veinte (20) días, prorrogable por otro igual, manifieste si opta por gananciales o porción conyugal*” (PDF 15). Notificado el auxiliar de la justicia, manifestó que en nombre de su representada “*se acepta la herencia con beneficio de inventario*” (PDF 19), por lo que con auto de 7 de diciembre de 2021 se le requirió “*para que se sirva aclarar la anterior manifestación indicando si opta por gananciales o porción conyugal, de conformidad con lo previsto en el artículo 492 del C.G.P.*” (PDF 22). El curador manifestó que en nombre y representación de la citada “*opta por gananciales*” (PDF 23), opción que reiteró en el acta de inventarios y avalúos que presentó (PDF 25). En la audiencia de inventarios y avalúos programada para el 5 de abril de 2022, la *a quo* reconoció a la señora **SILDANA VILLAMIL MARTÍNEZ** por gananciales, seguido a lo cual

el *curador ad litem* manifestó que, teniendo en cuenta que el bien a inventariar es "*propio*", entonces opta "*por porción conyugal*". La *a quo* resolvió la petición con apoyo en el artículo 495 del C.G. del P., señalando que la elección debió hacerse "*antes de la diligencia de inventarios y avalúos y no durante ella*", por lo que se encuentra precluida la oportunidad, y además, conforme al artículo 1230 del C.C. "*no tenemos conocimiento alguno frente a la carencia de lo necesario para la subsistencia por parte de la señora **SILDANA VILLAMIL MARTINEZ**. No podemos presumir tampoco que ella no carezca de bienes por el simple hecho de que un bien sea propio o social*" y, por tanto "*no se encuentra acreditada la necesidad*" de la cónyuge supérstite.

2. El curador interpuso recurso de reposición y apelación, negado el primero y concedido el segundo en virtud a la prosperidad del recurso de queja.

### CONSIDERACIONES

Se revocará la providencia impugnada por las siguientes razones:

1. Señala el artículo 495 del C.G. del P., que "**OPCIÓN ENTRE PORCIÓN CONYUGAL O MARITAL Y GANANCIALES.** Cuando el cónyuge o compañero permanente **pueda optar** entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avalúos. En caso de que haya guardado silencio se entenderá que optó por gananciales. Si no tuviere derecho a estos, se entenderá que eligió por aquella.//Si el cónyuge o compañero permanente opta por porción conyugal o porción marital, según el caso y abandona sus bienes propios, estos se incluirán en el activo correspondiente."

2. Una primera lectura de la norma pareciera indicar que, siempre y en toda ocasión, el viudo debe elegir entre gananciales y porción de pareja y que, además, los gananciales y la porción conyugal son derechos excluyentes, esto es que si se elige lo uno se descarta lo otro. No. Sustancialmente, optar por gananciales, no impide también elegir porción conyugal, pues se puede tener derecho a ambos. Igualmente, tener bienes por parte del viudo no excluye *per se* y en todos los eventos la porción conyugal. En resumidas cuentas, un viudo puede optar por gananciales, conservar sus bienes propios y petitionar porción conyugal. También

puede renunciar a gananciales, conservar sus bienes propios y pedir porción. Así mismo puede renunciar a gananciales, abandonar sus bienes propios y reclamar porción. El viudo es autónomo para escoger lo que más le convenga y dependiendo de ello recibirá porción conyugal completa, complementaria o ficta.

Lo acabado de señalar encuentra pleno respaldo en el artículo 1234 del C.C., al disciplinar que *"Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.//Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluida su mitad de gananciales, si no la renunciare"*. Y el artículo 1235 ibidem que prevé *"El cónyuge sobreviviente podrá, a su arbitrio, retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes y derechos"*.

3. En ese orden, al señalar el artículo 495 del C.G. del P., que *"cuando el cónyuge o compañero permanente pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avalúos"* (se subraya), no indica que, siempre y en todos los casos, dicho límite procesal resulta preclusivo. El límite es para cuando el viudo *"pueda optar"*, pues si dicha opción no tiene cabida, absolutamente ninguna utilidad o finalidad tiene imponer dicho límite temporal para que se haga uso de una opción que no existe. Aplicar la norma procesal a rajatabla, de manera automática o estereotipada trasuntaría que, por un culto al rito, se sacrifique el derecho sustancial del viudo, más cuando la porción conyugal tiene el linaje de una asignación forzosa, lo que significa que es una institución del orden público sucesoral. Por supuesto que estos valores cumple privilegiarlos por sobre los formales.

Sobre dicha asignación forzosa tiene decantado el precedente lo siguiente:

*Al margen de otro razonamiento, la prerrogativa del cónyuge o compañero sobreviviente a la porción conyugal frente a la sucesión del otro consorte o compañero, es un derecho de linaje hereditario, pues sólo surge con la sucesión sustancial, como parte nodal y medular; "es de su esencia y sustancia", **al punto que reviste el carácter de una asignación***

***forzosa, indeclinable***, prevista en normas imperoatributivas que forman parte del orden público sucesoral, cuando el compañero o cónyuge sobreviviente se encuentra total o parcialmente pobre. Hasta el testador, el juez o el notario (en las sucesiones que liquiden) tienen la obligación de respetarla y otorgarla cuando haya sido desconocida.

*La porción siempre se extrae de la herencia, forma parte de ella y en consecuencia, negar su reclamo, es una concepción dogmática que se rebela rectamente contra la arquitectura sucesoral prevista en el Código Civil y con mayor razón, inadmisibles ontológicamente en un Estado Constitucional y Social de Derecho.*(CSJ, sentencia STC7206-2018)

Y sobre el derecho de opción del viudo señala la doctrina especializada:

***"B. Elección del cónyuge o compañero permanente.-*** Esto lo preceptuó la primera parte del art. 495 del C.G.P., al decir que "cuando el cónyuge o compañero permanente (se sobreentiende "sobreviviente") pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avalúo...". Dicho límite se extiende al abandono de bienes propios del mismo cónyuge (inc. 2º).

*Previamente debe advertirse que: 1º) No se trata de un límite a la intervención misma, la que como veremos, se extiende hasta la ejecutoria del auto que decreta la partición. Aquel solamente se predica de la elección misma y no de la intervención, lo que quiere decir que desde la diligencia de inventario también se puede intervenir pero sin esa facultad electiva. 2º) Tal restricción temporal solamente tiene aplicación para el evento en que un derecho excluya al otro porque los gananciales sean iguales o superiores a la porción conyugal, pues es allí donde realmente hay lugar a elección. En cambio, no hay que hacer elección alguna cuando aquellos son inferiores a esta, ya que puede pedirse gananciales y porción conyugal complementaria. Luego, de esta hipótesis existe oportunidad hasta la ejecutoria del decreto de partición.*

*Pues bien, la referida limitación encuentra su fundamento en la necesidad de definir previamente a la diligencia de inventario el interés concreto del cónyuge ante esa alternativa, a fin de precisar su forma de actuación en esa diligencia. Especialmente para lo atinente a la relación de sociedad conyugal y herencia, calificación de deudas y bienes, interés para controvertir, integración del activo con bienes abandonados, etc." (Pedro Lafont Pianetta, Proceso Sucesoral, Tomo I, 5ª edición, librería ediciones del profesional Ltda, 2019, p. 232).*

4. Aplicado todo lo dicho al presente asunto, emerge sin dificultad alguna que la señora **SILDANA VILLAMIL MARTÍNEZ**, en su calidad de cónyuge

sobreviviente, no tenía un plazo preclusivo para ejercer el derecho de opción. Lo anterior ya que el inmueble que compone el caudal sucesoral ostenta la calidad de propio por cuanto que el matrimonio con el causante tuvo lugar el 26 de septiembre de 1997 y el único inmueble inventariado fue adquirido en 1988. Por tanto, en línea de principio, allí no habría gananciales, luego no podría optar por algo que no podía elegir. Es preciso tener en cuenta que según la Real Academia Española, la palabra "opción" significa, entre otras: "1. Libertad o facultad de elegir. (...) 3. Cada una de las cosas a las que se puede optar. (...) 6. Der. Derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico". Así las cosas, sin existir un pronunciamiento judicial, norma ni fuerza de razón que impidiera al curador *ad litem* de la viuda solicitar porción conyugal, devenía como corolario el reconocimiento solicitado.

5. Ahora, si se aceptara que ya la viuda hizo uso del derecho de opción y escogió gananciales, el resultado sería el mismo. En efecto, si nada va a recibir por concepto gananciales la cónyuge sobreviviente ya que el inmueble inventariado es propio, la ley procesal suple la errada elección, y por imperativo legal debe dársele porción conyugal, pues se trata de una asignación forzosa. El artículo 495 es meridiano en prescribir que "Si no tuviere derecho a estos (los gananciales), se entenderá que eligió por aquella (la porción)".

6. Por último, la *a quo* dijo que la cónyuge sobreviviente no tiene derecho a porción conyugal ya que "no tenemos conocimiento alguno frente a la carencia de lo necesario para la subsistencia por parte de la señora **SILDANA VILLAMIL MARTINEZ**. No podemos presumir tampoco que ella no carezca de bienes por el simple hecho de que un bien sea propio o social" y, por tanto "no se encuentra acreditada la necesidad" de la cónyuge supérstite. Tal razonamiento revela inexactitud.

6.1. El artículo 1230 del C.C., señala que la porción de pareja es para el viudo "que carece de lo necesario para su congrua subsistencia", lo que no significa una necesidad alimentaria y menos que sólo quien no tiene ningún activo es merecedor de la porción. Debe entenderse que el beneficiario de la porción conyugal es el viudo pobre. Pobreza que no cumple analizarla bajo estándares de política económica o estadísticas de penuria, sino frente a un elenco de

variables: i) en el primer orden hereditario, indiquen en el cálculo de la porción el número de hijos y los pasivos hereditarios; ii) en los restantes ordenes, importan solo los activos; iii) en todos los órdenes interesa el monto del activo sucesoral y la situación económica del supérstite el día en que enviuda. En ese orden, por ejemplo, es posible que sea beneficiario de la porción conyugal un viudo billonaria frente a su cónyuge billonario, no obstante que en términos cotidianos ese billonario, por supuesto que cuenta con lo *"necesario para su congrua subsistencia"*.

Un doctrinante colombiano, cita a Somarriva Undurraga de la siguiente manera:

*"Si nos atuviéramos a la sola definición que de la porción conyugal – agrega SOMARRIVA – dio el primitivo art. 1171, concluiríamos que nuestro Código mantuvo con la misma estrictez dicho carácter alimenticio, ya que dicho precepto la definía como "aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación". Esta última frase evocaba de inmediato la idea de los alimentos congruos que se deben los cónyuges entre sí.*

*Pero este concepto, referido al carácter puramente alimenticio de la porción conyugal sostenido por algunos, principalmente por JOSÉ CLEMENTE FABRES, no era rigurosamente exacto, porque la noción de la pobreza del cónyuge en el Código para los efectos de dicha porción es particular y un tanto caprichosa; se estima tal cuando no tiene bienes o los posee en cantidad inferior a lo que por ley le corresponde por porción conyugal. Es esta, por lo tanto, una noción muy relativa de pobreza, pues puede acontecer que el cónyuge tenga bienes más que suficientes para su congrua sustentación, y sin embargo, le corresponda porción conyugal" (Roberto Suárez Franco, Derecho de Sucesiones, 4ª edición, Temis, 2003, p. 306).*

6.2. Pero si se hiciera abstracción de lo anterior y se aceptara el razonamiento judicial de que *"no se encuentra acreditada la necesidad"* o que no se constata la *"carencia de lo necesario para la subsistencia"* de la cónyuge supérstite, bastaría con preguntar ¿y cómo se prueba la necesidad? No hay forma, y por ello es que la necesidad se cataloga como una negación indefinida, lo que excusa su prueba a voces del artículo 167 del C.G. del P. Pero lo trascendente es que, ninguna norma impone el requisito que echa de menos la juzgadora de instancia, esto es acreditar la *"necesidad"* del viudo. Ahora determinar si la



viuda, en éste caso, es beneficiaria de la porción conyugal completa, complementaria o no tiene derecho a ella es tarea que cumple abordar en el segmento de la partición, antes no, pues es en dicho escenario donde se consolidan los derechos de cada interesados sucesoral. Es preciso memorar que la porción conyugal tiene como características, que "ii) *no está sujeta a un monto determinado, toda vez que depende del patrimonio del cónyuge fallecido; (iii) lo que se recibe por este concepto pasa a incorporar el patrimonio del sujeto a favor de quien se reconoce; (iv) no está atada a la inexistencia de patrimonio del sobreviviente; sólo se requiere que lo que éste pueda percibir por otros conceptos sea o resulte inferior a la porción conyugal para que nazca del derecho a percibirla"* (CC, sentencia C-283-2011).

Con fundamento en lo expuesto, **LA SALA UNITARIA DE LA SALA DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,**

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto de 5 de abril de 2022 proferido por el Juzgado Décimo de Familia de esta ciudad.

**SEGUNDO: RECONOCER** a la señora **SILDANA VILLAMIL MARTÍNEZ** con derecho a porción conyugal.

**TERCERO: ORDENAR** el regreso de las diligencias digitales al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la presente decisión

**NOTIFÍQUESE,**

**JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ**  
**Magistrado**

Firmado Por:

**Jose Antonio Cruz Suarez**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 004 De Familia**  
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ad4cded991d75c3be49ae8e99b48c91a2f16aa36c0d5e4402ca7a79cdbf5b289**

Documento generado en 13/06/2022 05:04:28 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**