

LA ASIGNACIÓN FORZOSA DE PORCIÓN CONYUGAL

JOSÉ ANDRÉS RINCÓN USCÁTEGUI

Trabajo de grado para optar al título de
Abogado

Director

CARLOS GALLÓN GIRALDO

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C.

2001

A mi mamá, de quien
estoy seguro nunca
optaría por porción
conyugal.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1 EVOLUCIÓN HISTORICA Y ORIGEN DE LA PORCIÓN CONYUGAL	13
1.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PORCIÓN CONYUGAL	13
1.1.1 En el derecho romano.	13
1.1.1.1 La época antigua.	14
1.1.1.2 El Derecho Pretoriano.	15
1.1.1.3 El Derecho de Justiniano.	15
1.1.2 En el derecho español.	17
1.1.3 En el derecho comparado moderno.	18
1.1.4 En el derecho latinoamericano.	18
1.1.5 Evolución en el derecho colombiano.	20
1.2 ORIGEN DE LA FIGURA	23
2 DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL	25
2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PORCIÓN CONYUGAL	25

	4
2.1.1 Definición legal.	25
2.1.1.1 Análisis de la definición legal.	26
2.1.2 Diferencia con otras figuras.	35
2.1.2.1 Con los alimentos forzosos.	35
4.1.2.1 Con una Indemnización de perjuicios.	42
2.1.2.3 Con la herencia y el legado.	46
2.2 NATURALEZA JURÍDICA PROPIA DE LA INSTITUCIÓN	49
2.3 REQUISITOS PARA TENER DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL	51
2.3.1 Muerte de uno de los cónyuges y supervivencia del otro.	52
2.3.1.1 Muerte de uno de los cónyuges.	52
2.3.1.2 Supervivencia del otro "cónyuge".	53
2.3.2 Ausencia de culpa del cónyuge divorciado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1976, o del cónyuge separado de cuerpos, también con ausencia de culpa.	54
2.3.2.1 El cónyuge divorciado sin su culpa.	54
2.3.2.2 El cónyuge separado de cuerpos sin su culpa.	55
2.3.2.3 El cónyuge separado de bienes.	58
2.3.3 Pobreza relativa.	59
2.3.4 Capacidad sucesoral.	62

	5
2.3.5 Dignidad.	63
3 CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL, IMPUTACIONES, DEDUCCIONES Y MONTO	66
3.1 CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL	66
3.1.1 Porción conyugal íntegra.	66
3.1.1.1 Cuando en efecto, no se tiene en absoluto bienes propios o derechos dentro de la sucesión.	67
3.1.1.2 Cuando teniendo dichos bienes o derechos, éstos se abandonan en favor de la sucesión.	68
3.1.1.3 Cuando los bienes que se tienen no sirvan para garantizar la congrua subsistencia del cónyuge sobreviviente.	76
3.1.2 Porción conyugal complementaria.	77
3.1.3 Otras clases de porción conyugal.	79
3.1.3.1 Porción conyugal teórica.	79
3.1.3.2 Porción conyugal ficticia.	80
3.2. BIENES QUE SE IMPUTAN A PORCIÓN CONYUGAL	80
3.2.1 Donaciones, herencias o legados.	81
3.2.2 Gananciales.	84
3.3 BIENES QUE SE DEDUCEN A LA PORCIÓN CONYUGAL	86
3.4 MONTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL	90

	6
3.4.1 En el orden de los descendientes.	92
3.4.1.1 De dónde se saca la porción conyugal en el orden de los descendientes.	94
3.4.1.2 Cómo se determina el monto de la porción conyugal cuando se aspira al complemento en este orden sucesoral.	98
3.4.2 En los demás ordenes hereditarios de la sucesión.	104
3.4.2.1 De dónde se saca la porción conyugal en los demás ordenes de la sucesión.	105
3.4.2.2 Cómo se determina el monto de la porción conyugal cuando se aspira al complemento en los demás ordenes de la sucesión.	106
3.4.2.3 Vocación hereditaria.	108
4 RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE POR SU PORCIÓN CONYUGAL	110
4.1 RESPONSABILIDAD CIVIL	110
4.1.1 Responsabilidad del cónyuge como heredero.	113
4.1.2 Responsabilidad del cónyuge por lo que recibe por concepto de gananciales.	114
4.1.3 Responsabilidad como legatario.	120
4.2 RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA	121
4.2.1 Diferencia tributaria entre porción	

conyugal y gananciales.	122
4.2.2 Herencias, legados y donaciones.	123
4.2.3 Exenciones a la porción conyugal.	124
5 ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LA PORCIÓN CONYUGAL	126
5.1 ACCIONES	126
5.1.1 Casos en que se aplica la acción de reforma de testamento.	128
5.1.2 ¿Qué pasa en las sucesiones intestadas?	129
5.1.3 ¿Qué pasa si el proceso de sucesión termina sin que se haya tenido en cuenta la porción conyugal, habiendo lugar a ésta?	129
5.1.4 En qué favorece al cónyuge el hecho de contar con la acción de reforma de testamento?	129
6 PORCIÓN CONYUGAL Y UNIÓN MARITAL DE HECHO	131
6.1 DIFERENCIAS ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN LIBRE	133
6.1.1 Desde el punto de vista de las formalidades para su configuración legal.	133
6.1.2 Desde el punto de vista de la adquisición de derechos y obligaciones.	134
6.2.3 Desde el punto de vista del surgimiento de una sociedad.	135

6.1.4 Desde el punto de vista del estado civil de las personas.	135
6.1.5 Desde el punto de vista del vínculo.	137
6.2 JUSTIFICACIÓN DE UN TRATO DESIGUAL	138
6.3 TRANSITO A COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	140
7 CONCLUSIONES	142
BIBLIOGRAFÍA	149

INTRODUCCIÓN

Dentro de la noción de absolutismo que ha enmarcado la figura del derecho de propiedad a lo largo de la historia, encontramos cómo desde sus orígenes evolutivos, marcados en gran medida por el derecho romano, se ha consagrado una limitante a la libertad de disposición de los bienes mediante actos que deban surtir efectos después de la muerte de su propietario. Vale la pena insistir en que las antiguas instituciones romanas contemplaban facultades tan amplias de disposición sobre las cosas propias, que incluso permitían al amo terminar con la vida de su esclavo, que para ese entonces era considerado como cosa.

La limitante testamentaria encontró su fundamento en factores jurídico económicos que aún hoy perduran y que se asientan en la consideración que una persona no tiene derecho a excluir a su familia de la posibilidad de sucederlo en su herencia.

Antecedentes tan remotos, pero a su vez tan claros como la Legítima Pars Bonorum, con la que se procuró la protección alimentaria de los hijos, o la acción de querrela de testamento inoficioso para el heredero injustamente preterido, transformada más adelante en acción de complemento de testamento, así como el establecimiento de la Quarta Legítima y la Quarta Uxoria implantadas en la época de Justiniano, muestran claramente ejemplos de la limitante referida.

Todos los ordenamientos jurídicos constitutivos de una sociedad consideran la familia como su fundamento. Sin embargo, para algunos la institución de la familia crea lazos morales y afectivos tan estrechos que no ameritan la creación de protecciones adicionales y consagran sistemas de libertad absoluta en materia testamentaria. Otros, como el nuestro, consideran que la importancia de la institución familiar amerita la creación de normas de orden público que permitan su protección efectiva.

En la actualidad se distinguen con claridad tres tendencias en la materia que van desde la conservación forzosa de los bienes del causante, pasando por la división forzosa entre

hijos y parientes inmediatos, hasta los sistemas de libertad absoluta.

La conservación forzosa, más conocida como mayorazgo, toma como sucesor del causante por excelencia a su primogénito, quedando los demás hijos y el cónyuge totalmente desprotegidos y en relación de dependencia respecto del hijo mayor. Contrario a lo que podría pensarse, este sistema es usado en países tan modernos y civilizados como Dinamarca, Suecia y Noruega, entre otros.

El sistema que obliga al causante a dejar la mayor parte de sus bienes dentro de su familia más cercana es el de división forzosa entre hijos y algunos parientes cercanos, aunque deja siempre al causante una posibilidad razonable de libre disposición, sin restricciones de ningún tipo. Colombia, Chile y Ecuador, entre otros, mantienen este mecanismo.

El sistema de libertad absoluta es propio de Estados anglosajones como Gran Bretaña, México y Estados Unidos de América.

Paradójicamente, don Andrés Bello, creador del Código Civil chileno, que a la postre serviría de base para la elaboración

del Código Civil colombiano, defendió en su momento el sistema de libertad absoluta, pero no lo consideró pertinente habida cuenta del estado en que se encontraban los pueblos sudamericanos, en cuyas repúblicas nacientes era difícil encontrar fácilmente respeto por las costumbres y las instituciones.

La legislación colombiana contempla en su Código Civil un título dentro del libro de las sucesiones y donaciones, referido exclusivamente a las asignaciones forzosas, definiéndolas como "*las que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas*". Entre ellas se consideran como tales los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, las legítimas, la cuarta de mejoras y la porción conyugal.

Este trabajo de tesis restringirá su estudio a la última asignación nombrada, la cual, como su nombre lo indica, propende por la protección del cónyuge "pobre" dentro de la institución familiar.

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ORIGEN DE LA PORCIÓN CONYUGAL

A lo largo de este capítulo haremos una breve reseña de aquellos antecedentes que en nuestro criterio resultan relevantes para lo que será el análisis de la figura en estudio, para finalmente con ellos tratar de determinar si la porción conyugal es o no una figura originaria del Código Civil chileno elaborado por Don Andrés Bello y adoptado en principio por la Unión, mediante la Ley 84 de 1873 y, posteriormente, en forma casi idéntica por la República de Colombia mediante la Ley 57 de 1887.

1.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PORCIÓN CONYUGAL

1.1.1 En el derecho romano. La Porción Conyugal remonta sus primeros antecedentes al derecho romano. Dentro de este

ordenamiento pueden distinguirse varias etapas a saber: Antigua, pretoriana y justiniana.

1.1.1.1 La época antigua. Este periodo, regido por la Ley de las XII Tablas se caracterizó primordialmente por la ausencia absoluta de disposiciones legales respecto del cónyuge supérstite al momento de la muerte. El cónyuge no era llamado bajo ningún supuesto a la sucesión del premuerto.

Quizás la institución de la manus¹, determinante de las potestades del marido sobre su mujer, permite hacer una distinción de relativa importancia: Si el matrimonio era contraído *cum manu*, la mujer salía de su familia civil y entraba a la del marido. Si éste a su vez era *sui juris*, su mujer se asimilaba a una hija dentro de la sucesión. Si por el contrario, el marido se encontraba sometido a la potestad de su *pater familias (alieni juris)*, el lugar ocupado por su esposa al momento de su muerte era el de una nieta².

¹ “La manus es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser *sine manu* sin perder nada de su esencia”. PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México: Editorial Nacional, 1971, p. 175.

² Ibid., p. 177.

1.1.1.2 El Derecho Pretoriano. Durante esta época, a falta de cognados, en quinto lugar y con preferencia al fisco, el pretor llamaba a la sucesión al cónyuge sobreviviente (no exclusivamente a la mujer), siempre que no estuviera divorciado, para ofrecerle como heredero irregular la *bonorum possessio* contemplada en el edicto *unde vir et uxor*³. Podemos afirmar entonces que la *bonorum possessio unde vir et uxor* fue una figura legal que permitió considerar al cónyuge sobreviviente como un heredero, pudiendo acceder por esta vía a la herencia de su consorte, pero en forma irregular como mero poseedor.

1.1.1.3 El Derecho de Justiniano. En principio, dentro de la Legislación Novísima, Justiniano contempló la posibilidad de que la mujer que se hubiere casado sin dote tuviere derecho a la cuarta parte de la herencia del marido y viceversa. El derecho era entonces recíproco⁴.

³ Ibid., p. 792.

⁴ EMILIANI HEILBRON, Joaquín. La Porción Conyugal. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1957, p. 20.

Conservando la *bonorum possessio unde vir et uxor* a favor del cónyuge sobreviviente, pero derogando el derecho que tenía el marido sobre la herencia de la mujer, se concedía a la viuda pobre y sin dote un derecho de sucesión sobre los bienes de su marido aún en presencia de otros herederos. Esta figura se denominó Cuarta del Cónyuge Pobre. El derecho otorgado a la mujer se limitaba cuantitativamente a cien libras de oro y cualitativamente distinguiendo tres situaciones:

. Si había hasta tres herederos concurrentes, tenía derecho a un cuarto de la sucesión del marido (sin exceder el límite cuantitativo).

. Si eran más de tres los herederos concurrentes, la herencia se dividía en partes iguales.

. Si los otros herederos que concurrían eran a su vez sus propios hijos, la cuarta a que tenía derecho no se adquiría en propiedad sino tan sólo en usufructo⁵.

Otro derecho del cónyuge (no sólo de la mujer) era el de la Cuarta Legítima a la que podía optar en caso de ser

⁵ PETIT, Eugene. Op. cit., p. 806.

desheredado sin justa causa y salir triunfante en la *querela testamenti inofficiosi*. Por esta vía podía llegar a recibir la cuarta parte de lo que le hubiere correspondido si la sucesión hubiere sido intestada⁶.

1.1.2 En el derecho español. El derecho español toma del ordenamiento romano la Cuarta del Cónyuge Pobre y la llama Cuarta Marital, tratándola tal y como fue concebida en la época de Justiniano. En efecto, la Ley de Partidas contemplaba a favor de la viuda pobre el derecho a la cuarta parte de los bienes del marido difunto sin exceder de más de cien libras de oro⁷. No obstante, sobre los bienes que se recibían no se adquiría el derecho de propiedad sino de simple usufructo, teniendo la viuda el deber de conservarlos para sus hijos. Sólo en el caso en que éstos no existieran se adquiría en propiedad pero bajo la condición de llevar una vida honesta.

⁶Ibid., p. 705.

⁷ “Páganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman e las honran en su vida, que non finguen desamparadas a su muerte, por esta razón tubieren por bien los sabios antiguos que si el marido non dejase a tal muger, en que pudiese bien e honestamente vivir, nin ella lo hoviese de lo suyo que pueda heredar fasta la cuarta parte de los bienes del, maguar haya fijos; pero esta cuarta parte non debe montar mas de cien libras oro, quanto quier sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta hoviese de lo suyocon que vivir honestamente non ha demanda ninguna de los bienes del finado, en razón de esta cuarta parte”. Ley 7,

1.1.3 En el derecho comparado moderno. Valencia Zea⁸ distingue tres sistemas modernos para el reconocimiento de derechos al cónyuge sobreviviente:

. "Legislaciones que conceden alimentos al cónyuge viudo, entre los cuales se encuentra México;

. "Legislaciones que reconocen al viudo o viuda una legítima en usufructo, como acaece en España e Italia;

. "Legislaciones que reconocen al viudo o viuda una legítima en propiedad; código alemán, suizo, venezolano y argentino".

Como se verá más adelante, el último de los sistemas citados es el adoptado por el Código Civil colombiano.

1.1.4 En el derecho latinoamericano. Partiendo de la legislación chilena, países como Colombia, Bolivia y Ecuador, han adoptado de manera idéntica en el punto de las

Título 3, Partida 6. VELASCO, Nebot. De las Asignaciones Forzosas. Premio Interuniversitario de Código Civil "Emilio Clemente Huerta". Ecuador: 1.943, p. 22.

⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Curso de Derecho Civil Colombiano. T. IX. Sucesiones y Donaciones. Bogotá: Editorial A B C, 1949, p. 272.

asignaciones forzosas la codificación elaborada por Don Andrés Bello a mediados del siglo XIX.

En legislaciones como la peruana consagraron durante el siglo XIX instituciones como la de la *cuarta conyugal* que se establecía a favor del cónyuge que careciere de lo necesario para vivir, o del viudo que además de carecer de medios de vida, fuere inválido o habitualmente enfermo, o mayor de sesenta años, siempre con un tope de ocho mil pesos.⁹

Ya durante el siglo XX esta reglamentación fue variada, consagrándose hoy dentro del Código Civil peruano en su artículo 705, lo siguiente: "*La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que el correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden del monto de la cuota y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores*".¹⁰

El Código Civil chileno, que en principio consagraba la figura en forma idéntica al colombiano, en la actualidad se

⁹ GAMBOA, Rafael Hernando. Tesis de Grado. Porción Conyugal. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1962, p. 16.

¹⁰ LANNATTA, Rómulo E. Derecho de Sucesiones del Código Civil Peruano de 1.936. Universidad mayor de San Marcos. Lima: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, XXV, p. 337, citada por GAMBOA, Op. cit., p. 17.

encuentra modificado mediante la Ley 10271 de 1952 y ya no liga el derecho de porción a la pobreza del cónyuge sobreviviente.

1.1.5 Evolución en el derecho colombiano. Desde su adopción idéntica del Código Civil chileno durante el siglo XIX, la figura no ha sufrido variación alguna en cuanto a su naturaleza. Incluso, ninguno de los artículos que la contemplan ha sido modificado de manera expresa por leyes posteriores.

No obstante, como consecuencia de la protección dada al derecho a la igualdad, la figura se ha visto desmejorada cuantitativamente hablando en cuanto a su determinación en el evento en que el cónyuge supérstite concurra con la descendencia del causante.

En un principio, el artículo 1236 del Código Civil sólo hacía concurrir al cónyuge con su prole legítima, otorgándole como porción conyugal la "*legítima rigurosa de un hijo legítimo*". Posteriormente, la Ley 45 de 1936 impidió que los hijos naturales fueran desplazados de la herencia por los legítimos

y les permitió a los primeros reclamar la mitad de lo que pudiera corresponder como cuota hereditaria a los segundos¹¹.

Con la expedición de la Ley 29 de 1982, la situación del cónyuge sobreviviente continúa desmejorando sustancialmente en el aspecto cuantitativo, pues con ella se igualaron los derechos tanto de los hijos extramatrimoniales como de los adoptivos¹².

La Constitución Política de 1991 corroboró el derecho al trato igual de los hijos al consagrar en el inciso 6 del artículo 42 que "*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*"¹³.

Además, la Constitución garantiza la protección de la institución familiar sin relacionarla con el matrimonio, ligándola simplemente a la decisión libre de conformarla, surgida entre un hombre y una mujer. Esto hasta el momento no ha traído consecuencias legales para la porción conyugal pues

¹¹ "Los hijos legítimos excluyen a los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de estos y sin perjuicio de la *porción conyugal*" (Negrilla fuera de texto). Ley 45 de 1.936, art. 18.

¹² "Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones." Ley 29 de 1.982, art. 1.

se ha entendido, como se verá más adelante, que la Constitución no equiparó la institución matrimonial con la de la unión libre.

Cualitativamente, la Ley 1 de 1976 clarificó que *"ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente ni a reclamar porción conyugal"*¹⁴.

Igualmente, con la expedición de esta ley se creó en Colombia la figura del divorcio vincular, con el cual, una sentencia de divorcio no sólo pone fin a los efectos civiles del matrimonio, sino que elimina el vínculo surgido entre las partes con ocasión del mismo. Este punto se analizará en detalle cuando abordemos el tema de los requisitos para acceder a porción conyugal.

Con lo anterior debe aclararse entonces que a nivel cualitativo y desde la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1976, tiene derecho a porción conyugal aun el cónyuge separado de cuerpos sin su culpa, pero no el divorciado, independientemente de la responsabilidad que le asista en el

¹³ Constitución Política de Colombia, art. 42.

¹⁴ Ley 1 de 1976, art. 12, par. modificadorio del artículo 162 del Código Civil.

decreto de divorcio, pues lo determinante ahora es la ausencia de vínculo que hace que ya no sea cónyuge.

1.2 ORIGEN DE LA FIGURA

Aunque no puede negarse la notable influencia y el origen primario de la figura en el derecho romano y la legislación española, se hacen evidentes ciertas diferencias que permiten a algunos tratadistas como Somarriva¹⁵ sostener que la Porción Conyugal constituye un aporte del autor del Código Civil chileno al derecho civil mundial.

A diferencia de la "Cuarta del Cónyuge Pobre" de los romanos y de la "Cuarta Marital" española, la Porción Conyugal es un derecho recíproco en cabeza del cónyuge supérstite, independientemente de que éste sea hombre o mujer, como lo fue en la época pretoriana del derecho romano; no encuentra el límite cuantitativo de cien libras de oro, siendo indeterminada pero plenamente determinable; el concepto de

¹⁵ SOMARRIVA UNDARRAGA, Manuel. Evolución del Código Civil Chileno. Bogotá: Editorial Temis, 1973, p. 266.

pobreza, fundamento del derecho de acceso al patrimonio del cónyuge después de su muerte, ya no se toma en sentido estricto y con neto carácter alimenticio, sino relativamente, lo que para algunos le añade un carácter compensatorio derivado de la existencia de mecanismos legales que garantizan el cumplimiento del deber de socorro que surge por el hecho del matrimonio, aun después de la muerte de uno de los cónyuges. Por último, los bienes que se asignan se adquieren en propiedad y no en usufructo.

2 DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL

Ahora procederemos a analizar la naturaleza jurídica de la porción conyugal, partiendo para ello de su definición legal, diferenciándola de otras figuras con las que se puede llegar a confundir, determinando si tiene o no una configuración propia y estableciendo finalmente aquello que se requiere para tener derecho a ella.

2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PORCIÓN CONYUGAL

2.1.1 Definición legal. La porción conyugal es una asignación forzosa que da derecho al cónyuge sobreviviente "pobre" para reclamar legítimamente en la sucesión del premuerto, sea ésta testada o intestada, una parte de los activos que conforman la masa sucesoral con los que se

pretende garantizar una subsistencia digna, teniendo como parámetro de determinación tanto su riqueza como la del causante.

Es la segunda de las asignaciones forzosas contempladas por el artículo 1226 del Código Civil. Está definida como tal en el artículo 1230, según el cual "*La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia*".

2.1.1.1 Análisis de la definición legal.

- **Es una parte del patrimonio del cónyuge muerto.** Cuando el artículo 1230 se refiere a "*aquella parte del patrimonio*", quiere decir que lo que el cónyuge recibe no es una suma fija predeterminada legalmente, sino simplemente una parte de los bienes del difunto a la que se establecen límites proporcionales. Dichos límites se encuentran contemplados en los artículos 1234 y 1236.

El artículo 1234 dispone: "*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*". De lo anterior se deduce que si al momento de la muerte, quien sobrevive tiene bienes de igual o mayor valor que los que le corresponderían a título de porción conyugal, no tiene derecho a ésta. En igual sentido, si no tiene nada o tiene bienes pero no de tanto valor, podrá acceder al derecho en forma total o parcial, según el caso.

A su vez, el artículo 1236 establece: "*La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta en todos los órdenes de la 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 rigurosa de un hijo"*".

Se contemplan en el 1236 dos situaciones a saber:

. Que el cónyuge opte por perseguir su porción conyugal concurriendo con herederos diferentes a los hijos, caso en el cual recibirá una cuota con un límite fijo establecido en una cuarta parte de los activos semibrutos del causante, cuya suma exacta dependerá del monto al que éste ascienda. Dicha

suma, conforme a lo dispuesto en el artículo 1016, debe tomarse como una baja general de la herencia. Es decir, como una deuda que debe tenerse en cuenta para establecer el acervo líquido del difunto.

Inferimos que la cuarta parte de los bienes a que hacemos referencia debe ser tomada del activo semibruto de la sucesión, interpretando el artículo 1236 en concordancia con el 1016, conforme al cual hechas las bajas generales, dentro de las que se incluye la porción conyugal *"en todos los ordenes de la sucesión, menos en el de los descendientes"*, lo que quede es tomado como el *"acervo líquido de que dispone el testador o la ley"*.

. Que opte por porción conyugal concurriendo con los hijos del causante, evento en el que sólo puede aspirar a recibir una cuota de los activos líquidos de aquel con un límite variable equivalente a la legítima rigorosa de un hijo. Al igual que en el primero de los eventos, la suma exacta estará atada a la cuantía del patrimonio del cónyuge que fallece.

Lo anterior sin detrimento de los acervos imaginarios que deban realizarse para calcular el monto de la porción, caso en el cual ésta no será pagada en estricto sentido en forma total por el activo líquido.

Aquí la porción que se recibe tiene un carácter propio de asignación y no de deuda como en el caso anterior. Es una asignación forzosa propiamente dicha, pues no se toma como deuda y, como se verá más en detalle, no se trata de una herencia en estricto sentido, ni de un legado.

Algún sector de la doctrina ha criticado esta parte de la definición, afirmando que es impropio sostener que la porción conyugal se deduzca del patrimonio del causante, pues en su criterio dicha porción se deduce sólo del activo de aquel y no de su conjunto compuesto por activos y pasivos, como es lo propio al hablar de patrimonio. Dicen corroborar lo anterior analizando el régimen de responsabilidad del cónyuge con respecto a lo que percibe como porción, pues éste sólo tiene, conforme al artículo 1238, la responsabilidad subsidiaria de los legatarios¹⁶.

¹⁶ ABELLO VIVES, Natalia y PATRON LOPEZ, Martha Ligia. La porción Conyugal. Tesis de Grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 17.

A este respecto, consideramos simplemente que la expresión "patrimonio" no debe ser entendida en un sentido estricto, toda vez que el 1230 se refiere a la porción tomada de una "parte" del patrimonio, dejando abierta la posibilidad de determinar a qué parte del patrimonio está haciendo referencia. Esta determinación la consideramos hecha en los artículos 1016, 1234 y 1236 del Código Civil, en lo pertinente.

- **De una persona difunta.** Sólo puede ser determinable al momento de la muerte de uno de los cónyuges. No antes ni después. Por eso, el artículo 1232 establece que *"El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente"*.

Al momento de la muerte de uno de los cónyuges se abre la sucesión y son deferidas las asignaciones por causa de muerte, dentro de las que se cuenta la porción conyugal. (Artículos 1012 y 1013 Inc. 2 del Código Civil). Los bienes que se hubieren tenido antes o que se llegaren a adquirir

siquiera un instante después, en nada influyen para determinar si existe o no el derecho a porción conyugal.

Concuerta con lo anterior lo establecido por el artículo 1233, según el cual *"El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza"*.

Fernando Vélez concluye lo siguiente sobre el particular:

*"La riqueza de un cónyuge en el momento en que fallece el otro, lo priva de la porción, aunque posteriormente caiga en pobreza. Al contrario, ésta en aquel momento, le da derecho a la porción aunque después adquiera una gran fortuna. Las palabras riqueza y pobreza en este caso son relativas a la cuantía de la porción"*¹⁷.

Sobre este punto podría llegar a sostenerse que hoy en día ya no es del todo válido. Es decir, que no se debe esperar hasta el momento de la muerte para poder llegar a reclamar porción conyugal. Lo anterior por cuanto desde la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1976 el vínculo matrimonial ya no sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, sino también por divorcio. Surge entonces el interrogante de si podría ser

¹⁷ VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Bogotá: Ediciones Lex Ltda., 1982, t. IV, p. 558.

aplicada esta figura de la porción conyugal al momento de decretarse el divorcio. Consideramos que no, pues es precisamente la existencia del vínculo conyugal la que al momento de la muerte le da sustento al derecho de porción. Tanto que si en ese momento ya no existe vínculo por haber existido un divorcio anterior, el derecho se pierde. Consideramos igualmente que así lo entendió el legislador del año 76 y por eso dentro del artículo 12 de la citada Ley 1 impidió en forma expresa al divorciado exigir porción conyugal dentro de la sucesión del causante.

Se une a esto el hecho de que la figura se encuentra netamente regulada dentro del Título Quinto del Libro Tercero del Código Civil, referido a la Sucesión por Causa de Muerte y no en el Libro Primero, Título Séptimo, que es el que trata el tema del divorcio.

- **Asignada por la ley.** Es una asignación legal y no exclusivamente testamentaria. Puede perseguirse tanto en sucesiones testadas, como intestadas.

Como el artículo 1226 establece que la porción conyugal es una de las asignaciones forzosas que está obligado a hacer el testador, hay quienes piensan que su aplicación se da únicamente dentro de las sucesiones en las que hay testamento. A este respecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia así:

*"Equivocado es deducir de esta circunstancia ese carácter restrictivo, que no se compadece de la definición que el art. 1.230 del C.C. da de la porción conyugal. La materia de la porción conyugal no corresponde, por lo demás, al título 4º del libro 3º, que versa sobre las asignaciones testamentarias, sino que hace parte del título 5º, de las asignaciones forzosas, cuyas disposiciones cobijan por igual las sucesiones testamentarias y las ab intestato"*¹⁸.

Confirma lo anterior lo dispuesto en el título 1º del mismo libro 3º, de la sucesión por causa de muerte, que en su artículo 1016 establece que:

*"En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto **o de la ley**, se deducirán de la masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: ... 5. **La porción conyugal a que hubiere lugar...**"* (Negrilla fuera de texto).

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 18 de 1.944. Bogotá: Gaceta Judicial No. 2010 a 2014, 1944, p. 471 a 474.

- **Al cónyuge sobreviviente.** No se distingue por razones de sexo, siendo un derecho recíproco en cabeza del cónyuge que sobreviva la muerte del otro.

Este es quizás el principal aporte del proyecto de código de don Andrés Bello, proyecto que fue presentado al Congreso de la Nación chilena de la siguiente forma:

*"Se ha mejorado notablemente la suerte del cónyuge sobreviviente. Al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación, se le asegura una no corta porción en el patrimonio del difunto, al modo que se hace en la Legislación que hoy rige, **pero igualando el viudo a la viuda**: lo que sí antes de ahora ha observado alguna vez, ha sido sólo en fuerza de una interpretación injustificable de la ley romana y española"¹⁹ (Negrilla fuera de texto).*

Nótese como la Ley se refiere al cónyuge, entendiéndose por tal a aquel que ha contraído matrimonio.

- **Que carezca de lo necesario para su congrua subsistencia.** Sólo es asignada al cónyuge cuyo patrimonio al momento de la muerte no sea suficiente para garantizarle una subsistencia digna.

¹⁹ VELASCO, Nebot. Op. cit., p 21.

Aunque el fundamento del derecho es que el cónyuge carezca al momento de la muerte de lo necesario para su congrua subsistencia, ello no implica que lo que pueda recibir como porción se limite a esa necesidad, pues como lo dijimos antes, no se trata de una cuota fija determinada legalmente. Esta porción es entonces una asignación de cuota variable condicionada a la pobreza relativa del cónyuge sobreviviente.

La expresión "*congrua subsistencia*" ha dado pie para que buena parte de la doctrina e incluso la jurisprudencia le endilguen a esta asignación forzosa un carácter alimenticio, lo cual como se verá adelante, consideramos incorrecto.

2.1.2 Diferencia con otras figuras.

2.1.2.1 Con los alimentos forzosos. Por el hecho de tratarse de una asignación forzosa cuyo fin inmediato es garantizar la congrua subsistencia del cónyuge supérstite, muchos han entendido que la Porción Conyugal no es otra cosa diferente de los Alimentos Forzosos.

Es así como Valencia Zea afirma categóricamente que "*Bello pretendió amalgamar el sistema de pensión de alimentos, con el de la atribución de una porción de bienes en propiedad ... En estricta verdad, el concepto de Bello sobre porción conyugal fue el de que debía tener un carácter de pensión alimenticia*"²⁰.

Consideramos que esto es un error al que se está llegando por una equivocada interpretación de las disposiciones legales que consagran una y otra figura, pues de entenderse de esta forma sería forzoso concluir que no existió evolución alguna de la figura de la porción conyugal desde su consagración primaria en el derecho romano y español, que el Código de Bello nada aportó y que se perdió el tiempo creando legalmente dos figuras jurídicas (la de los alimentos forzosos y la de porción conyugal) que consagran un mismo derecho o que en últimas, pretenden llegar al mismo fin, pero por vías distintas.

Precisamente, este es el fundamento de quienes sostienen esta teoría. Si el fin de las dos figuras es el mismo, es forzoso concluir que la porción conyugal es por naturaleza alimenticia.

²⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., p. 272.

Lo anterior sería acertado si la noción de pobreza a la que alude el 1230 cuando dice que la asignación es para el cónyuge sobreviviente "*que carezca de lo necesario*", hiciera referencia a un estado de pobreza absoluto. Pero como lo analizamos antes y lo veremos en detalle más adelante, se trata de un estado de pobreza relativo.

Esto se deduce del texto del artículo 1234, que en su primer inciso afirma 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*".

La relatividad del concepto de pobreza esbozado por el Código Civil en su artículo 1230, analizado en concordancia con el inciso primero del 1234, hace referencia al estado del patrimonio del cónyuge sobreviviente, comparado con el de su difunto esposo o esposa al momento exacto de la muerte de este último, lo que permite claramente encontrar supuestos bajo los cuales personas inmensamente pudientes, o por lo menos que no sean pobres y por ende no requieran de alimentos, puedan acceder a porción conyugal cuando el caudal del patrimonio de quien fallece así lo permita.

Basados en lo anterior y con el objeto de dejar en claro la independencia entre los alimentos forzosos y la porción conyugal, consideramos pertinente exaltar las diferencias que existen entre una y otra figura. Para esto, acudiremos a un análisis ya hecho en su momento por el tratadista Luis Claro Solar en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*²¹, el cual nos permitimos transcribir a continuación en sus apartes más relevantes, sacrificando brevedad en aras de una mayor claridad:

" 1. El cónyuge sobreviviente que ha dado ocasión al divorcio por su culpa no tiene derecho a porción conyugal y del mismo modo, el cónyuge que se ha hecho indigno de heredar carece de este derecho; pero uno y otro conservan su derecho a alimentos, salvo en los casos de injuria atroz.

(...)

" 2. La porción conyugal, cuando hay lugar a ella se debe por el ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente desde el momento de la muerte del otro cónyuge; mientras que los alimentos sólo se deben desde la primera demanda.

(...)

" 3. El cónyuge sobreviviente sólo tiene derecho a porción conyugal cuando los requisitos que dan lugar a ella se realizan al momento de fallecer el otro cónyuge; mientras que el derecho a alimentos lo tiene viviendo el alimentante, todo aquel que carece de recursos para sustentar la vida o para vivir modestamente conforme a su posición social. Decimos "viviendo el alimentante", porque si en vida de éste tuviere el cónyuge

²¹ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Volumen VII, De la Sucesión, Tomo XV. Santiago, 1979, Editorial Jurídica de Chile, p. 289 a 295.

sobreviviente lo necesario y no pudiera por lo mismo demandar alimentos, aunque después del fallecimiento del otro cónyuge cayera en indigencia, no tendría derecho a demandar alimentos a los herederos del cónyuge muerto, porque éste no habría debido por ley alimentos a su cónyuge que contaba con medios suficientes de existencia mientras él vivía y porque aun suponiendo que la obligación de alimentos existiera no se habría transmitido tal obligación a sus herederos que no están obligados personalmente a tales alimentos; por ser, por ejemplo, hijos del cónyuge fallecido tenidos en un matrimonio anterior, desde que no existe la prestación obligatoria de alimentos entre afines, aun en línea recta.

" 4. El derecho a porción conyugal que existió en el momento de fallecer el de cujus, no caduca, ni se disminuye la cuantía de la porción, por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente; mientras que los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario siempre que continúen las circunstancias que legitimaron la demanda.

" Al contrario, si el cónyuge sobreviviente no tuvo derecho a porción conyugal en el momento de fallecer el otro cónyuge, no lo adquiera (sic) después por el hecho de caer en pobreza.

" La porción conyugal, total o complementaria que sea, es y queda invariable; mientras que los alimentos son esencialmente variables; y se pueden modificar según varíen las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas, o varíen las facultades del acreedor y sus circunstancias domésticas también.

" 5. La porción conyugal es, por eso, una cuantía fija de bienes que solamente la ley designa y equivale a la cuarta parte de los bienes que deja el cónyuge difunto en todos los ordenes de la sucesión menos en el de los descendientes legítimos y que en este último es la legítima rigurosa de un hijo; mientras que la pensión alimenticia es determinada por el juez, según sean congruos o necesarios los alimentos debidos al alimentario.

(...)

" 6. La porción conyugal es más cuantiosa que los alimentos congruos, pues mientras que estos alimentos son solamente una mesada proporcionada a lo que el cónyuge sobreviviente necesita para vivir modestamente de un modo correspondiente a su posición social y que únicamente se deben al cónyuge sobreviviente en la parte en que sus medios de subsistencia no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, la porción conyugal que se fija en una cuota de los bienes o de la mitad legitimaria, puede ser de cuantía considerable y muy superior a lo necesario para que el cónyuge que tiene derecho a ella viva modestamente de un modo correspondiente a su posición social, desde que puede exceder de millones de pesos según las fuerzas del patrimonio de que es deducida; no teniendo bajo este punto de vista límite alguno con respecto a nuestro Código.

(...)

" 7. El cónyuge sobreviviente tiene la propiedad plena, absoluta y exclusiva de lo que se le asigna como porción conyugal en la sucesión del cónyuge fallecido; de manera que puede disponer libremente de los bienes que a este título se le adjudiquen, por acto entre vivos o transmitidos por causa de muerte, lo mismo que sus demás bienes y puede renunciar a la porción conyugal; mientras tanto el derecho a pedir alimentos no puede cederse ni renunciarse, ni transmitirse por causa de muerte; y lo que se da por alimentos es sólo una renta o pensión, aunque se separe un determinado capital o bienes para su pago; dichos bienes pertenecen a los herederos y pasan a ellos una vez, terminado por cualquier causa el pago de los alimentos.

" Estas principales diferencias entre los alimentos y la porción conyugal, que miran directamente a la esencia de estas instituciones jurídicas, manifiestan sobradamente, como lo tenemos manifestado, que la porción conyugal no puede calificarse de asignación alimenticia según lo expresan Fabres, Aguirre, Vargas, Barros Errázuriz y en general todos los que han tratado de la porción conyugal..."

Sobre este mismo punto, diferenciando la porción conyugal de los alimentos forzosos, hizo claridad la Corte Suprema de justicia, cuando en sentencia de casación del año 1890, resolvió lo siguiente:

"El heredero del cónyuge sobreviviente, tiene acción para reclamar la porción conyugal o los derechos que conforme a la ley tenga dicho cónyuge sobre la sucesión del otro. El alimentario no tiene derecho, a los alimentos sino durante su vida, continuando las circunstancias que lo legitimaron; no puede transmitirlos por causa de muerte, cederlos, no venderlos de modo alguno, ni renunciarlos".²²

Este criterio claramente diferenciador esbozado por la Corte y por parte de la doctrina del momento, cambió como lo veremos más adelante sin justificación aparente, asimilando la porción conyugal a los alimentos forzosos, sirviendo de base para que gran parte de la doctrina adopte esta posición como punto de partida de su análisis, lo que hace necesariamente llegar a conclusiones erradas en la interpretación del conjunto normativo que regula la porción conyugal dentro del Código Civil.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 1890. Bogotá: Gaceta Judicial No. 255, 1891, p. 372 y 373.

2.1.2.2 Con una Indemnización de perjuicios. Para quienes sostienen esta posición es claro que, en efecto, la porción conyugal tiene un carácter alimenticio en los términos ya explicados, derivado de la pobreza del cónyuge y de su derecho a una congrua subsistencia.

Así, autores como Roberto Suárez Franco, sostienen categóricamente que:

"La porción Conyugal es una prestación sui generis, de carácter alimenticio e indemnizatorio, establecida por la ley a 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. 5 y 1230)"²³.

Sobre este mismo punto, Carrizosa Pardo afirma:

*"La porción tiene **carácter alimenticio, y carácter de indemnización**. Lo primero porque es para el pobre y para su congrua subsistencia, pero también lo segundo, porque la pobreza del cónyuge no se considera objetivamente, sino puesta en función de la fortuna de su consorte premuerto. Esta indemnización le es debida al pobre en razón de que ha llevado el aporte de su vida que se ha gastado en el matrimonio, y el valor de este aporte, grandísimo valor, lo pierde irreparablemente al morir su consorte, si no se le indemniza... Esta idea, tan humana y jurídica, irradia luz sobre los textos y explica expresiones de la ley que se han diputado incongruentes. La definición legal exige que la porción sea para el cónyuge que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, es decir, que sea para el pobre (art. 1230); no obstante, el cónyuge rico, que tiene bienes*

²³ SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 293.

*que le bastan y sobran para su congrua sustentación, pero de menor valor que su porción, tiene siempre derecho al complemento (art. 1234), o a la misma porción íntegra si abandona sus bienes (art. 1235)... **Por esto es palmario que la ley no busca tanto proveer la sustentación del vivo, como establecer un equilibrio, una proporción, entre su fortuna y la del muerto**"²⁴ (Negrilla fuera de texto).*

Considerando las críticas ya expuestas en torno a la porción conyugal como asignación alimentaria, creemos que desvirtuado esto sobra el considerar si se trata de una indemnización. No obstante, sobre este punto creemos igualmente desacertada la apreciación, pues observamos que para hablar de indemnización es indispensable hablar de culpa, de daño, y de nexo causal entre culpa y daño.

Si la porción conyugal fuera una indemnización, debería entenderse como aquello que recibe el cónyuge para entender indemnes los perjuicios causados dentro de la vida marital por incumplimiento del contrato de matrimonio, lo cual nos parece exagerado y sin fundamento legal.

Curiosamente y como lo comentábamos antes, autores como el citado doctor Suárez Franco fundamentan jurisprudencialmente su tesis mediante el análisis de una Sentencia de Casación proferida por la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de

²⁴ CARRIZOSA PARDO, Hernando, Sucesiones y Donaciones. Bogotá, Ediciones Lerner, 1966, p. 390.

1950, en la que cambia su postura inicial diferenciadora, mencionando expresamente el carácter alimenticio e indemnizatorio de la porción conyugal.

No obstante, si se observa el texto de la providencia citada, lo que hace el alto tribunal es analizar el origen de la institución en el contrato de matrimonio, diferenciándola de otras figuras como la herencia y aclarando que tiene cabida tanto en sucesión testada como intestada, sin centrarse en un análisis comparativo con la institución alimentaria. En efecto, la Corte afirma textualmente lo siguiente²⁵:

"La institución jurídica de la porción conyugal concebida por don 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 marital de los cónyuges no sólo durante la vida de estos sino cuando por la muerte de alguno 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 disfrutado. El legislador previendo este evento y considerando los principios 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

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de julio de 1950. Bogotá: Gaceta Judicial No. 2083 a 2084, 1956, p. 440 a 448.

asegurar adecuadamente en lo posible la subsistencia y bienestar de aquel".

Como se observa, se entiende la naturaleza jurídica de la institución como un efecto legal propio de la ejecución de un contrato, pero nunca de su incumplimiento. Esto se analizará en detalle más adelante. El carácter alimenticio e indemnizatorio es apenas nombrado, pero en ningún momento sustentado.

Independientemente de nuestro criterio, debemos aclarar que el carácter alimenticio e indemnizatorio es el más acogido por la jurisprudencia, pese a sus mismos antecedentes. Por esto es común encontrar sentencias como la proferida por la Corte suprema de Justicia en el año de 1954 en la que se dijo:

*"La porción conyugal es una **prestación sui generis de carácter alimentario e indemnizatorio** establecido por la ley a favor del viudo o la viuda que carece de lo necesario para atender su congrua subsistencia y que grava la sucesión del cónyuge premuerto"²⁶ (Negrilla fuera de texto).*

Después de haber analizado el texto de este tipo de providencias de la Corte, así como las interpretaciones de

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de octubre de 1954. Bogotá: Gaceta Judicial No. 2147, 1954, p. 890 a 910. En igual sentido Sentencia de Casación Civil de 21 de marzo de 1.969, Gaceta Judicial No. 2306 a 2308, 1969, p. 119 a 133.

quienes como Carrizosa han defendido una naturaleza alimenticia de la figura, es difícil encontrar un estudio paralelo de semejanzas entre las dos instituciones en el que se exponga un criterio contundente para igualarlas que tenga el alcance de desvirtuar la clara exposición del profesor Luis Claro Solar, transcrito atrás.

2.1.2.3 Con la herencia y el legado. La porción conyugal es una asignación que no se puede enmarcar dentro de aquellas que se reciben a título universal, pero tampoco en aquellas que se reciben a título singular. Por lo mismo es claro que no se puede asimilar ni a herencia propiamente tal, ni a legado.

Como se mencionó antes, la porción conyugal es una cuota indeterminada, pero determinable, que se toma del patrimonio del causante y que varía según el orden hereditario en el que participe el cónyuge que sobrevive en la sucesión de su consorte. Así, dentro del primer orden sucesoral, equivale a la legítima rigurosa de un hijo, tomada del activo líquido, en tanto que en los demás, equivale a la cuarta parte del activo semibruto del patrimonio del difunto.

Es de esto último de donde se desprende la consecuencia de que el cónyuge, por concepto de su porción, no participe de las deudas de la sucesión y que sólo tenga que hacerlo en los mismos eventos en que tienen que llegar a hacerlo los legatarios.

Es así como lo entiende el mismo Código Civil, cuando en su artículo 1238 señala que el título de porción conyugal conlleva la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.

Como lo sostiene Pedro Lafont Pianetta en su obra de Derecho de Sucesiones, la porción conyugal *"Por el carácter de cuota sobre la unidad herencial se asimila a la herencia, pero se diferencia del legado; y por recaer únicamente sobre activos o provechos líquidos, se asimila al legado pero se distingue de la herencia"*²⁷, pero al no enmarcar perfectamente en ninguna de las dos, debe deducirse que es una figura con naturaleza jurídica propia.

Consideramos que la afirmación hecha por Lafont Pianetta en el sentido de que la porción conyugal únicamente recae sobre activos o provechos líquidos, debe ser entendida bajo el supuesto de que el cónyuge nunca recibe dentro de su porción

una asignación correspondiente a un pasivo. No en el sentido de que provenga para su pago del llamado activo semibruto o del líquido. Siempre revestirá la forma de activo y nunca de pasivo.

Concuera con lo que se ha dicho, lo dispuesto por el artículo 1237 del Código Civil cuando distingue como instituciones independientes la donación, la herencia, el legado y la porción conyugal. En efecto, la norma citada dispone al referirse a las imputaciones de lo que exceda el valor de la porción conyugal que *"Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes que el difunto pudo disponer a su arbitrio"*. De igual forma, el artículo 1238 del mismo Código Civil dispone coherentemente que cuando el cónyuge reciba algo a título de herencia dentro de la sucesión del difunto, responderá por ella como lo hacen quienes reciben asignaciones a título universal. Esto es, respondiendo por el pasivo si fuere del caso hacerlo.

²⁷ LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Sucesiones. Parte General y Sucesión Intestada, Cuarta Edición.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA PROPIA DE LA INSTITUCIÓN

Analizada como se encuentra la definición de la figura y diferenciada de otras con las que consideramos como impropio relacionarla, es oportuno sintetizar nuestra postura, de la que se infiere una naturaleza jurídica propia de la institución de la porción conyugal.

Consideramos que la porción conyugal es una institución de origen legal, consagrada con el objeto de fortalecer la institución matrimonial en el sentido de brindar una protección adicional al cónyuge que sobrevive a su consorte.

Esto implica el entender la figura como un efecto del contrato matrimonial, celebrado en los términos del artículo 113 del Código Civil, según el cual, el cónyuge que sobrevive al matrimonio tiene derecho a obtener un porcentaje de bienes tomados del activo de la masa sucesoral, que le garanticen, si los suyos propios no lo hacen, una posición social equivalente a la que se tuvo durante la vida marital.

Según el caso particular de cada sucesión, el porcentaje de bienes a que se tiene derecho se tomará en todos los ordenes hereditarios como baja general de la herencia constituyendo un pasivo sucesoral equivalente a la cuarta parte del activo, a menos de que existan descendientes, caso en el cual se tomará al cónyuge como asignatario asimilado a los demás e igualado en lo que les corresponde como legítima rigurosa.

Este punto se analizará en detalle más adelante cuando entremos a determinar el monto de la porción conyugal en el capítulo siguiente.

El derecho a porción conyugal se justifica en la medida en que al momento de celebrarse el contrato matrimonial se adquiere el deber legal de auxilio mutuo, según el cual los cónyuges se deben proporcionar lo suficiente para mantener un nivel adecuado de vida que sea coherente con su capacidad económica.

En nuestro criterio, esa justificación se ve reflejada legalmente en la necesidad de garantizar el derecho al socorro adquirido por los cónyuges al momento del matrimonio. Este derecho va unido al nivel de vida que ostenten los cónyuges durante la vigencia de su matrimonio y por ello

dicho nivel debe mantenerse aún después del fallecimiento de uno de ellos, en cuanto sea posible.

Aunque, como lo dijimos, no se trata un derecho de herencia propiamente tal por participar sólo de los activos de la masa sucesoral, el hecho de que nos encontremos en frente de una asignación forzosa ubicada dentro del libro de las sucesiones, nos hace pensar necesariamente en que se trata de un derecho hereditario sui generis. Una verdadera garantía hereditaria de carácter especial otorgada a quien tenga un vínculo conyugal al momento de la muerte de su consorte, garantía a la cual puede acceder siempre y cuando sea capaz, digno y pobre como lo analizaremos a continuación.

2.3 REQUISITOS PARA TENER DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL

Visto lo anterior, es necesario precisar ahora cuáles son los presupuestos para acceder a porción conyugal y el momento en que dichos presupuestos deben analizarse para dar cabida al nacimiento del derecho.

2.3.1 Muerte de uno de los cónyuges y supervivencia del otro.

2.3.1.1 Muerte de uno de los cónyuges. El primero de los requisitos es que haya un fallecimiento de uno de los cónyuges, con el que se dé inicio al proceso de transmisión de su patrimonio a sus herederos y sucesores y que dentro de esos sucesores se encuentre un cónyuge que lo sobreviva siquiera un instante.

El momento de la muerte de una persona es aquel en el cual se determina la cesación o terminación de su vida, bien sea por la ocurrencia cierta del hecho físico de la muerte o por la presunción del acaecimiento de dicho hecho.

En este punto vale la pena hacer referencia a la presunción de conmorienencia contemplada en el artículo 95 del Código Civil, según la cual:

"Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en el de un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en el que han ocurrido los fallecimientos, se procederá en todos los casos como si

dichas personas hubieran perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".

De darse este evento, debe entenderse que si bien hay un cónyuge muerto, no existe otro que lo sobreviva por presumirse que ambos murieron al mismo tiempo, lo que implicará la transmisión directa del patrimonio de cada uno de ellos a sus líneas de sangre, lo que impide reclamar cualquier derecho sobre porción conyugal.

2.3.1.2 Supervivencia del otro "cónyuge". Tiene la calidad de cónyuge el hombre o la mujer que, conforme a lo establecido por el artículo 113 del Código Civil, se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, mediante la celebración de un contrato de matrimonio.

Como consecuencia de lo anterior, se es cónyuge mientras permanezca el vínculo generado con ocasión de la celebración de ese contrato de matrimonio. Luego, si al momento de la muerte de uno de los cónyuges su vínculo matrimonial con el otro se encuentra vigente, ese otro se entiende como cónyuge sobreviviente.

El vínculo matrimonial se disuelve bien sea por su declaratoria de nulidad (artículo 1820 numeral 4 del Código Civil), o porque entre sus contrayentes se produzca un divorcio (artículo 3, Ley 1 de 1976). No se disuelve por la simple separación de bienes o de cuerpos.

2.3.2 Ausencia de culpa del cónyuge divorciado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1976, o del cónyuge separado de cuerpos, también con ausencia de culpa.

2.3.2.1 El cónyuge divorciado sin su culpa. Si bien el artículo 1231 del Código Civil establece que "*Tendrá derecho a porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por su culpa haya dado ocasión al divorcio.*", debemos entender el sentido literal de la norma hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1976, que en su artículo 3 dispuso expresamente derogar el artículo 153 del Código Civil que disponía la no disolución del vínculo matrimonial por el decreto de divorcio. Hasta ese momento el único efecto

práctico de dicho decreto consistía en suspender la vida en común de los casados.

Hoy en día es claro que, ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio de los cónyuges, queda disuelto el vínculo civil surgido con ocasión del matrimonio. Así lo estableció el artículo 10 de la Ley 1 de 1976, modificado posteriormente por el artículo 11 de la Ley 25 de 1992.

No obstante, en nuestro criterio es posible que un cónyuge divorciado sin su culpa, acceda a porción conyugal. Lo anterior es viable siempre que la sentencia declaratoria de divorcio haya sido proferida con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1 de 1976. Esto siempre y cuando, como lo exige la norma, el cónyuge sobreviviente no haya tenido culpa en el acaecimiento del divorcio. Bajo este supuesto, se puede acceder a porción conyugal pues existe un vínculo pese al decreto de divorcio. El divorcio hasta ese entonces no era vincular.

La culpa a que se refiere la norma citada es una culpa calificada por cuanto se encuentra restringida a algunas de las causales de divorcio contempladas dentro del artículo 154

del Código Civil, modificado por el artículo 4 de la Ley 1 de 1976 y el artículo 6 de la Ley 25 de 1992.

La culpabilidad a que se hace referencia debe establecerse de manera clara dentro de una sentencia judicial que indique a ciencia cierta quien fue el cónyuge culpable.

2.3.2.2 El cónyuge separado de cuerpos sin su culpa (antes y después de la entrada en vigencia de la ley 1 de 1976).

Habida consideración de que, conforme al artículo 15 de la Ley 1 de 1976, la separación de cuerpos procede en los mismos supuestos contemplados para el divorcio dentro del artículo 154 del Código Civil y, teniendo en cuenta que conforme lo dispone el artículo 17 de la citada ley "*La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados.*", debemos entender que el cónyuge separado de cuerpos sin que este hecho acaezca por su culpa, tiene derecho a reclamar porción conyugal dentro de la sucesión del cónyuge muerto.

Lo anterior se concluye además por la misma redacción del ya citado artículo 1231 del Código Civil, que dispone la porción

conyugal como un derecho al que incluso puede acceder el cónyuge divorciado sin su culpa. Por esto, la doctrina entiende hoy el 1231 como referido a la simple separación de cuerpos, que antes como ahora no disolvía el vínculo marital y daba cabida a la existencia del derecho de porción conyugal. Como se mencionó al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución de la porción conyugal, ésta es una figura que se sustenta en la existencia de un vínculo matrimonial al momento del fallecimiento; vínculo que permanece aún mediando separación de cuerpos.

De lo anterior, resulta claro que después de la entrada en vigencia de la ley 1 de 1976, ninguna persona que sea divorciada podrá reclamar porción conyugal de la sucesión de aquel que alguna vez fue considerado como su cónyuge, ya que con ocasión de la sentencia por la que se decretó el divorcio, el vínculo que los unía como tales, desapareció.

Por eso el artículo 162 del Código Civil, modificado por el artículo 12 de la mencionada Ley 1 de 1976, impide al divorciado invocar la calidad de cónyuge para exigir cualquier derecho que por esa virtud pudiera corresponderle en la sucesión del causante, refiriéndose específicamente a la imposibilidad de reclamar porción conyugal así:

*"PAR- Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro, **ni a reclamar porción conyugal**" (Negrilla fuera de texto).*

2.3.2.3 El cónyuge separado de bienes. El cónyuge separado de bienes tiene derecho a porción conyugal independientemente de la culpa que haya podido tener para el acaecimiento de dicha separación. Esto es claro si consideramos que el vínculo matrimonial permanece. Además no existe norma legal que restrinja expresa o tácitamente las aspiraciones del cónyuge separado de bienes en la sucesión de su consorte muerto.

Por lo anterior, no es correcto equiparar al cónyuge separado de cuerpos con el separado de bienes. Quienes lo hacen, parten del hecho de entender el artículo 1231 del Código Civil como referido a la simple separación de cuerpos, lo cual es correcto, pero extendiendo el supuesto normativo al cónyuge separado de bienes, lo que consideramos un error de interpretación, toda vez que se está aplicando analógicamente una norma de carácter restrictivo.

En efecto, el citado artículo 1231 contempla una verdadera restricción al cónyuge separado de cuerpos que no puede hacerse extensiva al separado de bienes por el simple hecho de que tanto la una como la otra compartan causales legales para su acaecimiento.

Cosa distinta es que el cónyuge haya dado ocasión a la separación de bienes bajo una causal que implique su indignidad, caso en el cual no podrá aspirar a porción conyugal ni a ningún otro derecho en la sucesión del causante, pero no por ser separado de bienes con su culpa, sino porque dicha culpa acarrea indignidad.

2.3.3 Pobreza relativa. Conforme a la definición legal dada por el artículo 1230 del Código Civil a la porción conyugal, ésta se asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

En lo que respecta a la congrua subsistencia, nos remitimos a lo ya dicho anteriormente en este mismo capítulo dentro del análisis de la definición y su diferencia con los alimentos.

A efectos de analizar la pobreza y entendiendo que la misma no se equipara a la falta de recursos económicos como presupuesto para acceder a una pensión alimentaria, consideramos que ésta es relativa al valor de los bienes que conforman el activo sucesoral, debiéndose interpretar el artículo 1230 junto con el 1234 y el 1236 del mismo Código Civil.

En este orden de ideas, en todos los ordenes sucesorales es considerado pobre para efectos de porción, el cónyuge que a la muerte de su consorte tenga en su haber menos de la cuarta parte de los bienes que componen la masa sucesoral. A contrario sensu será rico el que los posea en exceso.

Existiendo descendientes, será pobre el cónyuge que posea menos de lo que le corresponde por legítima rigorosa a cada uno de esos descendientes, entendiéndose él como uno más de ellos. Igualmente, será rico si sus bienes exceden la legítima rigorosa.

Como se observa, es posible que en términos reales una persona en estricto sentido rica, pueda acceder a porción conyugal, integra (previo abandono de bienes en favor de la

sucesión) o complementaria según cada caso particular, así como que una inmensamente pobre no tenga derecho a nada.

En este punto se contempla la posibilidad de que una persona en estricto sentido rica, acceda a porción conyugal íntegra, ya que dentro de sus facultades se encuentra la del derecho de abandono, cuyas implicaciones particulares se explican en el capítulo correspondiente.

De igual modo, se contempla la posibilidad de que una persona "inmensamente pobre" no tenga derecho a nada (en cuanto a porción), pues, como se dijo en su momento, ésta depende no sólo de sus condiciones particulares, sino de las del patrimonio del causante, que si resulta ínfimo podrá hacer a su cónyuge sobreviviente relativamente rico, pese a su estado real de pobreza.

La pobreza exigida por la ley para acceder a porción conyugal es una pobreza relativa a la riqueza de quien fallece y determinable conforme al orden sucesoral en el que a ella se acceda.

2.3.4 Capacidad sucesoral. A diferencia de la capacidad para obligarse, la capacidad sucesoral se presume por ley en cabeza de toda persona, salvo que excepcionalmente se produzca una declaración de incapacidad.

Mientras el artículo 1504 del Código Civil enumera en forma taxativa las incapacidades generales, particulares y especiales para obligarse con la potencialidad de producir efectos jurídicos, el artículo 1018 del mismo ordenamiento contempla los supuestos de capacidad y dignidad sucesoral.

En lo que hace referencia a la capacidad sucesoral, ésta se encuentra referida no a la capacidad para contraer obligaciones, sino para continuar el patrimonio de una persona que fallece.

Para determinarla la ley acude a una regla general según la cual es capaz de suceder todo aquel que no sea incapaz según la ley.

Según lo dispuesto en el artículo 1019, "*Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión...*".

Para efectos de determinar los requisitos para acceder a porción conyugal, baste aclarar que tan sólo se requiere la existencia natural del cónyuge sobreviviente al momento de la muerte.

2.3.5 Dignidad. Como lo explicamos en el punto inmediatamente anterior, el artículo 1018 del Código Civil contempla en forma simultánea, pero independiente, el fenómeno de la capacidad y la dignidad sucesoral. Por esto, es posible que existan personas capaces de suceder, pero indignas. Esto se aplica naturalmente al cónyuge supérstite, no sólo para efectos de su porción sino para acceder a cualquier derecho dentro de la sucesión.

La indignidad sucesoral es una sanción civil, impuesta al asignatario (forzoso o voluntario) culpable de haber inferido un agravio grave al de cujus. Ese mismo carácter de sanción implica que la causal en que se funda la indignidad se encuentre como tal expresamente consagrada en la legislación.

Si por alguna razón, el cónyuge sobreviviente casado o separado de cuerpos sin su culpa o separado de bienes, pobre,

ha incurrido en alguna causal de indignidad contemplada en el Código Civil mediante sentencia que así lo declare, no podrá acceder a su porción.

Vale la pena insistir en que si bien la porción conyugal no es como tal un derecho de herencia, toda vez que no transmite un patrimonio con activos y pasivos, sí es un derecho hereditario, lo que hace que quien aspire a obtenerlo deba reunir necesariamente los requisitos generales de capacidad, dignidad, delación y aceptación.

En lo que hace referencia a la dignidad, ha entendido lógicamente la Corte suprema de Justicia, que se requiere de dos sentencias:

"... la que en lo criminal invista, por decirlo así, de la calidad de atentado grave a ciertos hechos de tal entidad o categoría, y la que, ya con ese fundamento, en el juicio civil correspondiente, declare al autor de ese atentado indigno de suceder...En algo tan trascendental, a la vez excepcional, como es la sanción, el juzgador no puede ir más allá que el legislador, como iría si prescindiera de las exigencias que éste hace para que se pueda llegar a ese resultado. La ley no acepta como base el mero concepto o apreciación directa que en los aludidos hechos o conducta hagan los interesados o el mismo Juez Civil, sino que precisamente requiere para la declaración de indignidad, que es lo del resorte de éste, la prueba del atentado en sentencia ejecutoriada, en forma que sin el lleno previo de este requisito, no obrando en el proceso civil sobre indignidad, ese

preciso comprobante, ella no se puede declarar porque, legalmente hablando, la causal no se ha producido".²⁸

Todos los requisitos mencionados atrás deberán ser analizados al momento exacto de la muerte del causante. Sobre este punto, encontramos que el Código Civil es claro cuando en su artículo 1232 dispone:

"El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge y no caducará en todo o en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente". En idéntico sentido, dispone el artículo 1233 "El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza".

El derecho a porción conyugal surge entonces al momento de la muerte, lo que hace improcedente alegar la pobreza futura.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de mayo de 1946. Gaceta Judicial No. 2032 a 2033, 1946 p. 460.

3 CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL, IMPUTACIONES, DEDUCCIONES Y MONTO

Habiendo analizado la porción conyugal desde el punto de vista de su definición, teniendo clara su naturaleza jurídica y conociendo los requisitos necesarios para acceder a ella, pretendemos ahora mostrar las posibilidades que tiene el cónyuge sobreviviente al reclamarla, los bienes que a ella pueden imputarse, los que deben deducirse y, finalmente, su monto en los diferentes ordenes de la sucesión.

3.1 CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL

3.1.1 Porción conyugal íntegra. Se tendrá derecho a la integridad de la porción conyugal, esto es, a la cuarta parte del activo de la sucesión en todos los ordenes sucesorales o a la totalidad de la legítima rigurosa de un hijo en el caso

de que existan descendientes, sólo en el evento en el que el cónyuge sobreviviente carezca en absoluto de bienes.

Lo anterior se desprende de la lectura del inciso primero del artículo 1234 del Código Civil, según el cual "*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*".

Entonces, si el cónyuge no tiene ningún bien, tendrá derecho a la integridad de lo que le corresponde a título de porción conyugal en los siguientes eventos:

3.1.1.1 Cuando en efecto, no se tiene en absoluto bienes propios o derechos dentro de la sucesión. Debe aclararse que para determinar la existencia o no de bienes en cabeza del cónyuge sobreviviente es menester incluir no sólo lo que se encuentra dentro de su patrimonio al momento de darse el fallecimiento de su consorte. También deberá contarse aquello que, sin haber entrado a su haber, le corresponda dentro de la sucesión a cualquier otro título. Así lo establece expresamente el artículo 1234 en su parte final cuando dice

que *"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, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare"*.

3.1.1.2 Cuando teniendo dichos bienes o derechos, éstos se abandonan en favor de la sucesión. Teniendo el cónyuge bienes o derechos, incluso superiores a lo que equivaldría su porción conyugal, podrá a su arbitrio renunciarlos y de esa forma hacerse pobre en los términos del artículo 1231, optando así por su porción conyugal plena. Para esto, el artículo 1235 del Código Civil permite al cónyuge sobreviviente *"retener lo que posea o se le deba, renunciando a porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos"*.

Valencia Zea justifica esta actitud, considerando:

"Puede suceder que se presenten dificultades en el avalúo de los bienes del viudo o viuda, que alguno de sus bienes esté en litigio, que otros sean improductivos, de difícil adquisición, o que por alguna otra causa observe el viudo o la viuda que le sería más ventajoso no haber tenido bien alguno para tener derecho

*a la legítima rigurosa o a la cuarta parte de los bienes del haber herencial".*²⁹

A este respecto debe tenerse en cuenta que lo que mueva al cónyuge no podrá ser el no poder avaluar los bienes, pues para abandonarlos tendrá que hacerlo a órdenes de la sucesión, para lo cual necesariamente deberá darles un valor económico. Como se verá más adelante, para perfeccionar dicho abandono, dentro de la diligencia de inventarios y avalúos deberá pedir que se incluyan los bienes que abandona dentro del activo correspondiente.

Sobre este punto, lo lógico sería concluir que por ejemplo pueden existir bienes que, pese a tener un inmenso valor económico, pueden no estar pasando un buen momento para su comercialización y estar sobrevaluados o pueden ser de difícil sostenimiento o ser simplemente innecesarios, lo que constituye un verdadero móvil para abandonarlos.

En un criterio que respetamos, pero no compartimos, parte de la doctrina ha considerado que la facultad de abandono consagrada por el artículo 1235 a favor del cónyuge sólo se tiene cuando éste al momento de la muerte de su consorte posea menos bienes de los que le corresponderían por concepto

²⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo VI. Bogotá: Editorial Temis, p. 332.

de porción conyugal. Es decir, sólo cuando a la muerte existe un cónyuge pobre.

Si bien esta tesis se ajusta a los preceptos generales que regulan el derecho a porción conyugal, consideramos que su planteamiento da un rango de acción muy limitado a la facultad de abandono, no mejorando en forma significativa la situación económica de quien opta por porción y haciendo poco llamativo el ejercicio de un derecho que de por sí implica una determinación compleja, cual es la de renunciar un derecho de propiedad sobre cosas materiales.

Pensamos igualmente que si el legislador hubiera querido que ello fuera así, es decir, que sólo el cónyuge pobre pudiera abandonar, de esa forma lo hubiera planteado en el artículo 1235 del Código Civil.

Para nosotros, como lo mencionamos antes, se trata de una facultad que le permite al cónyuge escoger al momento de la muerte de su consorte si desea ser rico o pobre para efectos de porción.

No constituye lo anterior una excepción a la regla general de que los requisitos para optar por porción deben reunirse al

momento mismo del fallecimiento, pues resulta imposible determinar a ciencia cierta cuál es la situación económica del cónyuge en ese preciso instante.

En estos términos, la facultad otorgada por el artículo 1235 se vuelve mucho más amplia, pues no sólo permite optar por tener porción conyugal plena, sino por tener acceso o no a ese derecho.

Los motivos que puede tener el cónyuge rico para realizar esta opción son tan amplios como se quiera. Lo cierto es que sólo con la porción el cónyuge sobreviviente podrá garantizar su congrua subsistencia. Si él cree que ese fin no va a ser posible con lo que posee, consideramos que tiene derecho al abandono, procurando con ello desde aumentar el monto de su porción, hasta simplemente redistribuir sus bienes, mezclándolos con los de su consorte fallecido.

En lo que hace referencia al momento en que los bienes propios deben ser abandonados, Carrizosa Pardo considera que el abandono es una facultad que puede ejercitarse en cualquier momento antes de la partición de la herencia, ya que su finalidad es la de permitir al cónyuge desposeerse de

los bienes que le impiden reclamar la porción íntegra, pasándolos a la herencia.³⁰

Consecuentemente, considera que el modo de perfeccionar dicho abandono es el siguiente:

"Si lo abandonado son derechos en la herencia, bastará expresar el ánimo de renunciarlos para que el partidor deba tomar razón de ellos, y obrar en consecuencia; si consisten en bienes propios, raíces o muebles, será menester hacer tradición de ellos a la herencia según el derecho común: las cosas corporales muebles, por los medios señalados en el artículo 754; los créditos, como lo estatuye el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, haciendo cesión de ellos; los bienes raíces, otorgando escritura pública registrada (arts. 766, 2577 y 2652)".³¹

No compartimos la opinión expuesta por Carrizosa ni en lo referido al momento para el ejercicio del derecho, ni tampoco en cuanto al modo de perfeccionamiento del abandono. No obstante su opinión es entendible considerando que en el momento en que la efectuó no existía norma especial en otro sentido.

Hoy en día, debemos remitirnos al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 594 al referirse a la opción del cónyuge entre porción conyugal y gananciales, contempló la posibilidad de que éste efectuara la opción hasta antes de la

³⁰ CARRIZOSA PARDO, Hernando. Op. cit., p. 400.

diligencia de inventarios y avalúos, pudiendo dentro de esta diligencia denunciar los bienes objeto del abandono para que los mismos se relacionen en ese momento dentro del activo sucesoral, sin acudir a las reglas de derecho común citadas por Carrizosa.

En cuanto al destino de los bienes que se abandonan, este punto es claro en todos los ordenes de la sucesión, menos en el de los descendientes, dado que la porción conyugal a que se tiene derecho se calcula en el primer caso, como la cuarta parte del acervo semibruto. Pero en cambio, habiendo descendientes, dicho cálculo se efectúa respecto de la mitad legitimaria y equivale a la legítima rigurosa de un hijo.

Surge entonces la pregunta de si los bienes que se abandonan deben acrecer al acervo semibruto, al líquido o sólo a la mitad legitimaria, siendo mucho más ventajoso para el cónyuge esto último, pues necesariamente aumentaría su rigurosa.

Consideramos que si los bienes que se abandonan deben traspasarse a la sucesión, siendo ésta un patrimonio pendiente de liquidarse lo lógico sería que dichos bienes (los abandonados) entraran a formar parte del acervo

³¹ Ibid. p. 400.

semibruto que soportará su pasivo y dejará un activo para repartir.

Esta opinión es compartida por tratadistas como Lafont Pianetta, Barros Errazuriz y Carrizosa Pardo. En efecto, el primero indica que *"el cónyuge deja de ser titular de tales bienes y derechos (los abandonados), para adquirirlos la herencia, la cual se entenderá incrementada con esta situación en su activo bruto."* (Paréntesis fuera de texto).³²

Sobre este mismo punto, el segundo, sostiene lo siguiente:

*"Los bienes abandonados por el cónyuge sobreviviente entran a la masa del difunto y se unen a la masa común, para sacar de esa masa, así incrementada, la cuarta parte correspondiente a la porción conyugal. En consecuencia, conviene tener presente que el acervo de donde se deduce la porción conyugal puede encontrarse aumentado con los bienes propios del sobreviviente, en caso de que éste los abandone".*³³

Por último, Carrizosa Pardo insinúa incluso, de acuerdo con el criterio expuesto, que el aumento que se logra de la masa sucesoral al incluir los bienes abandonados *"procura al supérstite la ventaja de aumentar su porción, ventaja que*

³² LAFONT PIANETTA, Pedro. Op. cit., t.II, p. 335 a 340.

³³ BARROS ERRAZURIS, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Santiago: Tercer Año, 1931. citado por EMILIANI, Joaquín. Op. cit., p. 42.

*será la principal, a veces la única que pueda moverlo al abandono".*³⁴

Si el abandono debe efectuarse a favor de la sucesión, no puede escogerse qué parte de la sucesión debe verse favorecida. Para nosotros el abandono debe ser total e incondicional a ordenes de la sucesión ilíquida. Recibidos los bienes en propiedad por la sucesión, ésta deberá liquidarse para lo cual deberá cancelar su pasivo, contando para ello con los bienes cedidos en propiedad por el cónyuge, de los cuales puede salir incluso el pago de su porción.

Por último, es de aclarar que el abandono de bienes no implica una deducción a la porción conyugal, la cual, como lo veremos más adelante, consiste en restar de la porción teórica el equivalente al valor de los bienes propios del cónyuge, pero en el evento en que éste opte por recibir porción conyugal complementaria. Como lo expresamos, la figura del abandono de bienes es diferente de la opción por el complemento de la porción.

³⁴ CARRIZOSA PARDO. Op. cit., P.400.

3.1.1.3 Cuando los bienes que se tienen no sirvan para garantizar la congrua subsistencia del cónyuge sobreviviente.

El hecho de tener bienes, no significa de suyo que los mismos sirvan para garantizar la congrua subsistencia del cónyuge sobreviviente. En este sentido la Corte Suprema de Justicia entiende que:

"... los bienes que ha de tener el cónyuge sobreviviente para no adquirir derecho a la porción conyugal, deben ser bienes estimables de la misma clase de los que se encontrarían en la sucesión o en una sociedad, es decir, cosas corporales o incorporales que puedan ser deducidas de otras o agregadas a ella, y no la ganancia o renta eventual o contingente que pueda producir una profesión, cosa que no es materia de dominio o posesión, ni avaluable ni enajenable"³⁵.

Como se observa, para la Corte el hecho de tener la posibilidad de acceder a ciertos bienes que en principio y dando buen uso de los mismos, pudieran garantizar una congrua subsistencia en un sentido de necesidad alimentaria, no implica no tener derecho a porción conyugal. Deberá apreciarse entonces sólo lo que dichos bienes de manera cierta hayan aportado al patrimonio de quien sobrevive al momento de la muerte de su consorte y no lo que se espera que puedan producir.

Se reafirma lo anterior cuando la Corte categóricamente sostiene que *"el hecho de que una persona tenga una profesión u oficio que le de lo necesario para vivir, no significa que tenga bienes que le proporcionen congrua subsistencia en el sentido que debe darse a los artículos 1230, 1231, 1234, 1235 y 1236 del Código Civil combinados entre sí"*³⁶.

Aclaremos que el hecho de tener esta clase de bienes, no significa el no tener que abandonar aquellos que de manera cierta se encuentran dentro de su patrimonio.

3.1.2 Porción conyugal complementaria. En el evento en que el cónyuge posea bienes que sumados equivalgan a menos de lo que le correspondería por porción conyugal si careciere en absoluto de éstos, éste tendrá derecho a que se le pague el complemento a título de porción. Así lo establece el inciso primero del artículo 1234 del Código Civil: *"Si el cónyuge tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal"*.

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de agosto de 1898. Gaceta Judicial No. 675, 1899, p. 404 a 407.

³⁶ Ibid.

Para efectos de computar dicha porción, se tendrán en cuenta tanto los gananciales, como cualquier otro derecho que el cónyuge sobreviviente tenga en la sucesión del premuerto. En este sentido, dispone el inciso final del mismo artículo, "*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, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare*".

El complemento de la porción será entonces la diferencia entre lo que correspondería al cónyuge por porción conyugal íntegra, menos lo que posea como bienes propios o derechos en la sucesión, incluida su mitad de gananciales. En otras palabras, será lo que falte para completar el valor de lo que le corresponde por porción conyugal, una vez se haya tasado el valor de los bienes propios y derechos en la sucesión.

Con respecto a los gananciales, ¿que pasa si éstos fueron recibidos en vida del causante por haber mediado una liquidación de sociedad conyugal? Consideramos que al haber sido recibidos antes del momento de la muerte, por sustracción de materia los mismos ya no serán objeto de opción al momento de la sucesión. Si aun se encuentran en el patrimonio del cónyuge sobreviviente constituirán bienes

proprios que deberán tenerse en cuenta para efectos del cómputo de la porción. Pero si ya se extinguieron o fueron gastados, entendemos que salieron del patrimonio y que al momento de la muerte no pueden descontarse para efectos de pago de la porción.

3.1.3 Otras clases de porción conyugal. La doctrina ha elaborado otra serie de clasificaciones que, pese a no estar contempladas expresamente en la ley, permiten al interprete un mayor entendimiento de las disposiciones que contemplan la porción conyugal dentro del Código Civil. Las más útiles son las siguientes:

3.1.3.1 Porción conyugal teórica. Es aquella que, en principio y como resultado de un simple cálculo aritmético, corresponde al cónyuge que reúne los requisitos, según el orden sucesoral en el que se encuentre y sin tener en cuenta imputaciones o deducciones. Así, la porción teórica del cónyuge sobreviviente equivale a una cuarta parte de los bienes del causante en todos los ordenes de la sucesión,

menos en el de los descendientes. En este caso su porción equivale a la legítima rigurosa de un hijo.³⁷

3.1.3.2 Porción conyugal ficticia. Lafont Pianetta la define de la siguiente manera:

*"Es aquella porción conyugal que no recibe directamente sino indirectamente en virtud de la imputación que a ella se hace con la adquisición de cualquier otro derecho, como gananciales, donación o asignaciones por causa de muerte. Le llamamos ficticia porque realmente el cónyuge no recibe nada por porción por tener bienes iguales o superiores a la porción teórica, pero se finge que tales bienes o derechos pagan totalmente la porción conyugal del cónyuge sobreviviente".*³⁸

3.2 BIENES QUE SE IMPUTAN A PORCIÓN CONYUGAL

Teniendo en cuenta la definición dada por Lafont Pianetta sobre la porción conyugal ficticia, entendemos por imputaciones a porción conyugal aquellas que deben realizarse

³⁷ Código Civil, artículo 1236.

³⁸ LAFONT PIANETTA, Pedro. Op. cit., t. II, p. 335 a 340.

para garantizar el pago de dicha porción como asignación forzosa. Estas imputaciones son las siguientes:

3.2.1 Donaciones, herencias o legados. Como lo expusimos anteriormente, el inciso 2 del artículo 1234 del Código Civil habla de imputar *"a porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto..."*.

Es decir, se recibe a título de porción conyugal lo que corresponda según la ley, incluso si el cónyuge supérstite tiene derecho a acceder a otros bienes a otro título diferente del de porción, como la donación, la herencia o el legado. Independientemente de esos otros derechos que se adquirirían con base en otros títulos, debe garantizarse en primer término el pago de la porción conyugal, pues es ésta la que garantizará la congrua subsistencia del cónyuge.

Esto parecería ser contradictorio con el artículo 1237 del mismo código, que ordena que *"Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a*

título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de bienes que el difunto pudo disponer a su arbitrio".

Decimos que parece contradictorio, porque hace alusión a otros derechos diferentes de la porción conyugal, pero en vez de imputarlos a ésta, como lo hace el 1234, los imputa a la cuarta de libre disposición o "*parte de bienes que el difunto pudo disponer a su arbitrio*".

Sin embargo, estas disposiciones (el inciso 2 del artículo 1234 y el artículo 1237) no son contradictorias sino complementarias, buscando ambas una garantía de pago de porción conyugal, en los casos en que hay lugar a ésta, pues, como se dijo antes, lo que busca el 1234 no es suprimir la porción conyugal cuando se tienen otros derechos en la sucesión, sino pagar ésta en primer término, respetando su naturaleza de asignación forzosa, dando después lo que corresponde por otros derechos. Constituye además lo que la doctrina ha denominado porción conyugal ficticia, explicada atrás.

Por su parte, el 1237 es una norma especialmente contemplada para el caso de que el cónyuge que sobrevive tenga derechos en la sucesión que excedan lo que le correspondería por su

porción. No obstante, aclaramos que sólo en sucesiones testadas se puede hablar de cuarta de libre disposición, lo que parecería restringir la norma a aquellos casos en que existiendo disposiciones testamentarias a favor del cónyuge, no se especifique su naturaleza y se exceda lo que por ley correspondería a título de porción. En este caso deberá pagarse, al igual que en el 1234, lo que se debe por concepto de porción, siendo el exceso atribuido a lo que hubiera correspondido a la libre disposición.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

"Ha solidado encontrarse oposición entre el artículo 1234 que obliga, por decirlo así, a requisar al cónyuge con el fin de establecer mínimamente si tiene algo para tomársele en cuenta, y el 1237 que autoriza a que lleve por herencia, donación o legado del difunto más de lo que valdría la porción conyugal. Pero es de acogerse al concepto que armoniza las dos disposiciones, no viendo en la última sino la autorización al difunto de favorecer a su consorte con asignaciones que afectarán la cuota libre de sus bienes, la que, como libre que es, no podría darse por cerrada a una persona por la cual la misma ley vela; y además, una regla de contabilidad que organiza la imputación así: lo que de suyo valdría la porción aun sin merced alguna, se imputa a porción conyugal, y el exceso, que es lo que ha verdad constituye merced, se imputa a la cuota libre, con lo que, de otro lado, se respeta la integridad de las otras cuotas forzosas, sean sólo la mitad legitimaria o ésta con más la cuarta de mejoras".³⁹

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de noviembre de 1973. Gaceta Judicial No. 2372 a 2377, 1973, p. 127 a 136. En el mismo sentido, sentencias de 3 de septiembre de 1895.

Compartimos plenamente el criterio de la Corte.

3.2.2 Gananciales. El artículo 1234 del Código Civil también hace alusión al tema de los gananciales, afirmando que éstos, de no ser renunciados, también serán imputados a porción conyugal.

Por esto, parte de la doctrina, al igual que en el punto anterior, considera que existe una incompatibilidad entre éstos y aquella. No obstante, tratadistas como Lafont Pianetta, en opinión que compartimos, considera que *"la porción conyugal no es incompatible con los gananciales sino que son inacumulables, pues se puede aceptar gananciales y pedir porción conyugal complementaria, pero aquella parte se imputará ficticiamente como porción conyugal..."*⁴⁰.

Al igual que con respecto a los otros derechos de la sucesión, el imputar gananciales a porción conyugal tiene como único propósito garantizar en primer término el pago de la porción, no siendo incompatibles aquellos con ésta, pero

Gaceta Judicial No. 527, 1896, p. 50 a 52; 11 de julio de 1940. Gaceta Judicial No. 1957 a 1958, 1940, p. 602 a 607; 20 de septiembre de 1978. Gaceta Judicial No. 2399, 1978, p. 210 a 214.

⁴⁰ LAFONT Pianetta, Pedro. Op. cit., t.II, p. 341.

si inacumulables. Es decir, no se puede pretender recoger la integridad de la porción, más la integridad de los gananciales. Es por ello que se habla de imputar.

En abierta contravía con lo que acabamos de expresar, el artículo 594 del Código de Procedimiento Civil señala que *"Cuando el cónyuge sobreviviente pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios y avalúos"*.

Esta norma parte de la base de una incompatibilidad entre porción conyugal y gananciales, la que, como dijimos, no existe, pues estos últimos siempre se imputan a la porción conyugal para garantizar su pago.

Además de lo anterior, la citada norma contempla una presunción legal según la cual *"En caso de que haya guardado silencio (el cónyuge sobreviviente) se entenderá que optó por gananciales, sin necesidad de auto que así lo declare"*. (Paréntesis fuera de texto).

Lo que el Código Civil contempla como un deber de imputación, el Código de Procedimiento Civil lo toma como opción, siendo esto en nuestra opinión, incorrecto e inocuo. El hecho de

optar por gananciales dentro de la diligencia de inventarios y avalúos no excluye al partidor de su deber de garantizar el pago de lo que corresponda al cónyuge por concepto de su porción, de haber lugar a ésta.

Creemos que la inclusión de esta disposición dentro del Código de Procedimiento Civil, obedece a un error de interpretación del articulado sobre porción conyugal contenido dentro del Código Civil, ya que no encontramos un antecedente normativo similar o comentario doctrinal semejante en lo que hace referencia al antiguo Código Judicial.

3.3 BIENES QUE SE DEDUCEN A LA PORCIÓN CONYUGAL

Son bienes que se deducen de la porción conyugal aquellos que, perteneciendo a la masa sucesoral del causante y habiendo sido destinados teóricamente a pagar la porción conyugal, son devueltos nuevamente a esa masa en un valor equivalente al de los bienes y derechos propios del cónyuge supérstite en dicha sucesión.

Lo anterior se infiere de la lectura del inciso primero del artículo 1234 del Código Civil, cuando al hacer referencia a la porción conyugal complementaria establece que el cónyuge *"sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal"*. Al tener sólo derecho al complemento, se entiende que lo demás que en principio se había imputado a porción debe volver a la parte de la masa de donde se sacó.

Así, si nos encontramos en ordenes sucesorales diferentes al de los descendientes, en los que la porción reviste la forma de pasivo que debe pagarse en forma forzosa del activo semibruto como baja general de la herencia en los términos del artículo 1016, entendemos que dichas deducciones entrarán a formar parte del activo líquido. Si por el contrario, nos encontramos en el orden de los descendientes, considerando que la porción conyugal teórica había sido calculada dentro de la mitad legitimaria como la legítima rigurosa de un hijo, dichas deducciones volverán a la mitad legitimaria de donde teóricamente habían sido sacadas.

Autores como Barros Errazuriz y Somarriva sostienen, en nuestro criterio en forma equivocada, que las deducciones a la porción conyugal se hacen de los bienes que tenía el cónyuge, que fueron los mismos por los que sólo tuvo derecho

al complemento de su porción. En efecto, Somarriva afirma que *"en el caso de la porción conyugal complementaria existen lo que se llama las deducciones a la porción conyugal, que están constituidas por aquellos bienes propios que el cónyuge no lleva por porción conyugal"*⁴¹ (Negrilla fuera de texto).

Si esto fuera así, el patrimonio del causante se vería incrementado por bienes que jamás le pertenecieron. Por esto, nosotros afirmamos que lo que debe acumularse son los mismos bienes que salieron teóricamente de la herencia, para que teóricamente vuelvan a ella de la parte de la que fueron sacados. Esto es, activo líquido o mitad legitimaria.

En cuanto hace referencia al destino que debe darse a estas deducciones en presencia de legitimarios dentro de los que pueden o no existir descendientes, determinado legalmente por los artículos 1243 y 1248 del Código Civil, hay quienes sostienen que existe una aparente contradicción normativa, pues mientras el primero ordena enviarlas al acervo líquido, el segundo dice que las mismas, *"volverán a la mitad legitimaria"* así:

⁴¹ SOMARRIVA UNDARRAGA, Manuel. Derecho Sucesorio. Santiago: Editorial Nacimiento, 1961, p. 343.

Artículo 1243: "Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, **se acumularán imaginariamente al acervo líquido** todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y **las deducciones que, según el artículo 1234, se hagan a porción conyugal**".

Artículo 1248: "Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho a representarle, dicho todo o parte **se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal, en el caso del artículo 1236, inciso 2º**". (Negrilla fuera de texto).

Si bien ambas normas son aplicables al evento en que existan legitimarios, nótese cómo solamente el artículo 1248 se refiere al evento en que dichos legitimarios sean descendientes. Esto lo hace al referirse al inciso 2º del artículo 1236, en el que a su vez se dispone contar al cónyuge como un hijo para efectos de determinar la legítima rigurosa a la que tendría en teoría derecho.

En nuestro criterio, no existe contradicción, pues el artículo 1243 establece que las deducciones que se hagan a porción conyugal volverán en forma general, incluso en presencia de legitimarios como los ascendientes, al acervo líquido. Mientras tanto, el artículo 1248 contempla el supuesto específico en el que dichos legitimarios sean

descendientes, indicando en este caso la parte del activo líquido al que dichas deducciones deben retornar. Esto es, la mitad legitimaria.

Esto concuerda con lo expuesto por nosotros en un principio cuando sostuvimos que los bienes que sean deducidos a la porción deberán retornar a la parte de la sucesión de la que inicialmente fueron tomados. En todos los ordenes sucesorales distintos al de los descendientes, al activo líquido, incluso en presencia de legitimarios como los ascendientes. En el orden de los descendientes, a la mitad legitimaria.

3.4 MONTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Como lo hemos expuesto, la porción conyugal es un derecho sucesoral del cónyuge sobreviviente en virtud del cual éste tiene la posibilidad de acceder a una parte de los bienes que conforman el patrimonio del causante. El monto de dichos bienes, o mejor aún, el límite máximo de ese derecho se encuentra delimitado según el orden sucesoral en el que se esté concurriendo a la sucesión así:

En todos los ordenes diferentes al de los descendientes, concurre el cónyuge con la opción de acceder hasta en una cuarta parte de los bienes. Como también lo dijimos, se trata en este caso de una cuota fija de bienes que se toman como pasivos de la sucesión y se pagan en los términos establecidos por el artículo 1016 del Código Civil.

En el orden de los descendientes, dicho derecho corresponde a una cuota variable de los bienes de la sucesión, que equivale a la legítima rigurosa de un hijo, y que forma parte del activo de la sucesión.

En efecto, consagra el artículo 1236 del Código Civil que "*La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los ordenes de la sucesión, menos en el de los descendientes*".

A renglón seguido establece el mismo artículo que "*Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo.*"

Deducimos que el criterio legal para determinar la cuantía de la porción conyugal radica entonces en el orden sucesoral en

el que deba liquidarse, revistiendo como se dijo en su momento, una naturaleza jurídica cambiante según el orden sucesoral en el que se encuentre. Es decir, siempre recibirá un tratamiento de pasivo sucesoral, salvo en el orden de los descendientes, caso en el cual hace parte del activo líquido.

Pasemos entonces a analizar la figura bajo el criterio mencionado:

3.4.1 En el orden de los descendientes. Dispone la ley que en este orden sucesoral corresponda al cónyuge sobreviviente el equivalente a la legítima rigurosa de un hijo. Es menester entonces entrar a determinar lo que se entiende por el término legítima rigurosa, restringiendo esta definición al caso de los descendientes que es el que nos interesa.

Teniendo en cuenta que según el artículo 1239 del Código Civil, legítima es la cuota de los bienes que se asigna por la ley a los legitimarios, entendiendo por tales en este caso a los hijos o sus representantes, la legítima rigurosa es la que le corresponde a cada legitimario después de dividir entre los que se encuentren, la mitad de los bienes del

causante, previas las deducciones y agregaciones previstas en la misma ley. No es legítima rigurosa la que se le asigna a un legitimario sumándole lo que le corresponda por concepto de mejoras y libre disposición. Esto es lo que se conoce como legítima efectiva.

Es claro entonces, como primer punto, que el cónyuge sólo participa de los bienes del causante en igual proporción a lo que recibiría un hijo o su representante por su rigurosa y no por su efectiva. Luego el cónyuge sobreviviente nunca participará, para efectos de su porción, de lo que reciba un legitimario por concepto de mejoras o de libre disposición. Si recibe algún bien por concepto de libre disposición, éste será calculado como derecho dentro de la sucesión y como tal será imputado primero a porción conyugal.

Aunque el tema parece claro, surgen necesariamente inquietudes como de dónde ha de pagarse la porción a que se tiene derecho y a dónde han de imputarse los bienes que se deducen de la porción en el evento de que el cónyuge que la reclama ya sea poseedor de bienes propios. Analizaremos esto a continuación.

3.4.1.1 De dónde se saca la porción conyugal en el orden de los descendientes. Sobre este punto se han expuesto las siguientes teorías:

- **Que la porción conyugal no se paga de la mitad legitimaria, sino de la mitad correspondiente a mejoras y libre disposición, una vez calculado su monto como si el cónyuge fuere un legitimario.** Quienes sostienen esta teoría parten de un análisis del artículo 1250 del Código Civil, en el cual se prohíbe gravar las legítimas rigurosas, dando a entender que si el cónyuge no es legitimario, no deben estos asumir la carga del pago de su porción.

Con este análisis se supone entonces que la porción conyugal equivale a la legítima rigurosa de un hijo, pero que no se paga de dicha legítima sino de la mitad restante.

No compartimos esta postura dado que consideramos que si bien el cónyuge no es un legitimario, la misma ley lo está asimilando como tal para efectos del pago de su porción, encuadrando esto plenamente dentro del contexto proteccionista que enmarca el tema de las asignaciones

forzosas dentro del Código Civil. Por esto, se establece de manera clara dentro del inciso segundo del artículo 1236 de este ordenamiento que "*habiendo tales descendientes, **el viudo o viuda será contado entre los hijos**, y recibirá como porción conyugal la legitima rigurosa de un hijo*" (Negrilla fuera de texto).

Consideramos igualmente que si se acogiera esta teoría, se incurriría en las siguientes imprecisiones, considerando que la mitad restante sería la correspondiente a mejoras y libre disposición:

. Si el artículo 1242 restringe la cuarta de mejoras para que el causante favorezca a alguno de sus descendientes, de ser ésta destinada al pago de la porción conyugal, se estaría desmejorando el derecho de esos descendientes a aumentar su legítima efectiva de acuerdo a la voluntad del causante, o de tratarse de una sucesión intestada, se les estaría privando del acrecimiento correspondiente.

. Si bien es cierto que el artículo 1250 del Código Civil prohíbe expresamente gravar la legitima rigurosa, también es cierto que el artículo 1251 impide que el cónyuge se aproveche de dicha cuarta, excluyéndolo en forma expresa.

. Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia ha expuesto su posición de la siguiente forma:

"Tan evidente es que al cónyuge supérstite, en este caso, no corresponde como porción sino el equivalente a la legítima rigurosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas (la rigurosa y la efectiva) 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". (Paréntesis fuera de texto).⁴²

. Una crítica en idéntico sentido cabe respecto de la posibilidad de pago de la porción conyugal con cargo a la cuarta de libre disposición, puesto que tampoco se acataría lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 1236 del Código Civil.

. Además, de hacerse así, la facultad de libre disposición que confiere el 1242 sería irreal porque se trataría de una serie de bienes predestinados para su asignación al cónyuge.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de julio de 1944. Gaceta Judicial No. 2010 a 2014, 1944, p. 471 a 474.

- **Que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria.**

Como lo expresamos anteriormente, el cónyuge no es un legitimario. Si la intención del legislador hubiera sido esa, sencillamente hubiera incluido al cónyuge entre los legitimarios determinados en el artículo 1240 del Código Civil. Lo que entendemos, tal y como lo mencionamos, es que el cónyuge se asimila a un legitimario para efectos del pago de su porción, al ser contado entre los hijos como lo manda el artículo 1236 del mismo ordenamiento. Concuera con lo anterior lo dispuesto por el legislador dentro del artículo 1045, referido al primer orden de la sucesión cuando dispone que *"Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, **sin perjuicio de la porción conyugal**"* (Negrilla fuera de texto).

Así lo ha entendido la Corte al considerar, en posición que compartimos, que el artículo 1236 del Código Civil como una limitación legal a las legítimas rigurosas de los hijos: *"El sistema legal no deja dudas de que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigurosas de los hijos"*.⁴³

3.4.1.2 **Cómo se determina el monto de la porción conyugal cuando se aspira al complemento en este orden sucesoral.** A este respecto la doctrina ha expuesto las siguientes teorías:

- Sumando los bienes propios del cónyuge supérstite a la mitad legitimaria para efectos del cálculo de las rigurosas.

Consideramos incorrecta esta teoría por cuanto confunde la porción conyugal complementaria consagrada dentro del artículo 1234 del Código Civil, con la facultad de abandono consagrada en el mismo ordenamiento por el artículo 1235.

. En efecto, no se está tomando el valor de los bienes, sino los bienes mismos. Si se hace esto, resulta imposible deducir lo que en principio se había imputado imaginariamente para efectos del cálculo de la porción teórica, que sirvió de fundamento para determinar si existía o no, derecho a porción.

. La porción conyugal no sería, como lo establece el artículo 1230 del Código Civil, una parte del patrimonio de

⁴³ Ibid.

la persona difunta, sino esto, más lo que sea propio del cónyuge.

. Se estaría incrementando la mitad legitimaria con bienes que no pertenecen a la sucesión, toda vez que no se han abandonado a favor de ésta.

- Sumando los bienes propios del cónyuge supérstite al activo líquido para efectos del cálculo de las rigurosas.

Aunque bajo este supuesto no se suman los bienes propios del cónyuge a la mitad legitimaria, lo consideramos también errado por las mismas razones que se expusieron en el punto inmediatamente anterior, con el agravante de que es evidente la desmejora en el monto de la porción conyugal, toda vez que sus bienes incrementarían no sólo la mitad legitimaria, sino también la de libre y la de mejoras, lo que en últimas reduciría el monto de su porción.

- **Imputando el equivalente al valor de los bienes propios del cónyuge al activo líquido, como deducciones efectuadas a la porción.** Esta postura es diametralmente distinta a las dos anteriores, dado que no incluye los bienes del cónyuge sobreviviente dentro del cálculo de su porción complementaria. Simplemente los tiene en cuenta para determinar su valor y restarlo en ese mismo monto de la porción teórica.

Hasta este punto, la tesis nos parece acertada, ya que coincide con el criterio que expusimos en su momento sobre deducción a la porción conyugal. No obstante lo anterior, nos vemos en la obligación de disentir con respecto al destino dado a esa deducción correctamente realizada por lo siguiente:

. Se está desconociendo que, como lo mencionamos antes, el cónyuge es asimilado a un legitimario para efectos del pago de su porción.

. De igual forma, se está desconociendo que esa porción conyugal en el orden de los descendientes equivale a la legítima rigurosa de un hijo.

. Finalmente, se está desconociendo lo ordenado por el artículo 1248 del Código Civil cuando en su parte final establece que *"Volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que según el artículo 1234 se hagan a la porción conyugal..."* y no al activo líquido en su totalidad.

- Imputando el equivalente al valor de los bienes propios del cónyuge a la mitad legitimaria. Para nosotros, la posición aceptada radica en imputar el valor de los bienes propios del cónyuge a la mitad legitimaria después de hacer la deducción correspondiente a la porción teórica. Dicha deducción ordenada por el artículo 1234 aprovechará a los legitimarios en los términos del artículo 1248 del Código Civil. Nuestras razones son las siguientes:

. Consideramos que con esta tesis se está respetando el concepto de deducción a la porción conyugal, entendiéndola como relativa al valor de los bienes del cónyuge sobreviviente y no como abandono de los esos mismos bienes, lo cual, como lo dijimos, implicaría hacer agregaciones al

patrimonio del causante con activos sobre los cuales no ejercía un derecho de propiedad al momento de su muerte.

. Se está respetando la cuarta de mejoras, que sólo será destinada para quienes en estricto sentido sean legitimarios en los términos del artículo 1240 del Código Civil, sin tener en cuenta al cónyuge que sólo se asimila a legitimario para efectos del pago de su porción.

. Se está respetando igualmente la cuarta de libre disposición, sobre la cual el causante tendrá en la práctica absoluta discreción.

. Se tiene en cuenta que el cónyuge se asimila a un legitimario para el pago de su porción, tomando ésta como la legítima rigurosa de un hijo.

. Finalmente, consideramos justo el criterio legal expuesto por el artículo 1248 cuando ordena un aprovechamiento recíproco de las deducciones que se realicen a la mitad legitimaria. Si la deducción se hace a un legitimario, ésta aprovecha a todos los demás que sean legitimarios, contando al cónyuge como uno de ellos. A su turno, si la deducción es realizada al cónyuge, aprovechará a los demás legitimarios.

Es decir, las deducciones nunca saldrán de la mitad legitimaria.

Hay quienes sostienen, en criterio que no compartimos, que las deducciones efectuadas a porción conyugal en el orden de los descendientes pueden aprovechar incluso a esa misma porción conyugal así:

Si tenemos por ejemplo una sucesión intestada con un activo líquido de \$1000 a la que concurren un cónyuge sobreviviente que posee bienes propios por valor de \$100, junto con un hijo del causante. Aquí tendríamos una mitad legitimaria de \$500 de la cual correspondería al cónyuge en principio una legítima rigurosa de \$250. Sin realizar ninguna deducción tendríamos que el complemento de la porción equivaldría a \$150. Deducidos a favor de la mitad legitimaria los \$100 equivalentes al valor de los bienes propios, ésta se incrementaría a \$600, quedando cada rigurosa en 300, de los cuales el cónyuge tendría \$200 y ya no sólo \$150.

Lo que sostenemos nosotros, y así lo entendemos de la lectura del artículo 1248, es que en efecto deben deducirse los \$100 correspondientes a bienes propios, pero que esa deducción debe ser imputada a lo que le corresponde al hijo

legitimario, quien verá incrementada su legitima de \$250 en \$100 pesos más.

3.4.2 En los demás ordenes hereditarios de la sucesión. En los demás ordenes sucesorales, la porción conyugal equivale a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, debiendo su monto ser pagado como pasivo sucesoral al tomarse como una baja general.

Lo anterior se deduce del tenor literal del artículo 1236 del Código Civil, analizado en concordancia con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 1016 del mismo ordenamiento.

En efecto, las citadas disposiciones establecen en su orden lo siguiente:

. El artículo 1236 establece en su inciso primero que "*La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, **en todos los ordenes de la sucesión, menos en el de los descendientes***". (Negrilla fuera de texto).

. Como se mencionó antes, por ley, el artículo 1016 establece que *"En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: ... 5. La porción conyugal a que hubiere lugar, **en todos los ordenes de la sucesión, menos en el de los descendientes.** El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley"* (Negrilla fuera de texto).

3.4.2.1 De dónde se saca la porción conyugal en los demás ordenes de la sucesión. Sobre este punto existe claridad al considerarse unánimemente que se trata de una baja general que se paga en forma preferente como pasivo sucesoral, formando parte entonces del activo semibruto previo al que también se agregan las costas de apertura del testamento, las deudas hereditarias, los impuestos fiscales y las asignaciones de alimentos forzosos, que después de deducidos de dicho activo, permiten integrar el activo líquido del causante.

3.4.2.2 **Cómo se determina el monto de la porción conyugal cuando se aspira al complemento en los demás ordenes de la sucesión.** Debemos tener en cuenta que para efectos de determinar si existe o no derecho a la porción conyugal, independientemente del orden sucesoral en el que nos encontremos, lo primero que debemos hacer es calcular cuál sería el monto teórico máximo de dicha porción en consideración al patrimonio del causante.

En los demás ordenes de la sucesión, distintos al primero correspondiente a los descendientes, dicha porción teórica equivale según el artículo 1236, inciso primero, a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta. Esta es la porción teórica que debe deducirse, según el 1016, como baja general de la herencia.

Si el cónyuge tuviere bienes propios sobre los que no ejerciera su derecho de abandono, el valor de dichos bienes constituiría a su vez una deducción a la porción conyugal, pero esta vez no efectuada del acervo semibruto, como se hizo para calcularla teóricamente como baja general de la herencia, sino del resultado de dicha deducción inicial correspondiente a la porción teórica. Es decir, que calculada la porción teórica y determinado el valor de los bienes del

cónyuge sobreviviente, este último valor se deducirá de la porción conyugal teórica y arrojará el valor de la porción complementaria.

En nuestro criterio, esta deducción a la porción conyugal acrece nuevamente al acervo semibruto, que al no tener que ser destinado al pago de ninguna baja general u otro pasivo, vuelve entonces al activo líquido.

La anterior es una postura aceptada por la Corte Suprema de Justicia, la que al manifestarse sobre las reglas de reparto de la porción a manifestado lo siguiente:

*"... nuestro Código Civil quiere asegurar al cónyuge cierto haber llamado porción conyugal y determinado, según el caso, como establece en cada uno de sus incisos su art. 1236; y al dar a esa porción la calidad de asignación forzosa con la atención puesta en la mirada inicial de asegurar la subsistencia del cónyuge, le señala el límite implicado por dicho artículo 1236 y consecuentemente toma en cuenta al cónyuge supérstite en lo que tenga o haya de recibir por otra fuente o concepto; de suerte que no hay lugar a porción cuando este patrimonio vale más o siquiera lo mismo de lo que valdría la porción ante el artículo 1236, y cuando vale menos, a título de porción lleva sólo el complemento (artículo 1234, inc. 1º). **En este caso se descuenta ese patrimonio distinto (artículo 1234, inc. 2º), y lo deducido va engrosar el acervo total líquido (artículo 1243) o la mitad legitimaria (artículo 1248).** Salta a la vista que no cabe ni pensar en agregaciones cuando no hay deducciones, puesto que es lo que se toma en cuenta por ser ese patrimonio distinto al cónyuge sobreviviente*

lo que, en su caso, se agrega a dicho acervo total o a la mitad legitimaria". (Negrilla fuera de texto).⁴⁴

3.4.2.3 Vocación hereditaria. En todos los demás ordenes de la sucesión en los que los familiares del causante participan en forma principal, o concurren con el cónyuge sobreviviente, el cónyuge siempre tendrá vocación hereditaria.

En este supuesto, es claro que el cónyuge sobreviviente tendrá un derecho herencial que en los términos del inciso final del artículo 1234 del Código Civil, se imputará a porción conyugal.

Si se imputa a porción conyugal un derecho hereditario y éste llegare a sobrepasar el monto de aquella, esto es, el equivalente a la cuarta parte del patrimonio del causante (menos sus deducciones si hubiera lugar a éstas), conforme a lo dispuesto dentro del artículo 1237, dicho exceso sería imputado a la parte de bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de julio de 1940. Gaceta Judicial No. 1957, 1940, p. 605.

Como lo explicamos en su momento, no existe contradicción de ningún tipo entre los artículos 1234 y 1237 del Código Civil, aclarando nuevamente que el fin de dichas normas en su conjunto es proteger al cónyuge supérstite y garantizarle siempre el pago de su porción conyugal, pues es ésta la que le garantizará su congrua subsistencia.

Si el cónyuge no concurriese con nadie y fuese legalmente único heredero, pese a que el derecho de herencia excedería naturalmente lo que le correspondería por concepto de su porción, la distinción en la imputación sería inocua porque igual todo sería para él.

En la práctica, tratándose de sucesiones intestadas, cuando el derecho sucesoral sea superior a lo que correspondería por concepto de porción conyugal, resulta inútil liquidar el valor de dicha porción como asignación diferente a lo que reciba por cualquier otro concepto, siendo más sencillo y práctico realizar una sola asignación por el valor más alto.

4 RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE POR SU PORCIÓN CONYUGAL

Ha llegado el momento de entrar a determinar las responsabilidades que surgen en cabeza del cónyuge por aquello que le corresponde como porción conyugal. En primer término analizaremos la responsabilidad frente a terceros, esto es su responsabilidad civil, luego analizaremos su responsabilidad frente al Estado, esto es, aquella que le corresponde a nivel tributario.

4.1 RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se ha venido exponiendo hasta este momento, la porción conyugal es una asignación forzosa a favor del cónyuge supérstite, con una naturaleza jurídica propia, que siempre ha de pagarse al cónyuge cuando tenga derecho a ella, unas veces como pasivo de la herencia y otras como legítima

rigurosa de un hijo, dependiendo del orden sucesoral en el que se esté concurriendo.

Lo correspondiente a porción conyugal será pagado o asumido por los herederos del causante, tomando por tales a aquellos que reciban dentro de la sucesión asignaciones a título universal, pues son éstos los llamados a continuar con su patrimonio respecto de todos los derechos y obligaciones que sean transmisibles al momento de su muerte. Así lo establece el artículo 1155 del Código Civil.

Siendo éste el principio general, consideramos que el pago de la porción conyugal no presenta inconveniente respecto de la responsabilidad que asiste a los herederos que aceptan la herencia en forma pura y simple, pues ésta es de carácter absoluto.

No obstante, lo usual es que los herederos acepten la herencia con beneficio de inventario, con lo que su responsabilidad no será absoluta sino concurrente hasta el valor total de los bienes que hereden, conforme a lo dispuesto por el artículo 1304 del Código Civil. Es en este momento cuando en nuestro criterio cobra relevancia el tema de la responsabilidad civil del cónyuge por su porción.

Analizando las normas que regulan la responsabilidad del cónyuge para efectos de su porción conyugal, encontramos que el Código Civil regula el tema de manera específica dentro del artículo 1238 así:

"El cónyuge a quien por concepto de su porción haya cabido a título universal alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable a prorrata de esta parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.

"Si se imputare a dicha porción la mitad de gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad especial que le es propia, según lo prevenido en el título de la sociedad conyugal. (Precisamente en ese sentido se desarrolla una crítica a continuación)

"En lo demás que el viudo o viuda perciba, a título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios".

Aunque de la lectura del artículo se insinúa una posible responsabilidad del cónyuge como heredero por concepto de lo que reciba como porción conyugal, lo cierto es que éste, por efectos de su porción, siempre responderá de la forma establecida en la ley para los legatarios.

Al efecto, recordamos simplemente que los legatarios son asignatarios a título singular, dado que no representan al causante, por lo que sólo tienen los derechos y asumen las cargas que les sean impuestas en forma expresa en la sucesión. No obstante, en ellos recae una responsabilidad

subsidiaria a la de los herederos, teniendo que asumir con su legado lo que éstos tengan que pagar cuando se encuentren en imposibilidad de hacerlo. Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 1162 del Código Civil.

Procedemos a continuación a sustentar nuestras afirmaciones:

4.1.1 Responsabilidad del cónyuge como heredero. Cuando el inciso primero del artículo 1238 del Código Civil hace referencia a la responsabilidad del cónyuge como heredero, no está dando a entender que la porción conyugal sea recibida a título de herencia. Lo que hace en nuestro concepto, es referirse al evento el que el cónyuge sobreviviente haya recibido lo que definimos atrás como porción conyugal ficticia.

En efecto, cuando dentro de la sucesión del causante tiene su cónyuge algún derecho de herencia y aun así ha optado por el pago de su porción conyugal, ésta le es pagada de manera preferente, pero mediante la imputación de su asignación hereditaria a la porción que le corresponda, conforme a lo dispuesto por el artículo 1234 en su inciso final.

Si bien con lo dispuesto en el 1234 lo que quiso el legislador, como lo mencionamos en su momento, fue garantizar el pago de la porción conyugal, no quiere esto decir que lo correspondiente al cónyuge a título de herencia, como representante y continuador del patrimonio del causante, cambie su naturaleza. Por eso el artículo 1238 en su inciso primero dispuso mantener una responsabilidad a título universal en cabeza del cónyuge en el evento de que el pago de su porción fuese el fruto de una imputación ficticia de lo que le corresponda como derecho de herencia. Decimos ficticia, por cuanto realmente lo que se está otorgando al cónyuge no es porción conyugal como asignación forzosa, sino una verdadera asignación a título universal. Por esto, dicha asignación debe respaldar, así como las de los demás herederos, los pasivos y legados de la sucesión.

4.1.2 Responsabilidad del cónyuge por lo que recibe por concepto de gananciales. En este punto referente a los gananciales debemos remitirnos nuevamente a nuestros comentarios sobre la porción conyugal ficticia. Lo que está dando a entender el artículo 1238 cuando en su inciso segundo menciona la imputación de gananciales al pago de la porción

conyugal, es que respecto de ésta sobrevive o sigue vigente la responsabilidad legal que establece el título de la sociedad conyugal por concepto de gananciales. Aunque se está pagando porción conyugal, ello se está haciendo con bienes gananciales de la sociedad conyugal, que como tales, están llamados a responder por las deudas de dicha sociedad sin que esto pueda cambiar por el pago de la porción.

Lo que debemos determinar ahora es en qué consiste la responsabilidad del cónyuge por su porción conforme a lo dispuesto dentro del título de la sociedad conyugal.

Revisando el título XXII del Código Civil, correspondiente a la sociedad conyugal, al referirse en su capítulo V a su disolución y la correspondiente partición de gananciales, encontramos que el artículo 1833 dispone que *"La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de la mitad de gananciales."*

Dentro del mismo título del código, pero dentro del capítulo VI, referido a la renuncia de gananciales, encontramos a su vez que el inciso final del artículo 1837, modificado en su momento por el artículo 64 del Decreto 2820 de 1974,

establece que lo dispuesto en los artículos 1833, 1840 y 1841 se aplique tanto al marido, como a la mujer.

Bajo este supuesto, lo lógico sería concluir equivocadamente que, conforme a lo dispuesto dentro del Código Civil en el título de la sociedad conyugal, ni el hombre ni la mujer serían responsables de las deudas de la sociedad conyugal, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales.

Aplicado lo anterior al tema de la porción conyugal, afirmaríamos igualmente que por aquello que se impute de gananciales a porción conyugal, el cónyuge sobreviviente sólo respondería hasta concurrencia de sus gananciales.

Tal conclusión es errada y a nuestro juicio desconoce lo dispuesto por la Ley 28 de 1932, con la cual se reformó el Código Civil en todo lo referente al régimen patrimonial del matrimonio, equiparando al hombre y la mujer.

Conforme a lo dispuesto por el artículo primero de la citada ley:

"Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el

matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero 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".

Determinada por ley la administración separada de los bienes dentro de la sociedad conyugal, a renglón seguido el artículo segundo ordena que *"Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga..."*.

Según esto, la conclusión a la que debe llegarse sobre la responsabilidad del cónyuge por sus gananciales es diametralmente distinta, teniendo éste en nuestro criterio que responder siempre personalmente por las deudas que adquiriera durante la vigencia de la sociedad conyugal, independientemente del monto de sus gananciales.

Pese a no ser un asunto propio de este trabajo de tesis, semejante contradicción entre la Ley 28 de 1932 y el aparentemente vigente artículo 1833 del Código Civil, amerita un análisis de lo sucedido dentro del Código Civil con ocasión de la expedición y entrada en vigencia del citado Decreto 2820 de 1974.

Para lo anterior nos remitiremos al análisis realizado por el doctor Carlos Gallón Giraldo sobre el particular, quien desde el año 1975 manifestó lo siguiente en un artículo publicado por la revista Universitas⁴⁵:

"El Capítulo sexto del título veintidós del libro cuarto del Código Civil trata "de la renuncia de los gananciales, hecha por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad". Curiosamente este encabezamiento no sufrió reformas en el nuevo decreto.(refiriéndose al Decreto 2820 de 1974). Pero el articulado del capítulo sí fue objeto de modificaciones; según el nuevo artículo 1837 del Código Civil (art. 64 del decreto). "Los cónyuges incapaces y sus herederos en el mismo caso podrán renunciar con autorización judicial". Lo dicho en los artículos 1838, 1840 y 1841 se aplicará tanto al marido como a la mujer". En síntesis, en la legislación anterior, sólo la mujer podía renunciar a los gananciales con lo cual se confundía el haber social con el patrimonio del marido y quedaba libre la mujer de toda carga o deuda exigible contra la sociedad conyugal. Desde muchos puntos de vista puede considerarse benéfica la ampliación de dicho derecho de renuncia al marido. Sin embargo, ¿qué sucede cuando los dos cónyuges renuncian a los gananciales? ¿a favor de quien se hace la renuncia? Si el pasivo es superior al activo, ¿pierden los acreedores el derecho de perseguir individualmente a los cónyuges renunciantes para exigir el pago de los créditos que no alcancen a cubrirse con el haber social?

Estas preguntas cobran un tono más interesante si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 1833 del Código Civil: "la mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales" (inc. 1) y por el artículo 1834 del mismo código: "el marido es responsable del total de las deudas de la sociedad; salva la acción de la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas según el artículo precedente". Estos artículos no fueron mirados

⁴⁵ GALLÓN GIRALDO, Carlos. Revista Universitas No. 48. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1975, p. 284 y 285.

por la comisión redactora del proyecto aunque consagran privilegios a favor de la esposa, explicables solamente durante la época en que la mujer se hacía incapaz por el hecho del matrimonio. Curiosamente, en la impresión del Diario Oficial se cometió un error al transcribir el inciso segundo del artículo 64 del decreto, en la siguiente forma: "Lo dicho en los artículos 1833 (sic), 1840 y 1841 se aplicará tanto al marido como a la mujer". Aunque ya hemos visto como los errores tipográficos deben corregirse, aun de oficio, muchos tememos que, si no se corrige dicho yerro, dejando transcurrir el tiempo, buen amigo del olvido, adquiera éste fuerza legal aparente y que cualquier día un juez de la República concluya que los cónyuges no son responsables de las deudas de la sociedad conyugal, sino hasta concurrencia de sus gananciales.

Bogotá, mayo de 1975". (Negrilla fuera de texto).

Como se observa, lo que parece haber sucedido con el aludido artículo 1833 del Código Civil, que según el modificado artículo 1837 del mismo código se aplica tanto al hombre como a la mujer, no fue otra cosa que un error tipográfico al momento de su publicación en el Diario Oficial. No obstante, dicho error nunca ha sido corregido como lo ordena el Código de Régimen Político y Municipal, que en su artículo 45 dispone que "los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser rectificadas por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador", gozando hoy día, como en su momento lo vaticinara el doctor Gallón, de una fuerza legal aparente.

Lo que pretendió el Decreto 2820 en el año de 1974, fue concretar expresamente dentro del Código Civil aquello que ya había hecho de manera tácita la con la Ley 28 de 1932. Esto es, equiparar al hombre y a la mujer en sus derechos patrimoniales con ocasión del matrimonio.

No habiéndose referido el decreto original a temas regulados por la citada ley 28, resulta forzoso concluir que ésta se encuentra hoy plenamente vigente, por lo menos en lo que respecta a los artículos arriba mencionados, con lo que ratificamos, gracias a la reseña histórica realizada por el doctor Carlos Gallón, nuestra posición en el sentido de que la responsabilidad del cónyuge por las deudas sociales a su cargo, no se limita al monto de los gananciales.

4.1.3 Responsabilidad del cónyuge como legatario. Cuando el artículo 1238 del Código Civil hace referencia a "*... lo demás que el viudo o viuda perciba, a título de porción conyugal ...*" deberemos entenderlo como aquello que el cónyuge verdadera o realmente recibió a título de porción conyugal propiamente dicha.

Así, cuando el cónyuge reciba propiamente porción, sin que ésta sea objeto de imputación alguna, por mandato expreso tendrá la misma responsabilidad que le asiste a un legatario; la que como vimos, opera sólo en subsidio de la responsabilidad de los herederos en los términos explicados inicialmente.

No es que el Código esté partiendo de la base de que el cónyuge sea un legatario. Simplemente lo asimila como tal para efectos de determinarle un régimen de responsabilidad frente a terceros por lo que reciba a título de porción conyugal.

4.2 RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA

Teniendo en cuenta que en materia tributaria, todas las personas naturales son consideradas como sujetos pasivos del impuesto sobre la renta y complementarios y, que según el artículo 8 de Estatuto Tributario "*Los cónyuges, individualmente considerados, son sujetos gravables en cuanto*

a sus correspondientes bienes y rentas", resulta importante determinar cuál es la responsabilidad que le asiste al cónyuge sobreviviente por efecto de lo que reciba como porción en la sucesión de su consorte.

4.2.1 Diferencia tributaria entre porción conyugal y gananciales. A nivel tributario, la gran diferencia contemplada para una y otra institución, radica en que la porción conyugal está considerada como una ganancia ocasional, pues enriquece al cónyuge al momento de la muerte del causante, en tanto que los gananciales no.

Así lo establece expresamente el Estatuto tributario, cuando en su artículo 47 dispone que *"No constituye ganancia ocasional lo que se recibe por concepto de gananciales, **pero sí lo percibido por porción conyugal**"* (Negrilla fuera de texto).

Esto tiene sentido, considerando que los gananciales son activos obtenidos de la liquidación de la sociedad conyugal, que como tales no incrementan el patrimonio en ese momento, sino que ya lo han hecho desde que ingresaron a la sociedad

conyugal. Muy seguramente la renta obtenida con ocasión de un trabajo en su momento fue objeto de retención o fue declarada para efectos de renta. Por esto, no puede ser nuevamente gravada al momento de la liquidación.

4.2.2 Herencias, legados y donaciones. Siguiendo el mismo criterio de la porción conyugal en el sentido de constituir un verdadero factor de enriquecimiento, según el artículo 302 del Estatuto Tributario *"Se consideran ganancias ocasionales para los contribuyentes sometidos a este impuesto, las provenientes de herencias, legados y donaciones y lo percibido como porción conyugal"*.

En consecuencia, al igual que cuando nos referimos a la responsabilidad civil, deberemos distinguir la responsabilidad tributaria del cónyuge sobreviviente diferenciándola cuando éste reciba porción propiamente dicha, herencia, legado o ganancial.

Si bien lo que reciba el cónyuge por herencia o legado debe ser imputado a porción conyugal, no por ese sólo hecho implicará la existencia de una ganancia ocasional, pues, si

se ha imputado todo o parte como gananciales, dicha suma debe considerarse excluida, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 del Estatuto Tributario, citado atrás.

4.2.3 Exenciones a la porción conyugal. El artículo 307 del Estatuto Tributario contempla a su vez como exento del impuesto sobre ganancia ocasional el primer millón de pesos que se reciba después de aquel que se encuentra gravado con tarifa cero (0%). Estos valores se actualizan anualmente mediante decreto. Al momento de redactar el presente trabajo de tesis el monto de la exención asciende a diecisiete millones doscientos mil pesos (Art. 1 Decreto 2661 de 2000).

Aunque esta serie de normas de carácter tributario no revisten mayor contenido científico, consideramos importante tenerlas en cuenta al momento de estimar el monto aproximado de la porción conyugal, pues éstas pueden llegar a determinar el interés que le asista a la persona del cónyuge para determinar su opción.

Para terminar, concluimos que la responsabilidad del cónyuge frente al Estado por efectos de su porción, radica en el

hecho de ser sujeto pasivo del impuesto a la ganancia ocasional que le reporta el pago efectivo de su porción. Pago que en estricto sentido lo enriquece, gravándolo en forma escalonada dependiendo del monto de lo que llegare a percibir (Artículo 314 del Estatuto Tributario, concordado con el artículo 241 del mismo estatuto).

5 ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Analizada como se encuentra la responsabilidad que le asiste al cónyuge sobreviviente por concepto de su porción conyugal, procedemos a continuación al estudio de las acciones que éste tiene cuando cuenta con los requisitos que por ley le permiten reclamarla, siendo por alguna razón desconocido su derecho dentro de la sucesión.

5.1 ACCIONES

Dentro del Capítulo II, Título V, del Libro III del Código Civil, correspondiente a las normas que regulan el tema de la Porción Conyugal, no se encuentra disposición expresa que dote al cónyuge supérstite de acciones que le permitan proteger su derecho a porción conyugal en una forma expresa.

No obstante lo anterior, dentro del Capítulo II, Título VI del mismo Libro III, referente a la Reforma del Testamento, el artículo 1274 contempla a favor de los legitimarios la Acción de Reforma de Testamento, según la cual *"Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma, dentro de los Cuatro (4) años contados desde el día en el que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios"*.

Aunque en principio la acción resulta restringida a legitimarios, dentro del mismo capítulo se contempla en el artículo 1278 la acción de reforma de testamento por porción conyugal, conforme a la cual *"El cónyuge sobreviviente tendrá acción de reforma para la integración de su porción conyugal, según las reglas precedentes"*.

Nótese como, dentro de las reglas precedentes se incluye dentro del artículo 1276 la de preterición, conforme a la cual *"El haber pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima"*. Las implicaciones de esta regla serán analizadas más adelante.

5.1.1 Casos en que se aplica la acción de reforma de testamento. Naturalmente, la acción de reforma de testamento se aplica únicamente en aquellos casos en los que exista testamento. Además, dentro de la sucesiones intestadas se aplica únicamente en aquellos casos en que el cónyuge sobreviviente haya sido injustamente ignorado en forma expresa por el testador. No se aplica, por mandato del artículo 1276, en aquellos casos en que el cónyuge haya sido preterido, es decir, pasado en silencio, pues en dicho caso se entenderá instituido en su porción, la que podrá reclamar haciéndose parte en el proceso de sucesión.

Idéntica situación acontece en el evento en que el cónyuge sobreviviente no haya sido pasado en silencio, pero sólo se le esté asignando una parte menor de aquello que por ley le corresponde como porción. Lo entendemos así al considerarlo preterido en una parte de la misma, lo que hace a su vez que lo entendamos como instituido en lo que falte.

Entonces, la acción de reforma de testamento se restringe en nuestro concepto, al supuesto en el cual el cónyuge sobreviviente sea expresamente apartado por el testador de su derecho a reclamar porción, por el hecho de considerarlo indigno de suceder.

5.1.2 ¿Que pasa en las sucesiones intestadas? Si la sucesión es intestada, entendemos que el cónyuge sobreviviente podrá hacerse parte en el proceso, pidiendo en el mismo que se le pague su porción acudiendo para ello al artículo 1230, según el cual, como lo mencionamos, la porción conyugal es una asignación forzosa de orden legal. Por ello es un derecho que no puede verse desconocido incluso en presencia de descendientes, quienes en virtud del artículo 4 de la Ley 29 de 1982, desplazan a todos los demás herederos, *"sin perjuicio de la porción conyugal"*.

5.1.3 ¿Qué pasa si el proceso de sucesión termina sin que se haya tenido en cuenta la porción conyugal, habiendo lugar a esta? El cónyuge podría acudir a acciones ordinarias en las que reclamara de los herederos instituidos en su porción la parte que le correspondiere.

5.1.4 En que favorece al cónyuge sobreviviente el hecho de contar con la acción de reforma de testamento? En nuestro criterio, no lo favorece en nada, ya que si bien le otorga un

mecanismo legal expreso para el caso en el que el causante se oponga en el testamento al pago de la porción a la que tendría derecho, también es cierto que le otorga para el efecto un término de prescripción de tan sólo cuatro (4) años. Si la acción concreta no existiera, igual podría mediante acciones ordinarias con prescripciones ordinarias, lograr hacer efectivo su derecho.

6 PORCIÓN CONYUGAL Y UNIÓN MARITAL DE HECHO

Desde 1990, mediante la entrada en vigencia de la Ley 54 de ese año, se consagró la figura de la unión marital de hecho, según la cual un hombre y una mujer pueden hacer una comunidad de vida permanente y singular con ciertos efectos patrimoniales sin necesidad de contraer matrimonio.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se dispuso además que la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, era un medio idóneo para la conformación de una familia, pues ésta, según el artículo 42 de la carta, podrá conformarse no sólo gracias a la existencia de un vínculo matrimonial, sino a la determinación responsable de conformarla entre un hombre y una mujer.

Siendo la familia el fundamento para que el legislador haya consagrado en el Código Civil una serie de asignaciones forzosas tendientes a protegerla, resulta al menos lógico pensar que dichas asignaciones forzosas, entre las que se

encuentra la porción conyugal, se hagan extensivas a la familia surgida de la unión libre y ya no sólo del matrimonio.

En cuanto a los hijos, es claro que éstos hoy día se encuentran legal y constitucionalmente protegidos, pues como lo comentamos al comienzo de nuestro trabajo, éstos reciben idéntico tratamiento independientemente de que sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

En este orden de ideas, las asignaciones forzosas a las que éstos podrían tener derecho, no dependen del vínculo de sus padres, ya que tienen derecho a percibir alimentos y son considerados como descendientes.

La controversia gira en torno a la asignación forzosa de porción conyugal, pues ésta se otorga en forma exclusiva al cónyuge sobreviviente, excluyendo al compañero permanente sobreviviente.

Teniendo en cuenta que la asignación forzosa de porción conyugal es un efecto del contrato matrimonial, analizaremos a continuación si ese efecto puede predicarse igualmente de la unión marital de hecho, caso en el cual sería injusto que

el compañero permanente no pudiera por ley tener derecho a ella.

Partiendo de la semejanza existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho, consistente en la finalidad que tienen ambos de permitir la conformación de una familia, analizaremos a continuación las diferencias que pueden predicarse de las dos instituciones.

6.1 DIFERENCIAS ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

6.1.1 Desde el punto de vista de las formalidades para su configuración legal. Mientras el matrimonio exige la celebración de una serie de formalidades que una vez efectuadas dan lugar al nacimiento de un catálogo de derechos y obligaciones, la unión marital de hecho se configura por la decisión de un hombre y una mujer sin que medie en principio formalidad legal de ningún tipo (sin perjuicio de aquellas que se requieren para efectos de la declaración judicial

mediante sentencia, de la existencia de una sociedad patrimonial), dando inicio a una comunidad de vida permanente y singular.

6.1.2 Desde el punto de vista de la adquisición de derechos y obligaciones. Mientras en el matrimonio existe una manifestación de voluntad expresa, directa y reflexivamente encaminada a la producción de una serie de efectos comunes, en la unión marital de hecho los compañeros permanentes no formalizan su intención de asumir derechos y obligaciones.

Consideramos que pese a lo dispuesto en forma ambigua por el artículo 180 del Código Civil al referirse al hecho del matrimonio, debe primar lo dispuesto en forma expresa por el artículo 113 del mismo ordenamiento, que es el que define el matrimonio, diciendo claramente que se trata de un "*contrato solemne*", lo que ha hecho que la generalidad de la doctrina, en posición que compartimos, lo entienda como un acto y no un hecho jurídico.

6.1.3 Desde el punto de vista del surgimiento de una sociedad. Mientras que el artículo 1774 del Código Civil entiende que a falta de pacto escrito, con la celebración del matrimonio surgirá una sociedad conyugal, el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 establece que en la unión marital de hecho se presumirá la existencia de una sociedad patrimonial, que necesitará de declaración judicial para demostrar su existencia, sólo dos años después de iniciada la unión y siempre que se reúnan los requisitos determinados por el mismo artículo.

No obstante lo anterior, a partir del 5 de enero de 2002, cuando entre en vigencia la Ley 640 de 2001 en materia de conciliación, será permitido conciliar extraprocesalmente la existencia de la sociedad patrimonial (art. 40, num.3), con lo cual se superará la exigencia aceptada por la doctrina en el sentido de que ésto sólo era posible a través de sentencia judicial debidamente ejecutoriada.

6.1.4 Desde el punto de vista del estado civil de las personas. Según el artículo 1 del Decreto 1260 de 1970, "*el estado civil de una persona es su situación jurídica en la*

familia y en la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley".

Mientras que con el matrimonio se modifica el estado civil de la persona de soltero a casado, lo que le permite tener capacidad para reclamar los derechos surgidos con ocasión de su celebración, con la unión marital de hecho la persona sigue siendo soltera, sin que sea su estado civil lo que le permita reclamar derechos patrimoniales, sino la sentencia de un juez, que basado en una situación de hecho, le conceda el ejercicio de un derecho.

El hecho de que la persona pase a ser compañero(a), no quiere decir que su estado civil de soltero varíe. Legalmente no existe norma que otorgue a una persona el estado civil de compañero. No obstante, es costumbre realizar esta aclaración para otra serie de efectos jurídicos como por ejemplo beneficios laborales o de seguridad social, entre otros.

6.1.5 Desde el punto de vista del vínculo. Mientras que el matrimonio da origen al nacimiento de un vínculo entre los cónyuges, que sólo se disuelve por el acaecimiento de ciertas circunstancias que den lugar a un decreto de divorcio o anulación, la determinación de unirse libremente no da lugar al surgimiento de ningún vínculo entre los compañeros permanentes, lo que les permite terminar la unión sin consecuencias de ningún tipo, salvo que ya existan los presupuestos para la declaratoria de existencia de una sociedad patrimonial.

Aunque naturalmente pueden existir más diferencias entre una y otra institución, lo que pretendemos demostrar es que pese a ser instituciones que guardan una finalidad común, no por ello el matrimonio se equipara a la unión marital pudiéndose predicar de ésta los mismos derechos y deberes de aquella.

Es por esa finalidad común que la misma Corte Constitucional a proferido múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela en las que protege derechos de los compañeros permanentes con respecto a su familia, especialmente en asuntos relacionados con la obligación de los hombres de prestar el servicio militar, o la obligación del Estado de

garantizar la seguridad social del compañero o compañera permanente.⁴⁶

6.2 JUSTIFICACIÓN DE UN TRATO DESIGUAL

El artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad, conforme al cual todas las personas, sin distinciones de ningún tipo, nacen libres e iguales ante la ley. No obstante, éste no es un principio absoluto, sino que permite en aras de la justicia la existencia de tratos diferenciadores, siempre que los mismos no tengan lugar en el capricho legislativo de distinguir por razones de sexo, raza o convicción religiosa, entre otros.

A este respecto la Corte Constitucional ha manifestado que *"toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad*

⁴⁶ Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por la Corte Constitucional: T-326 de agosto 12 de 1993, T-517 de noviembre 10 de 1993, T-042 de febrero 8 de 1994, T-553 de diciembre 2 de 1994 y C-239 de 19 de mayo de 1994, entre otras.

está desprovista de una justificación objetiva y razonable...".⁴⁷

En nuestro criterio, si la ley no otorgó un derecho de porción conyugal en cabeza del compañero permanente, ello se debió precisamente a la existencia de razones objetivas tales como la ausencia de formalidades para contraer la unión, la ausencia de una manifestación de voluntad expresa en el sentido de obligarse por parte de quienes se unen y la no existencia de vínculo alguno entre ellos.

Si en aras a la igualdad diéramos a la unión marital de hecho los mismos derechos que al matrimonio, ello implicaría imponerle las mismas cargas, lo que a su vez eliminaría toda diferenciación entre una y otra figura. No existiendo ninguna diferencia se perdería el sentido de contraer matrimonio, pues simplemente casarse no generaría ningún efecto diferente al que surgiría de la simple unión.

Para nosotros, lo hecho por la Constitución Política fue la creación de la posibilidad de conformar una familia, bien por matrimonio, bien por unión marital de hecho, pero siempre distinguiendo y diferenciando una figura de la otra.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de junio 19 de 1992.

6.3 TRÁNSITO A COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

En el año de 1996 fueron demandadas ante la Corte Constitucional las normas del Código Civil referentes a alimentos (art. 423), vocación hereditaria (arts. 10125, 1026, 1040 y 1046) y porción conyugal (arts. 1016, 1045, 1054, 1230 a 1235, 1237 y 1238).

El demandante, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, pretendía que las mencionadas normas fueran interpretadas aplicándolas no sólo a los cónyuges, sino en igual sentido a los compañeros permanentes.

A este respecto la Corte concluyó lo siguiente⁴⁸:

"El matrimonio es diferente de las unión libre, y, por lo mismo, difieren entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes.

"(...) Es erróneo sostener ... que la constitución consagre la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión libre, o unión marital de hecho, como la denomina la ley 54 de 1990.

"(...) Sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que puede celebrarse un matrimonio

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-174 de abril 29 de 1996. En el mismo sentido, Sentencia C-239 de mayo 19 de 1994.

a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre.

"(...) No se puede pedir a la Corte Constitucional que al examinar la constitucionalidad de normas que asignan derechos y obligaciones a quienes tengan el estado civil de casados, asigne esos mismos derechos y obligaciones a quienes no tienen tal estado civil, sino uno diferente.

"(...) No se quebranta el principio de igualdad consagrado en la constitución, cuando se da por la ley un trato diferente a quienes están en situaciones diferentes, no sólo jurídica sino socialmente.

"(...) En consecuencia, si el legislador estima conveniente asignar vocación hereditaria al compañero permanente supérstite, en la sucesión del otro fallecido, en sus manos está dictar la ley respectiva".

Por lo anterior, la Corte decidió declarar exequibles la totalidad de los artículos demandados.

No es dable entonces concluir que pese a la similitud en la finalidad de las dos instituciones éstas necesariamente deban producir idénticos efectos jurídicos en cabeza de quienes las conforman. Así, la porción conyugal es, como lo mencionamos al estudiar la naturaleza jurídica de la figura, un efecto del contrato matrimonial, no extendible a quien no tenga la calidad de cónyuge al momento de la muerte de su consorte.

7 CONCLUSIONES

Las asignaciones forzosas se encuentran reguladas en la ley como normas de orden público que propenden por la protección de la familia.

Dentro de las asignaciones forzosas encontramos la de porción conyugal, cuyos antecedentes más antiguos se remontan a la época pretoriana del derecho romano en la que el cónyuge, sin considerar su sexo, era contado como un heredero irregular.

No obstante la existencia de esos antecedentes, por sus especiales características referidas básicamente a su cuantía relativa a la riqueza del causante y sus requisitos especiales de acceso, la figura de la porción conyugal es considerada como originaria del código civil chileno elaborado por don Andrés Bello.

Su adjudicación obedece a un mandato legal, lo que hace que deba respetarse tanto en sucesiones testadas como intestadas.

Posee una naturaleza jurídica propia que permite diferenciarla de otras figuras como los alimentos forzosos, la herencia propiamente dicha, el legado y la indemnización de perjuicios. Como tal, constituye un efecto del contrato matrimonial con el que se pretende garantizar el cumplimiento del deber de socorro, impidiendo que con la muerte de uno de los cónyuges se pierda la condición de vida forjada en común durante su vigencia.

Está destinada para aquella persona que al momento de la muerte del causante guarde con éste vínculos conyugales, por lo que podrá recibir una parte del patrimonio relicto como asignación hereditaria sui generis.

Además del hecho de la muerte, los vínculos conyugales sólo se disuelven por la anulación del matrimonio o por el decreto de su divorcio.

Para tener derecho a porción conyugal se requiere al momento de la muerte del causante, además del vínculo conyugal vigente, poseer menos bienes de aquellos que le corresponderían por porción teórica o renunciar el derecho sobre los que se tenga independientemente de su cuantía, no

ser culpable de la separación de cuerpos, ser capaz y digno de suceder.

En caso de que el cónyuge sobreviviente no posea ningún bien o haya abandonado aquellos que posea a órdenes de la sucesión, podrá acceder a porción conyugal plena. Si no ejerce su derecho de abandono y posee bienes en cuantía inferior al monto de la porción conyugal a la que en teoría tiene derecho, podrá acceder a porción conyugal complementaria.

Si se tiene derecho a porción conyugal complementaria, deberá deducirse de la porción conyugal teórica un porcentaje equivalente al valor de los bienes propios que no se hayan abandonado. Ese valor deducido deberá volver a la parte de la sucesión de la que en principio fue tomado, así: En el orden de los descendientes, a la mitad legitimaria. En los demás ordenes sucesorales, al activo bruto, que por no ser destinado al pago de ningún pasivo, hará parte del activo líquido.

Se imputarán tanto a la porción conyugal plena, como a la complementaria, aquellos bienes o derechos a cuyo acceso se tenga derecho en la sucesión a cualquier otro título como

herencia o legado. De igual modo serán imputados aquellos bienes a los que se tenga derecho por concepto de gananciales, salvo que éstos sean renunciados. Si la imputación resulta ser superior a la cuantía de lo que corresponde por concepto de porción conyugal teórica, el exceso se imputará a aquel porcentaje de bienes del que el difunto pudo haber dispuesto a su arbitrio.

En el orden de los descendientes, el cónyuge será contado como un hijo y el monto de su porción equivaldrá a la legítima rigurosa de un hijo, pagándose de la mitad legitimaria.

En los demás ordenes de la sucesión, el cónyuge será contado como un acreedor y su porción conyugal será una baja general de la herencia que equivaldrá a la cuarta parte del activo líquido del patrimonio del causante, menos deducciones y teniendo en cuenta imputaciones, pagándose del activo bruto.

Por aquello que se reciba como porción conyugal e independientemente del orden sucesoral en que dicha porción haya sido liquidada, el cónyuge sobreviviente responderá como lo hacen los legatarios. No obstante, si para el pago de su porción le fueron imputados bienes que le correspondían a

título de herencia, responderá por éstos como heredero. Así mismo, si su porción fue pagada con bienes a los que tenía derecho como gananciales, sobre éstos responderá como lo haría en la sociedad conyugal.

A nivel tributario, el cónyuge supérstite será sujeto pasivo del impuesto cobrado a las personas naturales por concepto de ganancia ocasional, con una exención sobre los primeros diecisiete millones doscientos mil pesos gravados con tarifa superior al cero por ciento (0%)⁴⁹.

Como su nombre lo indica, el derecho a porción conyugal está concebido únicamente para quien al momento de la muerte del causante revista la calidad de cónyuge por el hecho de haber contraído matrimonio. Por lo tanto, no se hará extensivo a aquellas personas que bajo el imperio de la ley sean consideradas como compañeros permanentes, pese a que tanto por matrimonio, como por unión marital se conforme una familia.

Para hacer valer su derecho a porción el cónyuge sobreviviente no tiene que acudir a la acción de reforma de testamento. Por el contrario, si se trata de sucesión

testada, se entiende automáticamente instituido en su porción y si se trata de sucesión intestada, simplemente debe hacerse parte dentro del proceso correspondiente.

Para terminar, después de realizar un estudio lo más completo posible de la figura, sin pretender con esto agotar el análisis del tema ni lograr una postura unánime, podemos sostener que la porción conyugal es una figura regulada en forma coherente por el Código Civil, pero que consideramos inexplorada debido a lo confuso que puede llegar a ser su análisis. Prueba de ello es la escasa jurisprudencia que sobre el particular se ha generado en la Corte Suprema de Justicia desde la década de los ochentas.

Aunque consideramos que la figura podría modificarse para hacer más sencilla su interpretación, por ejemplo eliminando la distinción en cuanto a su cuantía conforme al orden sucesoral en que se encuentre el cónyuge sobreviviente, creemos que no es el momento para realizar un cambio legislativo de ese tipo, pues el auge de instituciones como la unión marital de hecho podrían forzar la creación de un escenario que permitiera igualar mediante ley al cónyuge con el compañero permanente.

⁴⁹ Supra p. 124

No consideramos que esto resulte conveniente, pues, como lo mencionamos, sólo la permanencia de instituciones como la porción conyugal hacen que en la práctica exista diferencia entre contraer o no matrimonio. Si esas diferencias desaparecen, ello colaboraría en nuestro criterio con la desaparición de la institución del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO VIVES, Natalia y **PATRON LOPEZ**, Martha Ligia. La porción Conyugal. Tesis de Grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

BARROS ERRAZURIS, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Santiago: Tercer Año, 1931.

CARRIZOSA PARDO, Hernando, Sucesiones y Donaciones. Bogotá, Ediciones Lerner, 1966.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen VII, De la Sucesión, Tomo XV. Santiago, 1979, Editorial Jurídica de Chile.

CORTE CONSTITUCIONAL. Varios números. Gaceta Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Varios números. Gaceta Judicial.

EMILIANI HEILBRON, Joaquín. La Porción Conyugal. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1957.

GALLÓN GIRALDO, Carlos. Revista Universitas No. 48. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1975.

GAMBOA, Rafael Hernando. Tesis de Grado. Porción Conyugal. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Sucesiones. Parte General y Sucesión Intestada, Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

LANNATTA, Rómulo E. Derecho de Sucesiones del Código Civil Peruano de 1.936. Universidad mayor de San Marcos. Lima: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, XXV.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México: Editorial Nacional, 1971.

SOMARRIVA UNDARRAGA, Manuel. Derecho Sucesorio. Santiago: Editorial Nacimiento, 1961.

SOMARRIVA UNDARRAGA, Manuel. Evolución del Código Civil Chileno. Bogotá: Editorial Temis, 1973.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

VALENCIA ZEA, Arturo. Curso de Derecho Civil Colombiano. T. IX. Sucesiones y Donaciones. Bogotá: Editorial A B C, 1949.

VELASCO, Nebot. De las Asignaciones Forzosas. Premio Interuniversitario de Código Civil "Emilio Clemente Huerta". Ecuador: 1.943.

VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Bogotá: Ediciones Lex Ltda., 1982.