

DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN DE SU CONSORTE

**DRA. CARLOTA VERBEL ARIZA
DECANA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

BREVE HISTORIA DE ALGUNOS DERECHOS

El antiguo derecho romano fue injusto con el cónyuge sobreviviente, pues no otorgaba derechos hereditarios en la sucesión del difunto.

Recordamos que la mujer era reputada hija del marido, estaba sometida a patria potestad. Justiniano para tratar de reparar la injusticia cometida con el cónyuge dispuso en la novela 107, que la viuda pobre que careciere de medios de subsistencia recibiría a título de herencia legítima la cuarta parte de los bienes del marido, si éste no había dejado alguna cantidad para que su viuda pudiese vivir honestamente.

Esta disposición pasó a las partidas con el nombre de cuarta marital, según la interpretación de la época era solo del marido para la mujer, nunca se demandó el caso contrario; de acuerdo con la ley 7^a. de la partida 6^a., la viuda pobre sin dote, legados ni otros bienes con qué alimentarse tenía derecho a la cuarta marital, esta porción se daba tanto en sucesión tratada como intestada, y en todos los órdenes de sucesión inclusive el de los descendientes legítimos, pero, si la viuda se casaba debería reservar para los hijos de su matrimonio disuelto, la propiedad de la cuarta, de la cual solo tenía el usufructo.

A falta de hijos la hacían enteramente suya; pero la perdían al igual que los gananciales, si vivían desordenadamente.

Esta cuarta marital no pasó al Código chileno porque, se consideró injusto que solo la mujer tuviera derecho a la porción y no el marido. Entonces Don Andrés Bello acertó al cambiar esta figura jurídica hasta en su nombre, que es también adecuado pues le llamó "porción conyugal" porque este derecho debe ser recíproco, es decir de cualquiera de los cónyuges para el otro, por lo demás no siempre es la cuarta a veces es menos, como sucede en el primer orden sucesoral.

DERECHOS ACTUALES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Cuando uno de los cónyuges muere, se disuelve el matrimonio y se disuelve también la sociedad conyugal, disuelta ésta debe liquidarse, y dicha liquidación puede hacerse en el proceso de sucesión art. 586 inciso 2 del C.P.C.

Dentro del proceso de sucesión entonces podría el cónyuge escoger, gananciales o porción conyugal cuando el causante tiene descendencia, pues colocado el cónyuge en el primer orden sucesoral solo puede optar por uno de los dos derechos el que mejor le convenga.

Partiendo del primer orden sucesoral, esto es cuando el cónyuge muerto no dejó hijos, el cónyuge superstite puede escoger porción conyugal o gananciales, pero tiene también otro derecho que es el de herencia.

EL CÓNYUGE Y LA PORCIÓN CONYUGAL

El Código Civil en su artículo 1230 define así 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".

La definición no es muy clara, porque se quisieron decir cosas que no se dijeron y se dijeron cosas que no son, trata esta definición de confundir la porción conyugal con los alimentos, cosa que no tiene razón de ser porque son muy diferentes la una de los otros.

Pero la verdad es que la porción conyugal tiene una función alimenticia y otra indemnizatoria, esta última tiene su origen en los perjuicios económicos y morales que sufre el cónyuge por la muerte de su compañero.

PORCIÓN CONYUGAL COMO ASIGNACIÓN TESTAMENTARIA O LEGAL

La porción conyugal es una asignación que puede ser legal o testamentaria, hay que tenerla en cuenta, si se tiene derecho a ella, en toda clase de sucesión, no debe entenderse en el sentido de que se trata de una asignación testamentaria solamente, como lo han dado a entender algunos autores, de la propia definición que trae el art. 1230 se deduce este hecho, pues habla de que es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente...

Pero esta asignación es muy especial y no podemos encuadrarla dentro de la herencia o del legado, tiene características comunes con una y otra clase de asignación pero no se asimila a ninguna.

Tiene de común con la herencia, que la porción conyugal, es siempre una cuota de la masa hereditaria, en el primer orden, es la legítima rigurosa de un hijo y en los demás órdenes equivale a la cuarta parte de los bienes o sea, que está determinada como asignación a título Universal.

Otra cosa que tiene de común con la herencia, es que es una parte del patrimonio del difunto, se trata de bienes herenciales de donde se deduce la porción, pero se diferencian en que la porción conyugal se da solo al cónyuge pobre, mientras que la herencia se da a cualquier heredero no importa que sea rico.

Se parece al legado porque el cónyuge no está obligado a pagar deudas hereditarias si no solo en subsidio de los herederos, como sucede con el legatario, pero esto, del segundo orden en adelante, porque en el primero como explicamos antes, la porción conyugal se deduce del patrimonio líquido, esto quiere decir que ya se pagaron las deudas de la masa herencial, y siendo así todos los asignatarios pagaron deudas aún el cónyuge.

La porción conyugal es también tratada como un crédito, pues se paga previamente, pero es un crédito diferente a los que pudiera tener el causante ya que los acreedores comunes no tienen porqué acudir en subsidio de los herederos, a ellos hay que pagarles previamente.

De manera que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la porción conyugal no es herencia ni legado.

CÓNYUGES QUE NO TIENEN DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL

Vemos entonces que no tienen derecho a porción conyugal, el cónyuge rico, o sea el que tiene bienes suficientes para su congrua subsistencia, esto es, el que tiene al momento de la muerte de su consorte, tanto o más de lo que vale la porción conyugal.

Un caso para ilustrar esta primera causa de no derecho es este: Andrés y Yolanda están casados, tienen cuatro (4) hijos, Andrés muere en 1980 y deja un patrimonio de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), Yolanda no tiene derecho a gananciales le correspondería porción conyugal pero Yolanda es dueña de una casa que vale diez millones de pesos (\$10.000.000) se considera que es rica, tiene bienes suficientes para su subsistencia, allí entonces todo el patrimonio es para los cuatro (4) hijos pues ella tiene más de lo que vale la porción conyugal.

El caso hubiera sido diferente si Yolanda hubiere tenido derecho a gananciales, porque en ese caso le hubiera correspondido su mitad en la liquidación de la sociedad conyugal y además hubiera conservado sus bienes propios, o sea que en este segundo caso el reparto hubiera sido:

Patrimonio cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) la mitad para el cónyuge vivo, veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) y la otra mitad para los herederos del muerto; veinticinco millones de pesos (\$25.000.000).

El cónyuge no tiene derecho a gananciales en los siguientes casos:

- a) Cuando se separó de bienes con su consorte, esto es, liquidó su sociedad conyugal;
- b) cuando no se formó sociedad conyugal porque pactaron en las capitulaciones matrimoniales separación de patrimonios;
- c) Cuando todos los bienes que poseen son de propiedad del cónyuge muerto, porque los adquirió a título gratuito dentro del matrimonio, o porque los tenía antes de casarse, son bienes propios.

En este caso el cónyuge sobreviviente no tiene opción, pues no teniendo gananciales debe pedir necesariamente la porción conyugal, especialmente en el primer orden sucesoral, ya que en este orden no es heredero.

Tampoco tiene derecho a porción conyugal el cónyuge indigno, o sea, el que ha cometido contra su cónyuge una falta grave de las contempladas en el art. 1025 y ss. del Código Civil.

El separado por su culpa, tampoco tiene derecho a porción conyugal; se refiere al cónyuge separado de cuerpos o de bienes por su culpa o sea al que se le ha probado en un proceso, cualquiera de las causales de que habla el art. 154 del C.C. reformado por la ley 25 de 1992 las que corresponden al divorcio sanción, como son la infidelidad, el incumplimiento de los deberes que la ley les impone, los ultrajes, la embriaguez habitual, la conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper al otro, etc. Pero si la separación fue por una enfermedad o anomalía grave de uno de los cónyuges en este caso el divorcio no es sanción, es remedio, y ninguno de los dos es culpable, por tanto el derecho no se perdería, lo mismo sucede cuando la separación es por mutuo acuerdo.

REPARTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL PRIMER ORDEN SUCESORAL

Quando existen descendientes el cónyuge concurre con ellos, los descendientes excluyen a cualquier otro heredero. En este evento el cónyuge recibe como hijo y adquiere como porción conyugal la llamada legítima rigurosa de uno de ellos. La legítima Rigurosa resulta de dividir la mitad legitimaria por el número de legitimarios; en el primer orden se incluye como hijo al cónyuge, para deducir dicha porción de manera que si son dos hijos y el cónyuge, se cuentan tres así: A/B/C la mitad legitimaria en este ejemplo se divide en tres (3) partes, una para cada uno de los hijos y la otra parte al cónyuge, la restante mitad es para los hijos, correspondientes a cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición si el causante no dispuso de ellas.

Hay otra legítima llamada efectiva que resulta de aumentar la rigurosa con la cuarta de mejoras y con libre disposición, es decir legítima efectiva es igual a legítima rigurosa, más mejora, y si no se ha dispuesto de la libre disposición se le suma también. Como la porción conyugal debe pagarse de la mitad legitimaria, disminuye las legítimas rigurosas de los hijos. Al cónyuge no le corresponde legítima efectiva, ya que no es dueño de mejoras, ni aún de libre disposición si su consorte no se la dejó por testamento. En el ejemplo anterior si el causante hubiere dejado un capital de tres millones pesos (\$3.000.000) se divide la mitad que es, un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) entre tres (3) correspondiéndole al cónyuge quinientos mil pesos (\$500.000) y quinientos mil pesos a cada uno de los hijos; el otro millón quinientos

(\$1.500.000) correspondiente a la libre disposición y mejora serán de los hijos, setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000) para cada uno, al cónyuge le corresponde solo lo equivalente a la legítima rigorosa de un hijo, esto es, la tercera parte de la mitad que son quinientos mil pesos (\$500.000), ni más ni menos, y a los hijos les corresponde un millón doscientos cincuenta mil pesos (\$1.250.000) a cada uno, o sea quinientos mil pesos (\$500.000) por legítima rigorosa y setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000) por mejoras y libre disposición, esto en una sucesión intestada, en una testada su consorte puede dejarle si a bien lo tiene la cuarta de libre disposición. De manera pues, que la cuantía de la porción conyugal en el primer orden varía según el número de hijos que haya dejado el difunto.

Si con el mismo patrimonio, el cónyuge muerto en vez de dejar dos (2) hijos hubiere dejado cinco (5), la mitad legitimaria que equivale a un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) se dividirá en seis (6) partes, una para el cónyuge y una para cada hijo y aquí le correspondería al cónyuge solo doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000), bajó la porción porque aumentó el número de hijos. Es por eso que los cónyuges se preocupan mucho cuando su consorte tiene hijos fuera de la unión porque esto ayuda a que baje la cuota de ellos.

De acuerdo con el artículo 1249 del C.C. cuando el testador no haya dispuesto el reparto de la cuarta de mejoras de la porción de libre disposición, éstas no acrecen a la porción conyugal, sino que forma la legítima efectiva de los hijos. Si el cónyuge concurre con descendientes del causante, la porción conyugal no constituye baja general de la herencia, esto quiere decir, que no se paga previamente como lo ordena el artículo 1016 del C.C., sino que se paga del patrimonio líquido, o sea, después de que se hayan cancelado las deudas hereditarias y testamentarias; se saca de la mitad legitimaria.

PORCIÓN CONYUGAL EN LOS DEMÁS ÓRDENES SUCESORALES

Ya hablamos de la porción conyugal en el primer orden que es igual a la legítima rigorosa de un hijo, estudiamos cómo se paga en ese orden, hablemos ahora de la porción conyugal en los demás órdenes que equivale según el art. 1236 del Código Civil a la cuarta parte de los bienes. Pero para una mayor claridad explicaremos la porción conyugal partiendo del **segundo orden, en este segundo orden que es el de los ascendientes**

al cónyuge se le paga dejándole una cuarta parte de los bienes, esta cuarta parte se deduce del patrimonio bruto, no del líquido como en el primer orden; y se paga previamente con los gastos de publicación del testamento, deudas hereditarias, los impuestos fiscales, los alimentos, etc. Si el causante otorga testamento y tiene cónyuge sobreviviente lo mínimo que le debe dejar es una cuarta parte de los bienes como porción conyugal, en este segundo orden, podría dejarse además al cónyuge, hasta la mitad por testamento, porque la otra mitad es de los ascendientes forzosamente. Recuérdese que en el 2º orden heredan los ascendientes que son legitimarios, esto es, tienen derecho mínimo a la mitad de los bienes, pero si se le deja la cuarta parte, al cónyuge éste, no puede reclamar nada más. Si el cónyuge difunto no otorga testamento, entonces dice la ley 29 de 1982 en su art. 5º que se dividirá la herencia por cabeza entre los ascendientes y el cónyuge, de manera que si existen 2 ascendientes y el cónyuge, a cada uno le corresponderá una tercera parte de la herencia.

Pero el cónyuge tiene otra opción y es que puede pedir la liquidación de sus gananciales si tuviere derecho a ellos, y le fuere más favorable, no puede pedir a la vez gananciales y porción conyugal. Pero los gananciales no son incompatibles con la herencia; no hay norma que prohíba recibirla conjuntamente, se podría entonces pedir, gananciales y luego solicitar lo que le corresponde como heredero de su consorte en una sucesión intestada, esto se ve mucho en el tercer orden sucesoral, en donde están los hermanos y el cónyuge o hijos de los hermanos y el cónyuge.

En el primer orden sí tiene el cónyuge que pedir solo una cosa, o porción conyugal o gananciales, lo que más le convenga, ya que no tienen derecho a herencia en este primer orden.

PORCIÓN CONYUGAL EN EL TERCER ORDEN SUCESORAL

Como dijimos anteriormente, este es el orden de los hermanos y el cónyuge, aquí el cónyuge también tiene derecho a su porción conyugal que equivale a la cuarta parte del patrimonio bruto del causante, si el cónyuge muerto otorga testamento lo mínimo que debe dejarle al sobreviviente es una cuarta y dejándole esa cantidad el cónyuge no tiene derecho a ningún reclamo, pero en este tercer orden el cónyuge es heredero igual que los hermanos esto es, que a falta de los hermanos

hereda el cónyuge, y a falta del cónyuge heredan los hermanos, esto en sucesión intestada.

En una sucesión intestada le corresponde al cónyuge la mitad de la herencia y a los hermanos la otra mitad, mitad esta que puede corresponder también a los hijos de los hermanos por derecho de representación, en el caso de que falten todos los hermanos o algunos de ellos.

Pero como en el caso anterior considero que el cónyuge si tiene derecho a gananciales, puede pedirlos y luego solicitar la parte de la herencia que le corresponde, porque la ley no lo prohíbe, ya que los derechos, tienen naturaleza diferente, los gananciales no son otra cosa que la resultante del trabajo y del esfuerzo conjunto, mientras que la otra parte la recibe como heredero que es, de ese tercer orden y esta porción no excluye la otra.

En el cuarto orden también le corresponde al cónyuge su cuarta parte de los bienes por porción conyugal en sucesión testada, pues en sucesión intestada el cónyuge jamás pasa al cuarto orden, porque si hereda con sobrinos, estos suben al tercer orden y ocupan el lugar de sus padres, siendo así el cónyuge nunca pasa de ese orden. Consideramos que no teniendo derecho a gananciales puede pedir herencia y porción conyugal, para esto hay que tener en cuenta desde qué momento se adquiere el derecho a porción conyugal.

Del tercer orden en adelante los bienes son de libre disposición, esto quiere decir, que se le pueden dejar los bienes a quien se quiera y en la proporción que se desee y nadie puede reclamar nada al respecto.

CLASIFICACIÓN DE LA PORCIÓN CONYUGAL (ÍTEGRA COMPLEMENTARIA)

Como habíamos estudiado antes, no todo cónyuge es acreedor a la porción conyugal, sino solo el que tiene la condición de pobre; y no es con criterio subjetivo como se determina la pobreza o no pobreza, es con criterio objetivo, esto depende del monto de la herencia. Puede ocurrir que el cónyuge sea pobre, porque nunca ha tenido bienes o porque habiéndolos tenido los abandonó a favor de la herencia, la ley en estos casos les asigna la porción íntegra. Cónyuge pobre es el que carece de bienes equivalentes al valor de la porción conyugal.

La porción conyugal íntegra es la que se establece a favor del cónyuge sobreviviente que carece en absoluto de bienes, a la muerte de su consorte. Pero puede ocurrir que el cónyuge posea bienes, pero que no alcancen a tener el valor de lo que le correspondería por porción conyugal, entonces tiene derecho a la diferencia entre esas dos cantidades es decir, de la porción teórica se resta el valor de los bienes que tiene el cónyuge y de la diferencia, resulta la porción complementaria.

El art. 1234 del C.C. expresa: "si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes pero no de tanto valor como la porción conyugal solo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal...".

Debe observarse que en caso de no haber descendientes y siendo por lo tanto la porción equivalente a la cuarta parte de los bienes, de esta debe restarse el valor de los bienes propios del cónyuge, cuando de porción conyugal complementaria se trata; la diferencia entre el valor de la cuarta parte y el valor de los bienes propios del cónyuge, aumenta el acervo líquido partible.

Si se trata de porción conyugal complementaria en el primer orden sucesoral o sea, cuando hay hijos del causante la diferencia, en vez de ampliar el patrimonio líquido como el caso anterior, incrementa las legítimas rigurosas de los hijos.

Podemos observar que el cónyuge, puede no tener derecho a porción conyugal y sí tener derecho a herencia, por ejemplo en el **tercer orden sucesoral** cuando el cónyuge es separado de cuerpos por su culpa, se liquidó la sociedad conyugal, de manera, que no tiene gananciales, no tiene porción conyugal por ser cónyuge culpable de la separación de cuerpos; pero este cónyuge, si no es indigno puede pedir su porción hereditaria, que en este orden sería la mitad de los bienes. A menos que la sucesión sea testada y el testador haya dejado sus bienes a personas extrañas o a entidades de beneficencia, pues en ese caso, el cónyuge no puede reclamar nada, ni siquiera herencia, porque no siendo heredero forzoso, no le es dable pedirla contra la voluntad del testador. *Intestadamente sí le correspondería herencia*, en caso de que el cónyuge separado de cuerpos por su culpa no haya sido declarado indigno, en este caso es separado por su culpa, pero no es indigno, aquí sólo pierde la porción conyugal, no la herencia. Perfectamente podría pedir su herencia.

MOMENTO EN QUE SE DETERMINA SI HAY DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL

Es muy importante establecer cuál es el momento en que nace el derecho a la porción conyugal, porque los bienes que el cónyuge superstite hubiere tenido antes o los que tuviere después de muerto el cónyuge en nada influyen, carecer de lo necesario para la congrua subsistencia, es lo que le dá derecho a la porción conyugal, el momento en que detectamos que existe ese derecho es el de la muerte del otro cónyuge, ya que es el momento en que se defieren los bienes herenciales.

El Art. 1232 del C.C. dice: "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".

Y el Art. 1233 es el del siguiente tenor: "El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción, no lo adquirirá por el hecho de caer en pobreza".

Estos dos (2) artículos pueden confundirse en uno, ya que el segundo es reducción o comentario del primero; lo que quieren decir es que al momento del fallecimiento de un cónyuge es cuando el otro debe carecer de lo necesario para su congrua subsistencia para así establecer si tiene derecho a porción conyugal.

Si en ese instante carece de lo necesario adquiere el derecho, y no lo pierde más, y si en ese momento no tiene derecho no lo adquiere por insolventarse posteriormente y es por eso por lo que los cónyuges que han liquidado su sociedad conyugal, sea por separación de bienes o de cuerpos; a pesar de que recibieron su mitad de gananciales en la fecha de la liquidación; si a la muerte de su consorte no tienen bienes o los que tienen en ese momento no valen tanto como la porción conyugal, tienen derecho a la porción, ya sea íntegra o complementaria según el caso; téngase en cuenta que en este caso no hay incompatibilidad, la incompatibilidad se presenta es cuando se tiene derecho a las dos (2) porciones al tiempo, es decir, tienen derecho a pedir gananciales y también porción conyugal, como en el caso que planteamos anteriormente pero refiriéndonos a cónyuges no separados, ya que si estuvieren separados de cuerpos o de bienes y consecuentemente liquidada su sociedad conyugal, no tendría el sobreviviente opción, tendría que pedir porción

conyugal porque gananciales no tiene. Siendo así, esto es que los cónyuges no estuvieran separados, entonces tendría el sobreviviente que optar por uno de los dos derechos no puede pedir los dos al tiempo, pero en el primer caso que planteamos no; porque la riqueza o pobreza del cónyuge se conoce al momento de morir el otro.

Una vez adquirido el derecho a porción conyugal, el cónyuge sobreviviente puede renunciarlo, enajenarlo, entre vivos o transmitirlo, por causa de muerte.

TRANSMISIÓN DEL DERECHO A PORCIÓN CONYUGAL

Como dijimos anteriormente el cónyuge que adquirió el derecho a porción conyugal, porque era pobre en el momento de la muerte de su consorte, puede transmitir ese derecho a sus herederos, que pueden ser, sus hijos, sus ascendientes, sus hermanos o los hijos de sus hermanos.

Recordemos que la transmisión es una manera de suceder, por la que una persona a la que se le ha deferido una asignación y ha muerto sin manifestar si la acepta o la repudia es reemplazada por sus herederos para efectos de desatar la opción. La persona a quien se le transmite el derecho, que es el transmitido, hereda a dos causantes, a su causante inmediato o sea a su pariente que le transmite el derecho, que es el transmisor, y al causante mediato esto es, la persona a quien indirectamente va a suceder y a quien solo hereda por intermedio de su causante inmediato o transmisor.

En el caso de la transmisión por lo que entendemos claramente que la delación constituye un derecho transmitible, porque lo que se transmite es el Jus-delatione para que el transmitido conteste, si acepta o repudia. El derecho de transmisión está contenido en el Art. 1014 del C.C. que dice: "Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado, o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se ha deferido...". Por ejemplo: A-B son casados. A muere el 15 de septiembre de 1990, la mayoría de bienes que tenía A eran propios, esto es que los recibió por herencia, luego el cónyuge superstite tendría derecho a porción conyugal, no tenía hijos, el muerto tenía ascendientes, pero B muere el 15 de noviembre de 1991 sin haber

aceptado ni repudiado su porción, en este caso transmite a sus parientes más cercanos el derecho a aceptar o repudiar su porción, que equivaldría a la cuarta parte de los bienes, estos parientes pueden ser sus hijos aunque no lo sean de su cónyuge muerto; sus ascendientes, sus hermanos, etc. y trasmite ese derecho a porción conyugal aún sin saber que se le ha deferido, esto quiere decir que si este cónyuge que acaba de enviudar hubiera estado en la Patagonia, sin enterarse de que era viudo de todos modos transmite, ya que la transmisión se da por Ministerio de la ley, y se da tanto en la sucesión testada como en la intestada; el caso que planteamos anteriormente correspondía a una sucesión intestada. Pero puede suceder que el cónyuge muerto, hubiere otorgado testamento antes de morir, y hubiese dejado la cuarta parte de sus bienes a su cónyuge sobreviviente como porción conyugal, ésta, hubiese muerto sin manifestar si aceptaba o repudiaba esa asignación testamentaria, de todos modos transmite a sus herederos ese derecho. La única forma de transmitir resulta cuando la persona a quien se le defiere el derecho, muere en silencio, sin manifestar si acepta o repudia.

Pero, puede suceder que el cónyuge sobreviviente hubiere manifestado su aceptación y hubiere muerto posteriormente en este caso no sería igual, pues no estamos en presencia de la transmisión, empezando, porque no habría dos llamados que contestar, sino uno solo, ni tendríamos que hablar de dos muertos sino solo del último o sea, del causante inmediato. Habría en este caso, un solo muerto y un solo patrimonio, porque ya el derecho que venía del primer causante se radicó definitivamente en cabeza del cónyuge que aceptó, y de este modo los herederos reciben por sucesión simple o directa.

Pero, podemos contemplar otra hipótesis y es la del cónyuge llamado a la sucesión de su consorte para recibir porción conyugal, que repudie la asignación en este caso se considera que no ha sido jamás acreedor de esa porción (art. 783 Inc. 2 C.C.), y no puede ser representado por sus descendientes, porque el cónyuge no está enlistado dentro de las personas que puedan representar ni ser representados. En el evento del repudio, esa porción que debía corresponder al cónyuge queda en la masa hereditaria para repartirse entre los herederos del primer causante, en ningún caso para los del cónyuge que repudió, porque él, no habiendo adquirido nada, no tiene nada que dar a sus herederos. Nadie da lo que **no tiene.**

Vale la pena tratar aquí el caso de los cónyuges conmurientes, esto es, los que mueren en un mismo accidente y no puede determinarse quién murió primero, en este caso ninguno de los dos hereda al otro, ni hay porción conyugal que reclamar por los herederos de ellos, porque aquí se abren dos sucesiones diferentes y se presentan los herederos de cada uno a sucederlos, directamente, no se da tampoco la transmisión (art. 95 y 1015 del C.C.). Por ejemplo: si Pedro y Leonor son casados entre sí. Van a Francia y el avión en donde viajan se incendia, no tenía descendientes; Pedro tenía su madre y Leonor una hermana, el caso se resolvería así: se abre la sucesión de Pedro, y a ella acudiría su madre a recibir toda la herencia es decir, los bienes propios del muerto. Se abre también la sucesión de Leonor y a la herencia de ella se presentará su hermana a recibir los bienes propios de ella. Ni Pedro ni Leonor reciben nada el uno del otro.

PORCIÓN CONYUGAL EN EL PROCESO DE SUCESIÓN

Cuando mencionamos la porción conyugal debemos hacernos a la idea de que hay un cónyuge muerto y consecuentemente hay una sucesión abierta, hay además, un llamado (Jus-Delatione) que deben contestar los herederos y el cónyuge, este último, para recibir su porción conyugal (a veces herencia).

Es el art. 594 del C.P.C. el que indica la manera como el cónyuge puede ejercitar en el proceso de sucesión la opción que tiene de escoger o porción conyugal o gananciales, lo que más le convenga.

Tres (3) situaciones bien definidas plantea este artículo, ellas son:

1. Indica que la elección entre porción conyugal y gananciales debe hacerse antes de la diligencia de inventarios y avalúos.
2. Determina que en caso de que el cónyuge sobreviviente guarde silencio se entenderá que optó por gananciales.
3. Dispone que si el cónyuge sobreviviente opta por porción conyugal, (se entiende) que abandona sus bienes propios, esto es, se incluyen y liquidan en el activo de la sucesión,

Comentaremos cada punto de esta norma. El primer punto de la disposición referente al tiempo que debe ejercitarse la opción es un

mandato escrito pero que generalmente no se cumple, pues el cónyuge según el numeral 3 del art. 590 del estatuto comentado tiene plazo para presentarse al proceso, para que se le reconozca su calidad hasta antes de proferirse sentencia aprobatoria de la partición, si se presenta en ese momento o sea, antes de la aprobación de la partición y ya no puede pedir su porción, ¿a qué se presenta? Entre estas dos normas art. 590 No. 3 y 594 del C.P.C. no hay armonía, entendemos que el cónyuge opta por uno u otro derecho cuando entra al proceso, y no sería justo, si entra después del inventario rechazar su petición, creo que ningún Juez de la República lo haría.

Por lo demás, esta opción al cónyuge se la da el Código Civil en su art. 1235 y no la limita dentro del proceso de sucesión y como es entendido la ley sustancial prima sobre la procesal, lo expresa la Constitución Nacional y lo dice el mismo Código Civil en su art. 10 cuando indica la jerarquía de las leyes.

En lo referente al punto 2 que se refiere al caso en que el cónyuge sobreviviente guarda silencio; la ley hace la elección por él, cosa que es muy arriesgada, porque puede suceder, que no le convenga a ese cónyuge sobreviviente optar por gananciales, y se perjudique con esa elección, puede suceder que la porción conyugal resultará más cuantiosa, esto sucede cuando el muerto era un cónyuge rico, es decir, tenía una fortuna antes de casarse, y dentro del matrimonio no hay muchos bienes, sino solo los frutos de los bienes propios del muerto, en este caso, le va mejor al cónyuge pidiendo porción conyugal, que gananciales.

Puede suceder también que no tenga opción, sino que, necesariamente tenga que pedir porción conyugal, como en el caso de que hayan pactado separación de bienes, en capitulaciones matrimoniales, sería en estos casos planteados un disparate optar por gananciales, pero como la norma lo manda así, se presume que es así, de manera que debe escogerse lo que dice la norma a falta de pronunciamiento del interesado, aunque si no hay derecho a gananciales, por sustracción de materia no valdría la escogencia de esa opción aunque lo mande la ley.

El tercer punto sí está acorde con lo que dispone el Código Civil, pero aquí cuando se refiere a porción conyugal debe entenderse íntegra, porque si no abandona los bienes que posee, y pide porción conyugal, esta será complementaria solamente.

Lo que recibe el cónyuge por porción conyugal se considera como ganancias ocasionales según el decreto 0624 de 1989 art. 302. No así, lo que se recibe por gananciales.

RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE POR SU PORCIÓN

1. La responsabilidad genérica del cónyuge es la de legatario, esto sucede si recibe porción conyugal completa, o complementaria a bienes propios que posea, tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.
2. La responsabilidad por los gananciales, se rige por la sociedad conyugal, si el cónyuge recibe solamente gananciales tiene la responsabilidad especial que le es propia como socio en la sociedad conyugal. Pero si recibe gananciales con porción conyugal complementaria tendrá dos clases de responsabilidades la de socio de una sociedad conyugal que se formó al casarse, y en cuanto a la porción complementaria tendrá la subsidiaria de un legatario.
3. La responsabilidad de heredero o legatario, cuando recibe herencia o legado superior a la porción conyugal, en ese caso hasta concurrencia de la porción responde como lo dijimos anteriormente y en cuanto al sobrante responde según el caso como heredero o legatario.

Por ejemplo en el segundo orden sucesoral el cónyuge difunto otorgó en vida testamento, y dijo: Dejo a mi cónyuge como porción conyugal la cuarta parte a que la ley me obliga, dijo además, de mi patrimonio dejo una cuarta parte de mis bienes a mi cónyuge.

En este caso, el cónyuge tiene dos (2) responsabilidades, en el primer caso como legatario por tratarse de porción conyugal y en el segundo como heredero, y en la segunda calidad debe pagar deudas hereditarias y testamentarias.

EL CÓNYUGE Y SU DERECHO A GANANCIALES

Las parejas cuando contraen matrimonio adquieren por ese hecho unos deberes y derechos recíprocos y adicionalmente constituyen una

sociedad de bienes que se llama sociedad conyugal, esta sociedad se forma con el matrimonio art. 180 Código Civil, a esta sociedad pertenecen los bienes adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio –pues los bienes adquiridos por los cónyuges antes de casarse o los recibidos a título gratuito antes o dentro del matrimonio no engrosan el haber de la sociedad conyugal–. Esta sociedad como dijimos al inicio, se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Pero la sociedad no solo se disuelve por esa causa sino también por nulidad del matrimonio, por divorcio, por separación de cuerpos, y por separación de bienes. Si se disuelve por muerte puede liquidarse en el proceso de sucesión, y si las personas socias marido y mujer no tienen bienes propios sino solo los adquiridos en el matrimonio, entonces todo el patrimonio se divide en dos mitades, una para el con cónyuge sobreviviente y otra que pertenecía al cónyuge muerto se convierte en la herencia, para repartir entre sus herederos que pueden ser sus descendientes ascendientes u otros que tengan derecho a heredar de acuerdo con los órdenes sucesorales.

El derecho a gananciales es indiscutible, el cónyuge sobreviviente puede pedirlos en cualquiera de los órdenes sucesorales, y se liquidan dentro del proceso de sucesión según lo previsto por el art. 622 del C.P.C., es esta una norma especial para este proceso, pues trata de la acumulación de sucesiones de los cónyuges; la regla es que para los procesos de sucesión no hay acumulación, no se aplica para estos procesos el art. 157 del C.P.C., como puede observarse solo se autoriza la acumulación en proceso de sucesión, cuando se trata de cónyuges no separados de bienes, esto es, que hubieren tenido sociedad conyugal vigente al momento de la muerte de uno, o de los dos, la acumulación se aplica también para los compañeros permanentes en el mismo caso ley 54 1990 art. 6º inciso 2º.

El art. 622 del C.P.C. expresa: "El proceso de sucesión podrá iniciarse para que se liquide conjuntamente la herencia de ambos cónyuges y la respectiva sociedad conyugal. Será competente el juez a quien corresponda la sucesión de cualquiera de ellos".

Observando los fenómenos que se dan en sucesiones estuvimos haciendo ejercicios referentes al derecho de transmisión que se da cuando una persona es llamada a una herencia por tener vocación hereditaria, y ésta no dice si acepta o repudia, y muere en ese estado o sea en silencio trasmite a sus herederos el llamado (jus delatione) el causahabiente recibe **2** llamados el de su causante inmediato y el del causante mediato.

Ejemplo: Regina muere el 15 de abril de 1995 deja una mitad de sus bienes a Juana con quien pasaba la mayor parte de su tiempo pero Juana murió el 18 de abril de 1995, esta señora trasmite a sus herederos ese derecho. Los herederos de Juana que son sus hijos deben aceptar primero la herencia de ella como su causante inmediata y luego acepta la herencia de Regina la amiga de su madre. En estos casos de transmisión debe aceptarse también la acumulación de sucesiones pues hay una secuencia en las dos sucesiones y la una depende de la otra. No sabemos porqué el legislador no tuvo en cuenta esta situación para regularla, como se hizo con las herencias de los cónyuges.

1. Es este uno de los casos en que debería darse la acumulación en materia sucesoral por varias razones la primera por economía procesal, no hay razón para que se abran dos sucesiones diferentes si la segunda sucesión depende de la primera, el funcionario debe entender la figura para aplicarla.
2. Las pretensiones formuladas en cada una habrían podido acumularse en la misma demanda.
3. Como en el proceso de sucesión no hay demandados, sino interesados, todos los accionantes tienen el mismo interés. Con todas estas coincidencias no se ha hablado de acumulación para la transmisión. En todo caso estamos hablando es de la liquidación de la sociedad conyugal por muerte y en este caso reiteramos, se da la acumulación para las sucesiones de los cónyuges y ahora, de los compañeros permanentes.

EL CÓNYUGE Y SU DERECHO A HERENCIA

Ya tratamos lo referente al cónyuge y sus derechos a porción conyugal y a gananciales, que como se dijo no son acumulables, si solicita gananciales no puede pedir porción conyugal, el cónyuge deberá antes de la diligencia de inventarios y avalúos o antes de la sentencia aprobatoria de la partición decidir si opta por gananciales o por porción conyugal, si guarda silencio se entendería que optó por gananciales (Art. 594 C.P.C.).

Pero el cónyuge dentro de una sucesión intestada del segundo orden sucesoral en adelante es heredero legal. La ley 29 de 1982 en su art. 5º. dijo que "si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes

del grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabeza”.

De manera que el cónyuge en el segundo orden sucesoral que es el de los ascendientes, si tiene gananciales puede pedirlos y luego dividir la herencia con los ascendientes.

En el tercer orden sucesoral en donde están colocados los hermanos y el cónyuge, también hereda el cónyuge, él es heredero legal de la mitad de los bienes del difunto –igual que en el caso anterior–, pudo haber recibido sus gananciales producto de la sociedad de bienes que había conformado con su pareja, y luego recibir la mitad de la herencia.

Hasta este tercer orden llega el cónyuge, pues él es titular o cabeza de ese orden por tanto lo conserva aunque no haya hermanos y si no hay hermanos pero estos tuvieron hijos, los hijos de los hermanos suben a ocupar el lugar de sus padres y heredan por representación con el cónyuge.

El cónyuge aquí podría recibir porción conyugal y herencia en caso de que no tenga derecho a gananciales, pues no se podría alegar que el cónyuge es rico porque este derecho nace, en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, si en el momento de la muerte el sobreviviente tenía bienes suficientes para su subsistencia no tiene derecho a la porción, pero si en el momento de la muerte de su consorte no tiene bienes suficientes, tiene derecho a la dicha porción aunque posteriormente adquirirá bienes, es el caso de la herencia, que la recibe es después de la muerte o sea que en el instante de la muerte no tenía bienes, luego si tenemos en cuenta este análisis, llegamos a la conclusión de que se puede tener derecho en el segundo y tercer orden sucesoral o porción conyugal y a la herencia, la ley no lo prohíbe, como sí lo hace cuando de porción conyugal y gananciales se trata y tiene razón pues los gananciales se poseen antes de deferirse la herencia, con la herencia solo se liquidan, luego el cónyuge que posee gananciales no es un cónyuge pobre.

RESPONSABILIDAD DEL CONYUGE QUE RECIBE LA PORCIÓN CONYUGAL

Como la porción conyugal no es herencia ni es legado y se da tanto en la sucesión testada como en la intestada, entonces el cónyuge en algunas oportunidades es tratado como heredero y en otras como

legatario. Es por esto por lo que cuando el cónyuge recibe porción conyugal, tiene con respecto a las deudas hereditarias la responsabilidad subsidiaria de un legatario, esto quiere decir que por regla general no paga deudas.

RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE QUE RECIBE GANANCIALES

La regla general para cuando esta situación se presenta, es la de que el cónyuge como socio de la sociedad conyugal está obligado a responder por las deudas de la sociedad, hasta concurrencia de su mitad de gananciales.

Debemos tener en cuenta que las deudas de la sociedad conyugal son:

- a) Todas las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.
- b) Las deudas u obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrajeren por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. La sociedad por consiguiente es obligada a pagar toda fianza, hipoteca o prenda constituida por cualquiera de los cónyuges.
- c) De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.
- d) De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge.
- e) Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia. Se mirará como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez o prefecto moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge art. 1796 C.C.

Como socio de la sociedad conyugal el cónyuge debe además conservar intactos los bienes pertenecientes a esa sociedad, pues de lo contrario se le impondrían las sanciones establecidas en el art. 1824 del C.C. que dice: "aquel de los cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada".

RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE COMO HEREDERO

El cónyuge que recibe en el segundo o tercer orden sucesoral una parte de la herencia con los ascendientes o con los hermanos, o que se le deje por testamento parte del patrimonio a título universal es responsable a prorrata de esa parte. Al igual que lo son los herederos en sus respectivas cuentas.

El cónyuge entonces tiene 3 responsabilidades diferentes, cuando recibe porción conyugal cuando recibe gananciales y cuando recibe herencia y tiene la opción de pedir lo que mejor le convenga.

En el primer orden sucesoral el cónyuge no es heredero, solo puede pedir gananciales o porción conyugal.

En el segundo orden el cónyuge puede pedir gananciales y herencia, son compatibles.

En el tercer orden también se puede solicitar gananciales y herencia. Así se resume la posición del cónyuge en la sucesión de su consorte.

CONCLUSIONES

La verdad es que analizando a fondo la porción conyugal en nuestro derecho, llegamos a la conclusión de que es una figura confusa, empezando porque nuestro código menciona solo dos maneras de suceder a una persona difunta, como heredero o como legatario y el cónyuge en su calidad de tal no es una cosa ni otra; por lo demás para ciertas circunstancias se comporta como heredero y para otras como legatario; como es el caso de su responsabilidad.

Algunos autores dicen que la porción conyugal es una asignación sui generis, otros que tiene naturaleza alimentaria, para otros es indemnizatoria, y la verdad es que nadie se ha puesto de acuerdo en este tema.

El Dr. Valencia Zea en su proyecto de Código Civil trató de sacarla del estado en que se encuentra actualmente en nuestro derecho y la convirtió en una legítima, pero con algunas características de la actual porción conyugal, y con algunas incongruencias.

Debemos entonces reglamentarla en mejor forma, sea asignándole al cónyuge cuota fija como legitimario o como simple heredero. Otra solución con la que estamos, totalmente de acuerdo es la de que no se le asigne al cónyuge ninguna porción de la herencia, que solo tenga derecho a sus gananciales como producto de su trabajo, y solo en el caso de que el de cujus no tenga ningún otro heredero, se le deje al cónyuge la totalidad de la herencia.

Nos parece que la última es la mejor solución, quedaría el cónyuge en la misma situación del compañero permanente, que en nuestra legislación solo tiene derecho a su mitad de la sociedad patrimonial, pero podría dársele derecho a herencia cuando no haya herederos forzosos.

Consideramos que sería una medida sana, porque así acabaríamos con los matrimonios por negocio que se están realizando ahora y se han realizado desde tiempos inmemoriales, matrimonios, en los que hay en juego muchos intereses, estos intereses son amorales e insanos, hay parejas que aparentemente son bien avenidas porque viven bajo el mismo techo, pero en el fondo cada uno quiere que el otro desaparezca de la faz de la tierra, esto lo expresamos con conocimientos de causa porque hemos manejado estos asuntos en nuestra calidad de abogados de familia y de jueces.

El Dr. Valencia Zea en su proyecto de Código Civil trató de sacar del estado en que se encuentra actualmente en nuestro derecho y lo convirtió en una legítima, pero con algunas características de la actual porción conyugal, y con algunas incongruencias.

Debemos entonces reglamentarla en mejor forma, sea asignándole al conyuge cuota fija como legítima o como simple heredero. Otra solución con la que estamos, totalmente, es la de que no se le asigne al conyuge ninguna porción de la herencia, que solo tenga derecho a sus ganancias.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO LEGIS, Colección Códigos Básicos

ALCIDES MORALES, Acacio. Derecho de Familia Compilación Legislativa.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Colección Códigos Básicos. Legis S.A. 2ª. Edición 1997.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo VI. De las Sucesiones. Sexta edición. Editorial Temis.

VALENCIA ZEA, ORTÍZ MONSALVE. Derecho de Familia. Tomo V Séptima Edición Temis.

VERBEL ARIZA, Carlota. Conferencias de Derecho Sucesoral Universidad de Cartagena, 1987.

VERBEL ARIZA, Carlota. Porción Conyugal en el contexto del Derecho Sucesoral Colombiano. Edición Universidad de Cartagena, 1993.