

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C. dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

| | |
|----------------------|-------------------------------------|
| Proceso | Sucesión |
| Causante | José Luis Paniagua Valverde |
| Radicado | 11001311002620150037002 |
| Discutido y Aprobado | Acta 135 del 18/12/2020 – 2:00 p.m. |
| Decisión: | Revoca |

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ**

Surtido el procedimiento señalado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 sin reparo de ninguno de los intervinientes, se decide el recurso de apelación instaurado por la heredera **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ** contra la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiséis de Familia de Bogotá, D.C., aprobatoria del trabajo de partición presentado dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. El 15 de noviembre de 2013 (fl. 85 c1) fue sometido a reparto el proceso de sucesión del causante **JOSÉ LUIS PANIAGUA VALVERDE**, fallecido el 6 de mayo de 2013 (fol. 5). Mediante auto del 23 de enero de 2014 (fol. 95) se declaró abierto y radicado el proceso y se reconoció a la señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO** "en su calidad de cónyuge sobreviviente". Con auto del 25 de marzo de 2014 (fl. 107), se reconoció a la señora **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ** como heredera en calidad de hija del causante.

2. Realizadas las correspondientes publicaciones, el 10 de junio de 2014 (fol. 207) se llevó a cabo diligencia de inventarios y avalúos a la que concurrieron los apoderados de las interesadas. Se relacionó como única partida del activo el 50% de los derechos de un contrato de leasing habitacional en la suma de \$100.000.000 y un pasivo por \$19.684.969. Surtido el traslado correspondiente, el que venció en silencio, los inventarios y avalúos fueron aprobados con auto del 2 de septiembre de 2014 (fl. 211).

3. Con proveído del 12 de enero de 2016 (fl. 271) se decretó la partición y con auto del 23 de mayo siguiente (fl. 275) se designó partidor.

Presentado el correspondiente trabajo partitivo, la apoderada judicial de la señora **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ** lo objetó ya que consideró que el activo inventariado era propio y no social, reparo que se declaró fundado con auto del 13 de julio de 2018 (fl. 317), señalando que los derechos de leasing eran propios y no sociales. La determinación fue recurrida y el Tribunal, en Sala Unitaria, mediante providencia del 14 de diciembre de 2018 confirmó dicho aspecto.

4. La partición rehecha fue aprobada mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 (fl. 407), con sustento en que *“fue elaborado en legal forma, pues se ajusta a los inventarios y avalúos debidamente aprobados y a lo ordenado por la Sala de Familia del H. Tribunal Superior de Bogotá en auto del 14 de diciembre de 2018”*.

5. El fallo fue apelado por la apoderada judicial de la heredera **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ**, recurso concedido con auto del 10 de julio de 2020 (fl. 433). El sustento de la apelación, en compendio, estriba en que el auto del 14 de diciembre de 2018 proferido por el Tribunal es “ilegal”, ya que abordó el tema de la porción conyugal que no era motivo de apelación, aplicó el artículo 495 del C.G. del P., desconociendo los efectos de la ley en el tiempo y, la cónyuge supérstite nunca pidió porción conyugal. En adición, que la viuda no ostentaba la condición de pobreza.

La réplica señala que no hubo una indebida aplicación de la ley procesal en el tiempo y que *“no existen elementos de prueba con los que se concluya que la cónyuge supérstite al momento de fallecimiento del causante tuviera bienes de fortuna o ingresos económicos que le permitieran vivir dignamente”*.

II. CONSIDERACIONES:

1. No existe ninguna causal que invalide lo actuado ya sea de manera total o parcial, por lo tanto, la sentencia a emitir será de mérito.

2. Los reparos presentados por la apoderada judicial de la heredera **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ**, gravitan, en su mayoría, en que el auto del 14 de diciembre de 2018 proferido por el Tribunal es “ilegal”, ya que *“la*

opción entre gananciales y porción conyugal no fue objeto de la apelación que resolvió el Tribunal”, por tanto el Tribunal “no debió haber hecho un pronunciamiento sobre porción conyugal que no era motivo ni de la providencia apelada, ni del recurso de apelación”.

La protesta no tiene asidero jurídico por las siguientes razones:

2.1. Es preciso contextualizar el auto del 14 de diciembre de 2018 proferido por la Sala Unitaria de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Mediante el proveído citado se solventó el recurso de apelación planteado por el apoderado judicial de la cónyuge sobreviviente, señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO**, contra el auto del 13 de julio de 2018 que declaró fundada una objeción propuesta al trabajo de partición. Allí la controversia estribó en determinar si la única partida del activo inventariada era de propiedad exclusiva del causante o de la sociedad conyugal. La respuesta que allí se brindó al problema fue que la partida inventariada tenía la calidad de propia, por lo que en ese aspecto la providencia apelada fue confirmada.

Seguido a ello, y ahí es donde la apelante señala que el proveído es “ilegal”, señaló el pronunciamiento en mención que *“Igualmente se debe orientar que como en el presente asunto comparecen la cónyuge supérstite y una heredera y como la viuda optó por gananciales, últimos que en rigor no existen por cuanto que el único activo inventariado es propio del causante y no social, se debe acudir a lo que señala el artículo 495 del C.G. del P., en cuanto a que “Cuando el cónyuge o compañero permanente pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios 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**”, luego el partidor deberá proceder de conformidad en el sentido de que el viudo, en este caso la señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO** en todo caso tendrá derecho a la porción conyugal, luego deberá proceder a determinar dicha asignación forzosa en favor de la viuda, siempre y cuando las circunstancias patrimoniales de la cónyuge sobreviviente le confieran la calidad de cónyuge pobre según las normas sustanciales que gobiernan la materia”.*

2.2. El derecho sucesoral en Colombia tiene como base ius teórica la protección de la institución de la familia, al considerarla el núcleo básico de la sociedad (art. 42 C.P.). En consecuencia, se afirma que es la ley la que ha de determinar qué familiares, en qué proporción y en qué orden, han de heredar. Como fiel reflejo

de lo anterior, se encuentra en nuestro sistema positivo la figura de las asignaciones forzosas las cuales se deben respetar aún por encima de las disposiciones testamentarias. Una de estas asignaciones “forzosas” es la porción conyugal, la que responde a:

(...) una prestación sui generis de carácter alimentario o indemnizatorio, establecido por la ley en favor del viudo o viuda que carece de lo necesario para atender a su congrua subsistencia y que grava la sucesión del cónyuge premuerto’ (C.C., arts. 1016, num. 5o y 1230). La institución jurídica de la porción conyugal, concebida por [el] Dr. Andrés Bello y consagrada en el código chileno, es considerada como una consecuencia del contrato matrimonial que impone el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges (C.C., arts. 113 y 176). El legislador se preocupó por la suerte material de los cónyuges no sólo durante la vida de estos, sino cuando por la muerte de uno de ellos, disuelta la sociedad conyugal, se hace más precaria la condición del sobreviviente, pudiendo carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había venido disfrutando. El legislador, previendo este evento y considerando los principios fundamentales de la institución matrimonial, quiso prolongar los efectos tutelares de ella más allá de la vida de los contrayentes (...).

Por esto, reconoció al cónyuge sobreviviente el derecho a percibir una parte del patrimonio del cónyuge finado para asegurar adecuadamente en lo posible la subsistencia y bienestar de aquél (...) (Código Civil, art. 1016, ord. 5) (...). (CSJ sentencia de 21 de octubre de 1954. G.J. 2147, T. LXXVIII)

Por todo lo anterior, la porción conyugal es parte del orden público sucesoral colombiano. Esto significa, sencillamente, que las normas que la regulan no son supletivas, sino imperativas. Por eso ha dicho la jurisprudencia que:

*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** de 5 de junio).*

2.3. En complemento, el artículo 11 del Código General del Proceso disciplina que “Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los

procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, lo que resulta sistémico con el numeral 5º del artículo 509 ibidem que impone que “Háyanse o no propuesto objeciones, el juez ordenará que la partición se rehaga cuando no esté conforme a derecho”. Para complementar, el inciso 1º del artículo 328 del mismo código manda 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 para que no quede ningún margen de dudas,

*“Por supuesto que si bien ha de mediar la observancia de las leyes adjetivas, según resalta la quejosa, también lo es que la prevalencia del derecho sustancial mal puede perderse de vista por parte de los juzgadores cognoscentes, cual es la teleológica ratio que guía la procesabilidad toda, para lo cual a ello habrá de dársele aplicación dentro de unas pautas estatuidas y conocidas que tienden al equilibrio procedimental, sana medida que sólo converge a la imparcial y debida administración de justicia que perennemente es menester materializar, revestida de una real igualdad de los intervinientes en el proceso, por lo que ponderadamente se habrá de evitar caer en excesos rituales manifiestos, siendo que en el sub lite se procedió, sin más, a la aprobación del trabajo de inventario y avalúos simplemente porque no obró ninguna objeción acerca de tal, soslayándose así la función del operador jurisdiccional de ejercitar el oficioso control de legalidad sobre todos y cada uno de los actos procedimentales, tanto más en punto de aquellos que como el anotado revisten trascendental importancia al interior de los litigios liquidatorios” (CSJ sentencia **STC18705-2017** de 9 de noviembre).*

2.4. Teniendo como apoyo los valores constitucionales, legales y directrices jurisprudenciales que se han puesto de presente hasta el momento, fue que en la providencia del 14 de diciembre de 2018, “ilegal”, según palabras de la apelante, se abordó el tema de la porción conyugal. Quedan así descartados los argumentos de la apelante referidos a que “*la opción entre gananciales y porción conyugal no fue objeto de la apelación que resolvió el Tribunal*”, por tanto el Tribunal “*no debió haber hecho un pronunciamiento sobre porción conyugal que no era motivo ni de la providencia apelada, ni del recurso de apelación*”, ya que no podría el Tribunal “*de oficio, ordenar que la partición se rehiciera teniendo en cuenta una porción que no había sido ni invocada ni pedida por la cónyuge sobreviviente*”.

3. La apelante también fustiga la aplicación de la ley procesal en el tiempo. Así, señala que “*el Tribunal orienta que la partición se haga teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 495 del Código General del Proceso, norma que (...) no es aplicable al presente caso porque no había entrado en vigencia del Código General*

del Proceso, en el momento en que se realizó la diligencia de inventarios y avalúos en la sucesión". Además señaló que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta que el artículo 495 del C.G. del P. "entró solo a regir el 1 de enero de 2016 y no era norma aplicable a la presente sucesión". La norma que "regía al momento de iniciarse el proceso de sucesión - 15 de noviembre de 2013 - era el artículo 594 del Código de Procedimiento Civil", norma que establecía que cuando el cónyuge podía optar entre porción conyugal y gananciales "deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios y avalúos". Ese artículo "no contemplaba la posibilidad que establece ahora el inciso 2 del artículo 495 del Código General del Proceso". Este inciso "establece un nuevo derecho sustancial, a favor del cónyuge sobreviviente que no tiene lo necesario para la congrua subsistencia, cuando ha guardado silencio y no tiene derecho a los gananciales, se entenderá que ha optado por porción conyugal", lo que no resulta aplicable al presente caso "habida cuenta que la diligencia de inventarios y avalúos se realizó el 10 de junio de 2014, fecha en la cual aún no entraba a regir el Código General del Proceso".

3.1. El reparo contiene desatino jurídico mayúsculo. Baste solo con reseñar *in extenso* las siguientes orientaciones jurisprudenciales (CSJ sentencia **STC10527-2018** de 16 de agosto):

4. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dentro del marco de sus competencias expidió el Acuerdo PSAA15-10392 del 1º de octubre de 2015, por medio del cual dispuso, en su artículo 1º, que «[e]l Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1º de enero del año 2016, íntegramente». Es decir, a partir de esa data la totalidad de las normas contenidas en dicho estatuto cobrarían vigor, salvo aquellas que lo habían alcanzado antes por mandato especial de los numerales 1, 2 y 4 del artículo 627 íd.

Esa circunstancia, imponía, entonces, dilucidar el régimen procesal aplicable a los decursos radicados antes del 1º de enero de 2016 y que estaban en marcha llegado ese día; pues, debía clarificarse si ellos culminarían con el sistema vigente para el momento de su presentación, esto es, Código de Procedimiento Civil, o si, por el contrario, en el camino se adecuarían al nuevo procedimiento, con todo lo que ello implica.

Los artículos 624 y 625 de la Ley 1564 de 2012 resolvieron la situación al consagrar, en el primero de ellos, unos parámetros genéricos de «transición legislativa», y en el segundo, otros de contenido y alcance específico.

El artículo 624, modificadorio del 40 de la Ley 153 de 1887, estableció que:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y

las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se registrará por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad” (negritas propias).

Por su parte, la otra disposición (625), en sus numerales 1 al 4, advirtió que:

“Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:

1. Para los procesos ordinarios y abreviados: (...)

2. Para los procesos verbales de mayor y menor cuantía: (...)

3. Para los procesos verbales sumarios: (...)

4. Para los procesos ejecutivos: (...)

El numeral 6º de esa preceptiva enfatizó que en los «demás procesos», esto es, en los no enlistados arriba, «se aplicará la regla general prevista en el numeral anterior»; misma que repite el inciso 2º del canon 624, transliterado arriba.

En síntesis, la nueva «legislación» que gobierna fundamentalmente las disputas de naturaleza civil, agraria, comercial y de familia¹ delimitó la forma como se haría el empalme de los debates iniciados antes del 1º de enero de 2016 para conciliarlos y ajustarlos a la reciente reglamentación. Así, implementó un método que obliga revisar la clase de «proceso» y la fase en que se hallaba antes de la citada fecha, para determinar el instante concreto en que dejaría de regirse por el Decreto 1400 de 1970 y empezaría hacerlo por la Ley 1564 de 2012.

De lo hasta aquí dicho, fácilmente se aprecia que el litigio «divisorio» no encuadra en ninguna de las hipótesis particulares de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 625 del Código General del Proceso; de allí que, los pleitos de ese linaje suscitados hasta el 31 de diciembre de 2015 harían «tránsito de legislación» inmediato el 1º de enero de 2016, lo que significa que desde entonces se conducirían por los ritos del Código General del Proceso, y no del Código de Procedimiento Civil. Eso sí, las precisas «actuaciones» que enlistan idénticamente el artículo 624 y el numeral 5º del 625, serían las únicas sometidas al «régimen» precedente (Código de Procedimiento Civil) siempre y cuando se acaten las condiciones allí previstas, que aunque ya se transcribieron la explicación amerita reiterarlas, así:

*“los recursos interpuestos, **la práctica de pruebas decretadas**, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas**, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

¹ Y por reenvío a otras especialidades. Art. 1º.

Dicho de otro modo, salvo que concurra alguno de esos supuestos, la «división» se sigue por los senderos del flamante compendio adjetivo, y en el juicio analizado, como se dirá luego, la experticia causante de la divergencia se autorizó después de la entrada en rigor de la Ley 1564 de 2012.

Sobre el punto, recientemente esta Sala señaló que:

“No es de recibo el argumento de que a los procesos iniciados bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil (sistema escritural), no se les aplique el Código General del Proceso (sistema oral), dado que este último en su artículo 625, que regula el tránsito de legislación, establece derroteros para los procesos en curso al momento de entrar a regir, y, en sus numerales 1º, 2º, 3º y 4º, si bien, no se encuentra enmarcado el proceso divisorio; es lo cierto que, el numeral 6º determina que «en los demás procesos, se aplicará la regla general prevista en el numeral anterior», el numeral 5º ibídem, que guarda correspondencia con el artículo 624 del mismo estatuto, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, y prevé el fenómeno jurídico de la ultractividad de la ley en el sentido de que «los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones” (STC082-2018).

3.2 En el presente asunto la discusión pende en torno a la aplicación temporal del inciso 2º del artículo 495 del C.G. del P. referido a que *“Cuando el cónyuge o compañero permanente pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios 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**”*, segmento subrayado no contemplado en el Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, señala la recurrente, como dicha norma no estaba vigente para la fecha de la recepción de los inventarios y avalúos, la misma resultaba inaplicable a la cuestión de marras.

Lo primero que se destaca es que ninguna norma o directriz jurisprudencial permite respaldar la tesis de la recurrente, esto es que la norma vigente para los inventarios y avalúos es la que debe regir la actuación subsiguiente. Por el contrario, y con afianzamiento en el precedente transcrito, es preciso acotar que en éste asunto la partición fue decretada con proveído del 12 de enero de 2016 (fl. 271), luego esta fase procesal cumplía abordarla bajo el Código General del Proceso que comenzó a regir a plenitud el 1º de enero de 2016, pues al principiar la citada anualidad la disputa se transportó automáticamente al actual sistema. Por tanto, imperioso resultaba aplicar el artículo 495 de la novísima recopilación, pues la regla general es que la norma procesal empieza a regir de inmediato.

Pero para más recabar, el auto del 14 de diciembre de 2018 proferido por el Tribunal, solventó el recurso de apelación planteado por el apoderado judicial de la cónyuge sobreviviente, señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO** contra el auto del 13 de julio de 2018 que resolvió las objeciones propuestas al trabajo partitivo, todo lo cual ocurrió en vigencia del Código General del Proceso. En ese orden, lo "ilegal" sería aplicar una norma derogada para ese momento, como lo pretende la recurrente.

4. En ese mismo hilo, repara la apelante que la sentencia impugnada y la partición "**desconocieron el más elemental de todos los principios del derecho, aquel según la cual las normas rigen hacia el futuro**". El artículo 495 del C.G. del P. "*no es una norma procesal de la que pueda predicar su entrada en vigencia en forma inmediata, sino una norma sustancial que debe respetar el principio según el cual las normas rigen hacia el futuro y en consecuencia no puede regular una sucesión cuyo causante fallece el 6 de mayo de 2013*".

No comparte la Sala el anterior razonamiento. Sin duda, el artículo 495 del C.G. del P., en sí mismo considerado, no ostenta linaje sustancial, toda vez que se refiere al campo de aplicación de las normas que gobiernan las opciones que tiene el viudo en una sucesión, pero no "*declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta*" (CJS auto **AC2309-2020** de 21 de septiembre). La norma procesal no creó una nueva figura ni restringió, amplió o modificó la regulación sustancial de la porción conyugal, por lo cual carece de connotación sustancial.

5. También refiere la apelante que la sentencia criticada no tuvo en cuenta normas sustanciales que regulan la porción conyugal. En este caso, dice, la señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO** "*ni siquiera invocó ni en el poder, ni en la demanda, ni en ningún otro momento procesal su estado de pobreza. Luego, no tenía derecho a optar entre gananciales y porción conyugal*". Esa "*manifestación de voluntad de la cónyuge sobreviviente no puede ser desconocida ni por el partidor, ni por el juez de primera o segunda instancia*", ya que "*es un derecho de resorte exclusivo de la cónyuge supérstite*". Tampoco "*hay lugar a la opción del silencio, porque simplemente no lo hubo*". No había la opción, señala, de escoger entre porción conyugal o gananciales, porque la cónyuge sobreviviente "*no demostró que ESTABA EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA ECONÓMICA. ES MÁS, NI SIQUIERA MENCIONÓ TAL SITUACIÓN DE POBREZA. LUEGO NO PROCEDIA LA APLICACIÓN DE NINGUNO DE LOS DOS CITADOS ARTÍCULOS 594 DEL C.P.C. O 495 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*".

Así mismo, señala la impugnante, existen elementos de prueba que permiten concluir que la cónyuge supérstite, al momento de fallecimiento del causante, no estaba en situación de pobreza, ya que en la demanda solicitó *“se le reconozca cesionaria de los derechos patrimoniales del autor, interprete y ejecutante sobre las obras y seriales que tenía el causante”*, aportando copia del contrato de cesión con la demanda. En la misma demanda *“se menciona el 100% de los derechos patrimoniales de remuneración por repetición pública y causados y por causarse por los trabajos en televisión”* de varios programas. Estos bienes, si bien *“no se incluyeron en el inventario ello no quiere decir que no se deban inventariar”* ya que la normatividad antigua y nueva *“prevén la posibilidad de realizar inventarios y partición adicional cuando se hayan dejado de inventariar bienes”*. Por lo anterior, la cónyuge sobreviviente *“no se encontraba en la situación de pobreza de no poder atender a su congrua subsistencia, como lo exige la ley para tener derecho a porción conyugal”*.

Además la cónyuge supérstite trabaja permanentemente en la televisión *“luego ha recibido ingresos por sus actuaciones, circunstancia que excluye la situación de pobreza que requiere la porción conyugal”*. En subsidio, se debió haber descontado de la porción conyugal, los derechos patrimoniales que el causante le cedió a su cónyuge, para haber procedido conforme al artículo 1234 del C.C.

Las anteriores censuras resultan vanas por lo siguiente:

5.1 Precisamente, porque la cónyuge eligió la opción de gananciales sin reclamar porción conyugal y teniendo en cuenta que el único activo inventariado se calificó como propio del causante, fue que se hizo obrar el inciso 2º del artículo 495 del C.G. del P., esto es que se entiende que *“eligió”* porción conyugal. Eso es lo que manda la ley, en protección del cónyuge viudo. Si la cónyuge sobreviviente hubiese optado por porción conyugal, como lo reclama la apoderada recurrente, pues sencillamente no tendría aplicación el señalado segmento normativo, interpretación que resultaría odiosa.

5.2. Ahora bien, la apelante omite que en el auto del 14 de diciembre de 2018 se dejó dicho expresamente que la cónyuge sobreviviente tendría derecho a la porción conyugal *“siempre y cuando las circunstancias patrimoniales de la cónyuge sobreviviente le confieran la calidad de cónyuge pobre según las normas sustanciales que gobiernan la materia”*.

Entonces, si como se alega en el recurso, la citada cónyuge es titular de bienes o derechos que la despojan de la calidad de pobre, pues sencillamente, aplicando en lo que se dijo en lo subrayado, no tendría el derecho a la porción o, por lo menos al complemento. Sin embargo, la aspiración de la recurrente se frustra ya que resulta inexplicable que si la propia apoderada de la heredera **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ**, a pesar de señalar que la cónyuge supérstite es propietaria de bienes y derechos, que tiene ingresos por su actividad profesional y poner de presente que existe la herramienta procesal de los "inventarios adicionales" y acota que tales partidas *"no se incluyeron en el inventario ello no quiere decir que no se deban inventariar"*, no obstante todo ello, no ha desarrollado un laborío probatorio en debida forma para acreditar sus dichos. Total inacción de la procuradora judicial de la heredera.

En efecto, la apoderada de la heredera no ha acreditado el valor o cuantía de dichos efectos patrimoniales que, señala, estaban en cabeza de la cónyuge para la fecha en que enviudó, para acreditar que la viuda no es pobre y, por tanto, que no tendría derecho a la porción o, que se le otorgue la porción complementaria. En ese orden, no existen los parámetros económicos para confrontar la situación económica de la titular de la porción conyugal con la porción conyugal teórica a efectos de determinar si le corresponde la porción completa, complementaria o que la misma resulta ficta o presunta.

En ese orden, asidero tiene el apoderado de la señora **TANIA FALQUEZ GARCIAFERRO** cuando refuta que *"no existen elementos de prueba con los que se concluya que la cónyuge supérstite al momento de fallecimiento del causante tuviera bienes de fortuna o ingresos económicos que le permitieran vivir dignamente"*. Además, señala que los derechos patrimoniales de autor *"carecen de valor"* y, por tanto *"no se pueden descontar de la porción conyugal"* y por eso *"ninguna de las partes los tuvo en cuenta para incluirlos en los inventarios y avalúos"*.

Como bien se aprecia, dicha discusión no ha sido puesta en el escenario adecuado por la recurrente y no ha sido zanjado por el juzgador de primea instancia, luego hacerlo en el recurso de apelación, significaría afrentar el derecho de defensa y contradicción de su oponente.

Control de legalidad:

No obstante que los reparos de la apelante no permiten derribar la sentencia apelada, en todo caso la misma será revocada por las siguientes razones:

1. Si bien la apoderada de la heredera **JULIANA MARÍA DEL PILAR PANIAGUA RODRÍGUEZ** no expuso ningún argumento para combatir el monto de la porción conyugal fijada por la partidora, lo que en principio excusaría al Tribunal de tener que ingresar en dicho terreno, no se puede dejar de lado la obligación que sobre el control de legalidad de la partición le compete realizar a los juzgadores de instancia, quienes deben acometer *"las acciones necesarias para que el trámite sucesoral se encamine bajo los derroteros que le signa la ley; ello porque en materia de legalidad el citado funcionario no puede ser un convidado de piedra en virtud a las facultades y poderes de que se encuentra investido"* (CSJ sentencia de 10 de julio de 2008, exp. 11001-22-10-000-2008-00146-01), por lo que conforme a lo señalado en los artículos 11, 328 y 509.5 del C.G. del P., arriba transcritos, procede la Sala a realizar de manera oficiosa dicho control.

2. En el trabajo partitivo aprobado, la partidora tomó el activo de \$100.000.000, le restó el pasivo de \$19.684.969, para obtener un líquido de \$80.315.031, el cual lo distribuyó por parte iguales entre la hija heredera y la cónyuge sobreviviente, correspondiéndole a cada una por sus derechos la suma de \$40.157.515,50.

3. Entonces, como bien se aprecia, el yerro jurídico del trabajo partitivo estriba en que se calculó la porción conyugal sobre el total de la masa hereditaria líquida, cuando la porción conyugal en el primer orden hereditario se debe determinar sobre la mitad legitimaria, pues esta equivale a la *"legítima rigorosa"* de un hijo.

En efecto, señala el artículo 1236 del Código Civil que *"La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes. // Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo"*. El artículo 1242 ibidem, vigente para cuando falleció el causante **JOSÉ LUIS PANIAGUA VALVERDE**, disciplinaba que *"La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1016, y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los*

respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.// (...) Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio. Y el artículo 1249 indica que "Legítimas efectivas. Acrece a las legítimas rigurosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto y si lo ha hecho ha quedado sin efecto la disposición. // Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman legítimas efectivas. // Este acrecimiento **no aprovecha al cónyuge sobreviviente**, en el caso del artículo 1236, inciso 2o".

4. Interpretadas de manera sistemática las anteriores normas, fácil emerge que la porción conyugal, en el primer orden hereditario, esto es en el de los descendientes, se calcula incluyendo al viudo como un hijo más en la mitad legitimaria y no en todo el acervo hereditario como lo realizó la partidora, luego se deberá proceder a su rehacimiento.

La anterior exégesis es la que inveteradamente ha sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia de casación de 18 de julio de 1944. M.P. Hernán Salamanca, en doctrina que se mantiene vigente, dijo entonces la Corporación:

"Para determinar el monto de la porción conyugal la ley contempla las dos situaciones que plantea y regla el artículo 1236 del Código Civil, según que no existan descendientes (...), evento en el cual la porción es una cuota fija de los bienes relictos, que se deduce previamente, o que existan tales descendientes, como es el caso de autos (...)".

"En esta ocurrencia, concurriendo el cónyuge con descendientes (...) del causante, que (...) excluyen todo otro heredero, su porción conyugal es de cuantía igual a la legítima rigorosa de un hijo, entre los cuales y para ese efecto será contado el cónyuge. La ley consagra diferencia entre legítima rigorosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario como resultado de haber sido dividida la mitad legitimaria entre los que a ella concurren, según el orden de la sucesión intestada (1242, inciso 1º del Código Civil, 23 de la Ley 45 de 1936), y la efectiva es la misma rigorosa, pero aumentada en lo que corresponda de aquello de la cuarta de mejoras o de la libre disposición de que el testador no haya dispuesto conforme a derecho (1249, Código Civil) (...)".

"Habiendo tales descendientes —dice el segundo inciso del artículo 1236 del Código Civil— el viudo o viuda será -contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo (...). Habrà, pues, necesidad, para computar la porción conyugal, de fijar la cuantía de la legítima rigurosa, de cada hijo, para lo cual se dividirá la mitad del acervo líquido herencial entre los hijos, contando entre éstos al cónyuge. El sistema legal no deja duda de que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigurosas de los hijos (...)".

"(...)".

"Tan evidente es que al cónyuge supérstite, en este caso, no corresponde como porción sino lo equivalente a una legítima rigurosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas no parece tener otro objeto que el de excluir a la porción conyugal del aprovechamiento de los aumentos que obtengan los descendientes como consecuencia de no haber dispuesto el- causante de la cuarta de mejoras o de la cuarta libre, o haber quedado sin efecto su disposición (...)".

"La preindicada forma de computar la legítima rigurosa, tal como la estableció el artículo 1242 del Código Civil no ha sufrido modificación por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, que el recurrente cita cómo quebrantado por el Tribunal, porque esta disposición innovó solamente en el sentido de dar entrada a los hijos naturales, sin alterar la proporción de la porción conyugal (...)".

"Por lo que hace a la manera de liquidar la porción conyugal, que el recurrente propugna en su demanda y que consistiría en dividir la mitad legitimaria exclusivamente entre los hijos para fijar así la legítima rigurosa y una vez fijada tomar su equivalente de la otra mitad de los bienes relictos para la porción conyugal, no encuadra, como lo tiene establecido la jurisprudencia, dentro de las normas que regulan el sistema del Código colombiano (...)".

"Refiriéndose a este modo de liquidación dice don Fernando Vélez en su Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano (página 391, tomo IV): 'Como el artículo 1250 prohíbe gravar las legítimas rigurosas, se ha deducido que la mitad de los bienes que las constituyen debe distribuirse exclusivamente entre los hijos porque sólo éstos tienen derecho a la mitad legitimaria. Según este sistema, la porción conyugal debe sacarse de la otra mitad de bienes (...). Este sistema es contrario a la letra y espíritu de la ley, y en sus consecuencias podría llegar hasta suprimir las cuartas últimamente mencionadas. Es lo primero, porque de acuerdo con él el cónyuge sobreviviente no sería contado entre los hijos que es lo que manda el artículo 1236; en vez de contarlos entre ellos, se le haría a un lado para darle su porción conyugal de una mitad de bienes distinta a aquella de donde se tomaban las legítimas rigurosas. Esto sería opuesto además al artículo 1248 en que se dispone que si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, y no tiene quién lo represente, ese todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas y la porción conyugal en el caso del inciso 2º del artículo 1236. Luego dicha porción se toma de la mitad de bienes de donde se toman las legítimas rigurosas (...)".

"La consecuencia del sistema que examinamos, sería que la porción conyugal debía sacarse de la cuarta de mejoras o de la libre disposición. Esto, que no tiene fundamento en la ley, gravaría la primera cuarta en favor de una persona que no era descendiente (...) del difunto (artículos 1242 y 1253), contrariando

abiertamente la ley, y disminuiría la segunda cuarta limitando las facultades del testador sin razón ninguna. Hasta podría suprimir dichas cuartas (...)"

La doctrina especializada comparte el mismo criterio para el cálculo de la porción conyugal en el primer orden hereditario. El autor Pedro Lafont Pianetta en su obra Derecho de Sucesiones, Tomo II, Sucesión Testamentaria y Contractual, 11ª edición, 2020, pág. 276, señala:

Lo primero que tenemos que anotar es que esta disposición (el art. 1236 del C.C.) no persigue, en manera alguna, darle al cónyuge la calidad de legitimario, la cual esta restringida únicamente a las personas señaladas en los artículos 1240, 284 y 285 del Código Civil, en los cuales no se menciona al cónyuge. Aquel precepto se limita únicamente a precisar la cuantía de la porción, que en este orden debe equivaler a "la legítima rigurosa de un hijo legítimo", razón por la cual habría que extraerla de la mitad legitimaria, sea cual fuere el activo en que aquella se base (...).

El doctrinante Hernando Carrizosa Pardo en su obra Sucesiones y Donaciones, ediciones Lerner, 5ª edición, pág. 394 señala:

Para computar, en este terreno, la porción conyugal, es obligatorio fijar la cuantía de la legítima rigurosa de cada hijo, contando al cónyuge entre ellos. Esto último significa, sin género de dudas, que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye, ella misma, la cuantía de las legítimas rigurosas de los hijos.

No se impondrá condena en costas ante la revocatoria de la sentencia apelada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis de Familia de Bogotá, D.C., aprobatoria del trabajo de partición presentado dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la partidora que rehaga su trabajo, acorde con lo considerado en esta providencia. Para tal efecto se le concede el término judicial

de cinco (5) días, contado a partir del momento que reciba el respectivo telegrama que le deberá remitir el *a quo*.

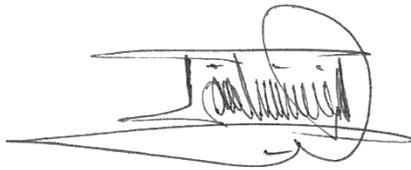
TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CUARTO: ORDENAR devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
Magistrado



IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL
Magistrado



LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
Magistrada

**PROCESO DE SUCESIÓN DE JOSÉ LUIS PANIAGUA VALVERDE – RAD.
11001311002620150037002.**