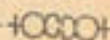




REPUBLICA DE COLOMBIA



DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN
DEL CÓNYUGE DIFUNTO

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO DE DOCTOR

EN

DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PRESENTADA EN LA UNIVERSIDAD REPUBLICANA DE COLOMBIA

POR EL ALUMNO

JENARO CRUZ V.



BOGOTÁ, MARZO DE 1907

IMPRENTA DE "LA LUZ"

CARRERA 7ª, NÚMERO 580

Office
of the
Secretary

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD

DR. ANTONIO JOSÉ IREGUI

PRESIDENTE DE TESIS

DR. NICOLÁS ESGUERRA

JURADO DE CALIFICACION

DR. FELIPE SILVA DR. ISAÍAS CASTRO Y.

DR. CLIMACO JRIARTE

INFORME

DEL PRESIDENTE DE TESIS

Bogotá, Febrero 26 de 1907

Señor Secretario de la Escuela de Ciencias Políticas y Derecho de la Universidad Republicana—E. L. C.

Muy estimado señor :

Recibí la atenta comunicación de usted, de 26 de Enero último, y con ella la tesis que ha presentado el Sr. D. Jenaro Cruz V., quien desea obtener de esa Universidad el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

Grato me ha sido desempeñar el encargo que se me ha confiado y que agradezco, y más grato aún me es informar favorablemente respecto del estudio jurídico del Sr. Cruz, el cual devuelvo á usted.

Versa él sobre los *Derechos del cónyuge supérstite en la sucesión del cónyuge difunto*, materia delicada y en la cual puede incidirse en graves errores por los abogados y los jueces que desconozcan ú olviden la concordancia y necesaria correlación de las disposiciones legales que rigen en el particular.

En el estudio detenido que he hecho de la tesis sometida á mi examen he adquirido el convencimiento de que el graduando Sr. Cruz V. ha estudiado con provecho el asunto, que tiene ideas claras y bien definidas sobre la materia y que posee dotes jurídicas que pueden hacer de él con el estudio y la práctica un buen jurisconsulto.

De usted muy atento y seguro servidor,

NICOLÁS ESGUERRA

DERECHOS

DEL CONYUGE SUPERSTITE EN LA SUCESION DEL CONYUGE DIFUNTO

PRIMERA PARTE

I

Derechos en las sucesiones abintestato.

1. Siguiendo las disposiciones del Código Civil colombiano, los bienes de una persona difunta se transmiten á sus herederos, ya en virtud de un testamento ó ya por disposición de la ley. En el primer caso la sucesión es testada; en el segundo, abintestato, y en ambos son distintas las disposiciones que los rigen y variable el derecho de los herederos.

Prevé, además, nuestro Código Civil el caso en que una persona muera, parte testada y parte intestada; caso en el cual tiene aplicación el artículo 1052.

2. Los derechos del cónyuge supérstite no son los mismos en la sucesión testada que en la intestada. Y no sólo es esto sino que, siendo una misma la sucesión, estos derechos varían según el orden de herederos. Conviene, pues, para determinarlos, tener en cuenta si hay ó no testamento y de qué orden de sucesión se trata.

3. "Respecto de los parientes del difunto, dice el ilustrado comentador colombiano, Dr. Fernando Vélez, pueden formarse cuatro clases de herederos abintestato, fuera del Municipio y el Lazareto y sin contar con la sucesión de un hijo natural que no deje descendientes legítimos, la cual se rige por disposición especial."

Estos cuatro órdenes en la sucesión intestada son:

- 1.º Descendientes legítimos;
- 2.º Ascendientes legítimos, cónyuge é hijos naturales;
- 3.º Hermanos legítimos, cónyuge é hijos naturales, y
- 4.º Colaterales legítimos.

Para hacer ordenado nuestro estudio ensayaremos determinar los derechos del cónyuge sobreviviente siguiendo el orden ya dicho y trataremos de la porción conyugal en último lugar.

4. PRIMER ORDEN. Este lo establece el artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que en definitiva subroga al 1045 del Código Civil. Dice así: "Los hijos legítimos excluyen á todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al marido ó mujer sobreviviente."

Si, pues, muere un individuo y deja un hijo legítimo — ó hay descendencia legítima de éste, puesto que en este caso hay lugar á la representación — y cónyuge, y un haber de 500,000 pesos, dicho haber le corresponde exclusivamente al hijo ó á su descendencia legítima, aunque hubiera otros parientes, y el cónyuge no tendría derecho sino á su porción conyugal, siempre que no hubiera recibido gananciales, ó no tuviere bienes que fueran equivalentes á la legítima rigurosa del hijo ó que, teniéndolos, los hubiera renunciado. (Arts. 1235 y 1236, inciso 2.º)

Como se ve, en este primer orden los derechos del cónyuge superviviente son claros y no hay dificultad alguna para determinarlos, salvo los que ofrezca la porción conyugal y los demás derechos que puedan corresponderle por testamento, los cuales estudiaremos oportunamente al tratar de los derechos del cónyuge en las sucesiones testadas.

5. SEGUNDO ORDEN. Está determinado por el artículo 1046, que dice: "Si el difunto no ha dejado posteridad legítima le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge y sus hijos naturales."

"La herencia se dividirá en cinco partes: tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales."

"No habiendo cónyuge sobreviviente ó no habiendo hijos naturales, pertenecerá la herencia á los ascendientes legítimos."

"Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes ó en toda la porción hereditaria de los ascendientes."

Si, por ejemplo, muere un individuo y deja ascendientes legítimos — ó uno no más — cónyuge y uno ó varios hijos naturales, ó hay descendencia legítima de éstos, el capital, suponiéndolo de \$ 500,000, se distribuirá así: \$ 300,000 para los ascendientes ó para el único que de éstos hubiere; \$ 100,000 para los hijos naturales ó para la descendencia legítima de éstos, puesto que pueden ser representados por ella (artículo 1043), y \$ 100,000 para el cónyuge. Este conserva, además, su derecho á gananciales y los bienes propios que poseyere. Si suponemos que éstos fueran \$ 500,000, recibiría el cónyuge sobreviviente \$ 600,000. Ahora, si supo-

nemos el mismo caso, pero no ya que hubiere hijos naturales ni quien los represente, le corresponderían al ó á los ascendientes \$ 375,000, y al cónyuge \$ 125,000; fuera en todo caso de su mitad de gananciales.

Tales son los casos que pueden ocurrir en este orden, relacionados con el asunto materia de nuestra tesis.

Como se ve, por la disposición del artículo 1046, antes citado, el cónyuge concurre como heredero con los ascendientes y con los hijos naturales y recibe, en el primer caso, la quinta parte de la herencia, y en el segundo, la cuarta; sin contar, en ambos casos, los gananciales y demás bienes que posea.

Ahora bien, puede suceder, en este caso, que la quinta parte á que tiene derecho el cónyuge, según los herederos con quienes concurre en la sucesión abintestato, más los gananciales y demás bienes propios no alcancen á completar la cuarta que á título de porción conyugal le corresponde en "todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos." (Art. 1236). Si así fuere, puede entonces, dicho cónyuge, hacer uso del derecho que le confiere el artículo 1235 y "retener lo que posea ó se le deba, renunciando la porción conyugal, ó pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos."

6. TERCER ORDEN. Está determinado por el artículo 1047 que, en su parte pertinente, dice: "Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales: la herencia se dividirá en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales.

"No habiendo cónyuge, ó no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos, y en la otra mitad, los hijos naturales ó el cónyuge."

Supongamos que muere un individuo y deja, fuera de \$ 200,000 de gananciales que le corresponden á su cónyuge, un haber de \$ 600,000 para distribuirlo entre su cónyuge, sus hermanos legítimos y sus hijos naturales, herederos que forman el tercer orden.

Según el artículo 1047 se distribuiría así: para los hermanos legítimos, \$200,000; para los hijos naturales, \$ 200,000, y para el cónyuge los otros \$ 200,000, sin contar \$ 200,000 de gananciales que hemos supuesto.

Supongamos el mismo caso, pero que falten los hijos naturales; entonces se distribuiría la herencia así: \$ 300,000 para los hermanos, y para el cónyuge \$ 300,000, más \$ 200,000 de gananciales.

En este orden de herederos se presentan graves dificultades en lo que atañe principalmente á los derechos de los hijos naturales; dificultades que pueden tener relación muy estrecha con la determinación de los derechos del cónyuge, por concurrir éste con los hijos como heredero abintestato. Examinaremos, pues, estas dificultades — aunque no verse nuestro estudio principalmente sobre ellas — con el fin de precisarlo más en lo relativo á los derechos del cónyuge.

7. En el estudio que hemos hecho del tercer orden de herederos, hemos aplicado el artículo 1047 que lo determina, sin tener en cuenta las asignaciones forzosas que la ley establece en favor de los legitimarios. Teniendo en cuenta esas asignaciones, la dificultad se presenta grave en las legítimas; porque los hijos naturales son legitimarios y la cuota que como á tales les corresponde no es igual á la que tienen asignada como herederos abintestato en concurrencia del cónyuge y de los hermanos legítimos.

En efecto, el artículo 1242 les asigna la mitad del patrimonio del difunto en calidad de legítima, en tanto que, como hemos visto, el artículo 1047 sólo les reconoce derecho á la tercera parte.

De la aplicación que se les dé á estas dos disposiciones que, como se ve, aparecen antagónicas, dependerá la cuota que reciba el cónyuge como heredero abintestato; porque si los hijos naturales reciben la mitad, ya no podrá el cónyuge recibir la tercera parte.

¿Cómo resolver esta dificultad y cuál será la cuota que le corresponda, pues, al cónyuge? Pero antes de resolverla debemos advertir que en este tercer orden, como en todos los demás, el cónyuge sobreviviente tiene derecho á la porción conyugal; pues según el artículo 1016 "en toda sucesión por causa de muerte, para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley, se deducirá del acervo ó masa de bienes que el difunto ha dejado," además de lo dispuesto en los incisos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, "la porción conyugal á que hubiere lugar, *en todos los órdenes de sucesión*, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador ó la ley."

Se ve, pues, que el cónyuge, antes de tener derecho como heredero, es acreedor á su porción conyugal; sólo si que si lleva ésta, debe renunciar á gananciales y á los derechos que le corresponden como heredero; pues así se deduce del artículo 1235.

Sentado esto, ensayaremos resolver la dificultad de que hemos hablado antes, relativa á la cuota que lleve el cónyuge.

ge como heredero abintestato al concurrir con los hijos naturales y con los hermanos legítimos, dado el caso que renuncie á la porción conyugal. Y para ello estudiaremos los sistemas establecidos para determinar la cuota de los hijos naturales; pues juzgamos que el asunto que nos ocupa está íntimamente relacionado con el que se estudia en dichos sistemas.

8. Uno de estos sistemas consiste en juzgar inconciliables las disposiciones de los artículos 1047 y 1242 y, consecuentemente, en hacer prevalecer la última de estas disposiciones sobre aquélla. Según este sistema, los hijos naturales deben recibir la mitad de los bienes, y los hermanos legítimos y el cónyuge, la otra mitad; es decir, *el cónyuge no puede recibir la tercera parte que le asigna el artículo 1047.*

A pesar de las buenas razones con que D. José Clemente Fabres sostiene la solución anterior, creemos con el Dr. Fernando Vélez que, no pudiendo demostrarse que la disposición del artículo 1242 sea especial, y general la del artículo 1047, es inaceptable tal solución.

9. De acuerdo con otro de los sistemas adoptados por los expositores, "las reglas de la sucesión abintestato sólo se aplican, cuando entre los herederos hay legitimarios, á la mitad del acervo líquido, pues la otra mitad la da la ley á los legitimarios." Es falso, según el Dr. Fernando Vélez, porque "parte de un supuesto falso: del supuesto de que las reglas de la sucesión intestada sólo se aplican á la mitad de la herencia. Si este supuesto fuera cierto, dice el mismo comentador, es evidente que el artículo 1016, que se refiere á toda clase de sucesiones, hubiera puesto entre lo que debía deducirse del acervo en bruto, las legítimas. En vez de hacer esto, en su último inciso dice que el resto de los bienes, es decir, lo que quede después de hacer las deducciones que enumera aquel artículo, entre las cuales no están las legítimas, es el acervo líquido de que *dispone el testador ó la ley.* Luego en el título de la sucesión intestada se dispone, no de la mitad del acervo líquido, sino de todo este acervo, ó de la parte de que el testador no dispuso, ó si dispuso, no lo hizo conforme á derecho, ó sus disposiciones no deben tener efecto." Por las razones apuntadas, creemos inaceptable, como el anterior, este sistema.

10. Por último, existe otro sistema en virtud del cual el artículo 1047 se aplica en sucesión intestada, y el 1242 en la testada.

Este sistema, si bien no está al amparo de toda crítica, creemos que sea el más aceptable. Es, quizá, incurrir en un

error de lógica aceptar que la cuota hereditaria sea menor en la sucesión intestada que en la testada; sería explicable que en esta última fuese así; pues el testador tiene alguna latitud para disponer de una parte, aunque pequeña, de lo que ha logrado adquirir en virtud de "la incorporación de sus facultades, por el trabajo, en las cosas." Y no sólo es esto sino que la ley contiene una injusticia; "porque implica que desconoce los afectos de las personas para hacerlas aparecer diferentes en circunstancias que en el fondo son las mismas."

Mas, sea de ello lo que fuere, la ley hace diferente la sucesión intestada de la testada y á cada una le da sus reglas; si hay error en esto, corresponde al Legislador enmendarlo y de ninguna manera á los encargados de aplicar la ley escrita. En consecuencia, creemos que en este tercer orden, el cónyuge supérstite tiene derecho, ó á su porción conyugal ó á la tercera parte que le asigna el artículo 1047 en calidad de heredero, más sus gananciales y demás bienes propios.

11. Antes de pasar al orden de los colaterales legítimos nos queda por estudiar el caso de que el cónyuge no concurre como heredero sino únicamente con los hijos naturales; caso en el cual tiene aplicación el artículo 1048. "Si el difunto no ha dejado descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevará la mitad de los bienes el cónyuge sobreviviente y la otra mitad los hijos naturales.

"A falta de éstos llevará todos los bienes el cónyuge y á falta de cónyuge, los hijos naturales." La disposición que acabamos de apuntar es por demás clara y justa; no ofrece dificultad alguna en la práctica.

12. CUARTO ORDEN. Es el de los colaterales legítimos. Obsérvese que los colaterales de que aquí se trata, no pueden ser otros que los tíos y los primos hermanos del difunto hasta el décimo grado.

El artículo 87 de la Ley 153 de 1887, que determina este orden, es claro al respecto: "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, de cónyuge sobreviviente y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos, según las reglas siguientes: etc."

Nunca podrá ocurrir el caso, en una sucesión intestada, de que el cónyuge éntre como heredero en concurrencia de los que forman el cuarto orden de herederos; pues si no hubiere sino cónyuge y los parientes de que habla la disposición legal últimamente trascrita, el cónyuge excluirá á éstos, según lo dispuesto en el citado artículo de la Ley 153 de 1887 y en el 1048 del C. C.

13. DERECHOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN LA SUCESIÓN DE UN HIJO NATURAL.—Vamos á ocuparnos ahora de los derechos del cónyuge sobreviviente en la sucesión de un hijo natural; para lo cual estudiaremos los derechos de sus herederos, los cuales consideramos divididos en los cuatro órdenes siguientes:

- 1.º El de los descendientes legítimos;
- 2.º El de los hijos naturales;
- 3.º El de los padres, y
- 4.º El de los hermanos naturales.

Estos cuatro grupos ú órdenes fácil es determinarlos teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1050, que dice: "Muerto un hijo natural, que no deje descendientes legítimos, se deferirá su herencia, en el orden y según las reglas siguientes:

"Primeramente á sus hijos naturales;

"En segundo lugar á sus padres. Si solamente uno de ellos tuviere la calidad legal de padre ó madre natural, á éste solo se le deferirá la herencia.

"En tercer lugar, á aquellos de los hermanos que fueren hijos legítimos ó naturales del mismo padre, de la misma madre, ó de ambos. Todos ellos sucederán simultáneamente; pero el hermano carnal llevará doble porción que el paterno ó materno. La calidad de hijo legítimo no dará derecho á mayor porción que la del que sólo es hijo natural del mismo padre ó madre.

"Habiendo cónyuge sobreviviente concurrirá con los padres ó hermanos naturales: en concurrencia de los primeros ó de uno de ellos le cabrá la cuarta parte de los bienes, y en concurrencia de uno ó más de los segundos, la mitad."

14. PRIMER ORDEN. En cuanto á este primer orden, nos remitimos á lo que hemos dicho atrás (número 4); pues aunque el artículo 1050 es una disposición de carácter especial, no introduce modificación alguna al principio general contenido en el artículo 86 de la Ley 153 de 1887.

Muy al contrario, al decir en su inciso 1.º: "Muerto un hijo natural *que no deje descendencia legítima*," no hace otra cosa que dejar en pie la regla generalísima, relativa á la descendencia legítima, para dictar las reglas especiales que deben aplicarse al caso que el mismo artículo contempla.

Así, pues, los hijos legítimos de un hijo natural excluyen á todos los otros herederos, y *el cónyuge no tiene derecho sino á su porción conyugal*, si fuere el caso.

15. SEGUNDO ORDEN. Lo forman los hijos naturales. Lo que primero ocurre preguntar es si el cónyuge sobreviviente concurre con ellos.

El último inciso del artículo que examinamos le da derecho á concurrir únicamente con los padres ó hermanos naturales; ¿quedará por eso excluido de concurrir con los hijos naturales?

Según D. José Bernardo Lira, el cónyuge sobreviviente no concurre con los hijos naturales en el caso que venimos examinando. Hé aquí el concepto de dicho señor: "Podría decirse que en un artículo anterior, concebido en términos generales, estaban ya determinados los derechos del cónyuge en concurrencia con los hijos naturales.

"Pero un examen más detenido demuestra la insuficiencia de semejante aplicación: lo primero, porque el artículo 1048 se refiere especialmente á la herencia intestada del que tiene la calidad de hijo legítimo, que es la que está reglando; y lo segundo, porque diciendo el artículo 1050 que la sucesión del hijo natural intestada se defiere en el orden y según las reglas que él mismo determina, no es posible, sin desatender su texto claro, aplicar otras que las en él enumeradas." (*Código Civil ante la Universidad*. Edición de Bogotá, pág. 479).

Dice el Dr. Fernando Vélez que el Sr. Vera "sostiene que el cónyuge de un hijo natural concurre con los hijos naturales de éste, fundándose en que el artículo 1048 es una regla general, y en que no puede decirse, por lo mismo, que se refiere al caso en que el difunto sea hijo legítimo."

Disentimos de la opinión del Sr. Lira en cuanto sostiene que la disposición del artículo 1048 sólo es aplicable á la sucesión de un hijo legítimo; no vemos por qué no puede aplicarse, por ejemplo, al caso en que el difunto, siendo simplemente ilegítimo ó incestuoso, dejara cónyuge é hijos naturales. Creemos que el Sr. Vera está en lo cierto al sostener que el artículo 1048 es una regla general y que no puede decirse que se refiere al caso exclusivo en que el difunto sea hijo legítimo.

Mas si el artículo 1048 es una disposición de carácter general, sobre ella debe prevalecer lo que dispone el artículo 1050, cuya especialidad es innegable.

Y en esto estamos de acuerdo con el Sr. Lira, y en desacuerdo con el Sr. Vera.

Juzgamos injurídico sostener que el cónyuge supérstite de un difunto que tenía la calidad legal de hijo natural, concorra como heredero abintestato con los hijos naturales de éste.

Si el Legislador hubiera querido tal cosa, no habría dicho en el último inciso del artículo 1050: "Habiendo *cónyuge* sobreviviente concurrirá con los padres ó hermanos naturales: etc." y habría hecho uso de una frase no limitativa.

Que no haya razón para hacer de peor condición al *cónyuge* de un hijo natural y que sea injusta la disposición que estudiamos, es cuestión que no negamos.

Pero sería demasiado peligroso dejar á los jueces ó á los particulares, amplitud para aplicar á su manera las disposiciones legales que en su concepto fuesen injustas. Lo más que éstos pueden hacer, es luchar para que el Legislador las cambie ó las reforme.

En nuestro concepto, el *cónyuge* no tiene, en este segundo orden de herederos, sino derecho á su porción conyugal, si fuere el caso.

16. TERCER ORDEN. Está formado por los padres. Puede suceder que solamente uno de ellos tenga la calidad legal de padre ó madre natural, y entonces ese sólo recibirá la herencia. (Inciso 3.º del artículo 1050).

El *cónyuge* sobreviviente concurre como heredero con los que forman este tercer orden y recibe la cuarta parte de los bienes hereditarios, quedándole á salvo los bienes que él posea y su mitad de gananciales. Puede, además, renunciar á todo esto para recibir su porción conyugal.

17. CUARTO ORDEN. Lo forman los hermanos naturales y el *cónyuge*: los bienes se distribuyen, en este caso, por mitad.

El *cónyuge* puede llevar, además, sus bienes propios y su mitad de gananciales; sin perjuicio, al mismo tiempo, de hacer uso del derecho que le consagra el artículo 1235, pidiendo la porción conyugal y abandonando sus otros bienes y derechos.

18. No estará por demás observar que por el hecho de decir el inciso último, que "habiendo *cónyuge* sobreviviente concurrirá con los padres ó hermanos naturales," no debe entenderse que no concurre con los hermanos del difunto que tengan la calidad de hijos legítimos del padre de éste; pues éstos también son hermanos naturales. Ninguna duda puede caber al respecto si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 55: "Son entre sí hermanos naturales los hijos naturales de un mismo padre ó madre, y tendrán igual relación los hijos legítimos con los naturales del mismo padre ó madre." De manera, pues, que un hijo natural jamás podrá tener hermanos legítimos.

19. Ahora bien, ¿qué derechos tiene el cónyuge de un hijo natural difunto en caso de que éste no deje ningún otro de los herederos que hemos mencionado?

El artículo 1050 no dice ni una palabra en caso de quedar el cónyuge solo y ni siquiera lo prevé; ¿deberá entenderse, por esto, excluido de la sucesión?

No lo creemos. El artículo 85 de la Ley 153 de 1887—que reforma el 1040 y deroga el 1051 del C. C.—es una disposición que debe tenerse en cuenta en todas las sucesiones intestadas; en dicho artículo, el Municipio es llamado como heredero, pero en *último lugar* y después de llamar á los descendientes, ascendientes y colaterales legítimos; hijos, padres y hermanos naturales, y al cónyuge supérstite.

En nuestro concepto, no es necesario que el artículo 1050 exprese lo que deba hacerse llegado el caso que venimos examinando, si un artículo posterior nos da las reglas que debemos aplicar. El vacío, pues, que deja el artículo 1050, lo llena el 85 de la precitada Ley 153.

III

20. Hemos visto, hasta ahora, los derechos del cónyuge sobreviviente sin tener en cuenta si en el matrimonio hubo divorcio; y como éste trae algunas modificaciones en cuanto á esos derechos, nos detendremos en ellos haciendo un ligero examen.

Hay que considerar, en primer lugar, si el cónyuge que ha sobrevivido dio ó no lugar al divorcio.

Si es inocente, sus derechos no varían; pues si no hay disposición expresa, es porque la ley le deja los derechos que ella misma le consagra.

Ahora, si por culpa suya ha ocurrido el divorcio, pierde su derecho á porción conyugal; para lo cual no importa la causa que lo motivó.

A este respecto es terminante el artículo 1231: "Tendrá derecho á la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, á menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio."

21. ¿Pero tendrá derecho para concurrir como heredero el cónyuge que ha dado ocasión al divorcio?

En este caso, nos parece, que habría que distinguir, quizá, la causa que le motivó.

Es verdad que en nuestro Código no existe disposición alguna expresa en virtud de la cual el cónyuge culpable pierda sus derechos de heredero abintestato; pero si como

observa el Dr. Fernando Vélez, "los maltratamientos de obra, ó el adulterio de la mujer ú otra causa de divorcio, se consideran como un atentado grave contra la vida ó el honor del cónyuge inocente, en la sucesión de éste, el culpado será indigno de suceder, según el número 2.º del artículo 1025." "El que cometió atentado grave contra la vida, el honor ó los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, ó de su cónyuge ó de cualquiera de sus ascendientes ó descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada" es indigno de suceder al difunto como heredero ó legatario.

22. Aunque los gananciales del cónyuge le vienen por haberlos adquirido en la sociedad conyugal, la ley prohíbe á la mujer adúltera recibir bienes á título de tales. Es un castigo para prevenir la desmoralización del hogar doméstico.



SEGUNDA PARTE

I

Derechos del cónyuge sobreviviente en las sucesiones testadas.

PORCIÓN CONYUGAL

23. Vamos á ocuparnos de los derechos que le corresponden al cónyuge sobreviviente en la sucesión testada del cónyuge difunto. La porción conyugal es el más importante de estos derechos y es la segunda asignación forzosa que la ley impone al testador en favor de su consorte, cuando éste carece de lo necesario para subsistir congruamente.

El derecho á porción conyugal no sólo existe en las sucesiones testadas sino también en las abintestato; pues así lo deja comprender el artículo 1016 al incluir ésta entre las deducciones que deben hacerse previamente “en toda sucesión por causa de muerte, para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley.”

24. Este derecho es de creación moderna: ni en el Derecho Romano ni en el Español, fuentes mediatas de nuestro Derecho Civil, era conocido. Cuando Justiniano, la viuda pobre podía recibir la cuarta parte de los bienes de su marido, á título de herencia legítima.

En el Derecho Español, se reconoció el derecho á la *cuarta marital*, pero siempre en favor de la viuda pobre.

El Código Civil chileno introdujo la modificación que hoy existe en nuestra legislación; modificación que favorece no sólo á la viuda sino también al viudo, siempre que una ú otro sean pobres.

25. El artículo 1230 define la Porción conyugal diciendo que “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.”

De la definición se deduce que para que haya derecho á la porción conyugal es requisito indispensable que el cónyuge que sobreviva carezca de lo necesario para subsistir. Parece, pues, que si el sobreviviente tuviese bienes que le dieran un rendimiento bastante para vivir congruamente, no tendría derecho á recibir nada á título de porción, por cuantioso que fuese el patrimonio hereditario; ó que hubiera que darle una suma capaz de producirle lo necesario para esa subsistencia congrua, aunque fueran pocos los bienes

del difunto; es decir, parece que no hubieran de tenerse en cuenta sino las necesidades del cónyuge supérstite y no el patrimonio ni los herederos del difunto.

Mas el artículo 1236 viene á decirnos cuándo debe entenderse que el supérstite carece de lo necesario y fija el derecho de éste según los bienes hereditarios y según el número y la clase de los herederos; pues establece como porción conyugal la cuarta parte de los bienes, cuando no hay descendientes legítimos; y habiendo tales descendientes, la legítima rigurosa de un hijo.

26. ¿Carecerá de lo necesario el cónyuge que, no teniendo bienes, tiene una profesión ú oficio que le dé con qué vivir? Teniendo en cuenta los artículos 1230, 1232, 1234, 1235 y 1236 del C. C. y relacionándolos entre sí, se ve que se trata no de la capacidad para la producción sino de cosas ya producidas: las expresiones: *parte del patrimonio; adquisición de bienes; cuarta parte de los bienes de la persona difunta* y otras que se leen en los citados artículos, dejan comprender claramente que la ley no ha querido tener en cuenta las aptitudes del cónyuge para hacerse rico en ejercicio de su profesión ú oficio después de la muerte de su consorte. Y así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia.

27. Como el objeto de la porción conyugal es asegurar al cónyuge supérstite una subsistencia congrua, en el fondo equivale á una asignación alimenticia. Los alimentos y la porción se asemejan, además, en que ambos son asignaciones forzosas; en que ambos gravan la masa hereditaria.

Pero tienen diferencias importantes: la porción conyugal, una vez adquirida, no se pierde (artículo 1232) y se transmite á sus herederos; el derecho á alimentos se pierde al adquirir el alimentario bienes suficientes (artículos 420 y 422); la porción da la acción de reforma, en tanto que los alimentos no dan tal acción; la porción es determinada por la ley, y los alimentos los determina el Juez.

Podría decirse, pues, que la porción conyugal es una asignación alimenticia sujeta á reglas especiales y distintas de las establecidas por el Código para esta clase de asignaciones.

28. La regla general en virtud de la cual el cónyuge que esté en el caso del artículo 1230, tiene derecho á porción conyugal, sufre la excepción que establece el artículo 1239, cuando ha dado ocasión al divorcio. Si á la muerte del cónyuge inocente estaba pendiente el juicio sobre divorcio, el cónyuge culpado tendrá derecho á su porción conyugal, pues-

to que no puede decirse que haya divorcio mientras no haya sido decretado judicialmente.

29. ¿En qué momento se determina el derecho que tenga el cónyuge á la porción conyugal? Como es un derecho que sólo se adquiere por la muerte del consorte, su delación se efectúa en el instante mismo del fallecimiento y es en ese instante mismo en que es necesario que la situación pecuniaria del sobreviviente sea tál, que no tenga bienes suficientes para subsistir; pues en nada afectan al derecho los que después adquiriera él ó los que hubiera tenido antes: basta que sea pobre en ese momento para recibir porción conyugal.

Las disposiciones legales al respecto son por demás claras y terminantes: Art. 1232. "El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo ó en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente." Art. 1233. "El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho á porción conyugal, no lo adquirirá después por el hecho de caer en pobreza."

30. CÓMO SE COMPUTA LA PORCIÓN CONYUGAL—Hemos dicho en otro lugar que la porción conyugal es enteramente relativa á la fuerza del patrimonio hereditario, fundándonos para ello en el artículo 1236.

Dos casos distintos contempla dicho artículo para fijar en cada uno de ellos la cuota que, á título de porción, debe llevar el cónyuge supérstite: es el primero, cuando no hay descendencia legítima; caso en el cual la cuota es invariablemente la cuarta parte; y el segundo es cuando hay descendencia legítima; en cuyo caso varía la cuota según el número de hijos. (Art. 1236).

En cada uno de estos dos casos pueden ocurrir dificultades graves en cuanto al modo de computar el caudal hereditario de donde debe tomarse la cuarta parte ó la cuota que como porción conyugal debe llevar el cónyuge sobreviviente, según el caso sea.

31. PRIMERO. NO HAY DESCENDIENTES LEGÍTIMOS—Cuando no hay descendientes legítimos la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta (inciso 1.º del artículo 1236). La dificultad está en saber de dónde debe tomarse dicha cuarta parte.

Como en toda sucesión por causa de muerte para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley, dice el artículo 1016 del C. C., del acervo ó masa de bienes que el difunto ha dejado deben hacerse ciertas deduccio-

nes — y entre ellas está la porción conyugal — y como, por otra parte, la ley ordena, en determinados casos, que á ese acervo, yá líquido, se hagan ciertas agregaciones imaginarias, podemos considerar dos casos comprendidos en el primero de que venimos ocupándonos: *a*). No hay agregación imaginaria alguna; *b*). Hay agregaciones imaginarias.

32. Cuando no haya que hacer agregaciones imaginarias la dificultad se reduce á saber la preferencia en que deben hacerse las deducciones ordenadas en el artículo 1016, puesto que puede ocurrir el caso de que los bienes de la herencia sólo alcancen para cubrir algunas de las erogaciones que la ley exige. Por lo demás, la liquidación se hace de acuerdo con lo estatuido en el citado artículo 1016.

El orden establecido en este artículo es el que debe seguirse en la práctica al satisfacer las deducciones en él indicadas; pues no hay por qué considerar como arbitrarias la distribución y colocación de sus diferentes partes.

Así, pues, puede ocurrir el caso de que pagadas las costas de publicación del testamento, etc. y las deudas hereditarias, no queden bienes para satisfacer las deducciones indicadas en los incisos siguientes. Si quedaren bienes, los impuestos fiscales se pagarán por estos bienes que hayan quedado, y de este resto se deducirán los alimentos y la porción conyugal; teniendo en cuenta que esta será la cuarta parte de ese resto, y las tres restantes para las asignaciones alimenticias que el difunto deba y para las demás asignaciones correspondientes, si la sucesión fue testada.

33. Cuando al acervo de bienes del difunto haya que hacer agregaciones imaginarias, se presentan dificultades graves al computar la porción conyugal.

Supongamos que el difunto hizo donaciones revocables en razón de legítimas ó mejoras, donaciones irrevocables en razón de lo mismo y donaciones irrevocables á extraños.

Todas estas donaciones deben acumularse imaginariamente á la masa de bienes que el difunto ha dejado para computar las dos cuartas partes destinadas á las legítimas rigurosas, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. (Arts. 1242, 1243 y 1244).

¿Aprovecharán á la porción conyugal las acumulaciones que dejamos indicadas? Tál es la grave dificultad cuyo estudio vamos á abordar; pero sin pretender resolverla: reconocemos nuestra insuficiencia en la materia.

34. Hé aquí algunas de las opiniones emitidas al respecto: D. Paulino Alfonso sostiene que no debe hacerse la acumulación para computar la porción conyugal y se apoya en que la disposición legal que ordena hacer tal acumulación se halla consignada en el capítulo "De las Legítimas y Mejoras" y no en el que trata de "La Porción conyugal" que, según él, sería el lugar apropiado para tratar de ella, en caso de que el Legislador hubiera tenido en mira aprovecharan á ésta.

El Dr. Fernando Vélez sostiene que no deben acumularse, para computar la porción conyugal, las donaciones irrevocables; pero sí las revocables, puesto que éstas no se confirman sino por la muerte del donante, y por consiguiente ellas forman hasta ese momento parte del patrimonio del difunto y por lo tanto deben tenerse en cuenta para computar la porción.

A los que sostienen la no acumulación se les objeta que la ley dice que la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del difunto en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Pero se redarguye diciendo que es contraproducente la argumentación porque la acumulación es únicamente numérica.

También se les objeta "que la porción conyugal se deduzca del acervo acumulado cuando tiene lugar en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, y no se saque de él cuando tiene lugar en los demás órdenes de sucesión." Más dicen: "porque la doctrina legal nos conduzca á alguna consecuencia errónea ¿hemos de rebelarnos contra el Legislador, enmendar su pensamiento y salir de nuestra órbita de fieles, aunque conscientes interpretadores de la ley positiva?"

D. José Clemente Fabres, apoyándose en la disposición del artículo 1257, que dice: "La acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras, para el cómputo prevenido por el artículo 1242 y siguientes, no aprovecha á los acreedores hereditarios ni á los asignatarios que lo sean á otro título que el de legítima ó mejora," argumenta así: "Este artículo ha tomado como materia de su precepto una sola clase de los bienes acumulables que forman el acervo imaginario: las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas ó de mejoras. Las otras tres clases de bienes acumulables, las donaciones revocables hechas á legitimarios, las deducciones de la porción conyugal, y las donaciones irrevocables hechas á extraños cuando á la sazón tenía legitimarios el donante, no están compren-

didas en la regla que dicta dicho artículo, y por consiguiente la acumulación de estas tres clases de bienes aprovecha al cónyuge sobreviviente en cuanto á la porción conyugal." El Dr. Fernando Vélez disiente de la opinión del Sr. Fabres y dice que quizá no tuvo en cuenta que la última parte del artículo en que él apoya su argumentación reserva indirectamente la acumulación á los asignatarios de legítima ó mejora.

35. Parece indiscutible que el artículo 1257 al decir que "la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas ó mejoras no aprovecha á los acreedores hereditarios ni á los asignatarios que lo sean á otro título que el de legítima ó mejora," quiere decir que esas donaciones irrevocables no se computan sino en favor de los asignatarios de legítima ó mejora. Es decir, para lo dado irrevocablemente á extraños, para las donaciones irrevocables hechas á legitimarios y para las deducciones hechas á la porción conyugal, se sigue la regla general establecida en los artículos 1242 y siguientes, de la cual parece ser excepción el artículo 1257.

No vemos nosotros en qué se apoya el Dr. Vélez para decir que la última parte del artículo arriba citado, reserva indirectamente la acumulación á los asignatarios de legítima ó mejora; más acertada nos parece la opinión del Sr. Fabres, la cual hemos copiado arriba.

Para concluir lo relativo al caso que venimos examinando nos basta observar que si se acepta la opinión de los que sostienen la no acumulación, se llega al resultado ineludible de quitar á la porción conyugal el carácter de asignación forzosa que le da el artículo 1226, puesto que bien puede el testador, valiéndose de un rodeo, no dejar bienes para satisfacerla. Esta última consideración hace fuerza en favor de la opinión del Sr. Fabres.

36. SEGUNDO. HAY DESCENDENCIA LEGÍTIMA. En este segundo caso el viudo ó viuda recibe, á título de porción, la legítima rigurosa de un hijo. (Art. 1236, inciso 2.º)

Para computar las legítimas rigurosas, manda la ley que al acervo líquido se hagan las acumulaciones imaginarias de que hemos tratado en el caso anterior. Siendo, pues, la porción conyugal una legítima rigurosa, es claro que á ella tienen que aprovechar las acumulaciones imaginarias; pues de otro modo no sería lo que la ley ordena.

37. Las legítimas rigurosas se obtienen dividiendo por partes iguales, entre los hijos, la mitad del acervo de bienes del difunto, después de haber hecho las respectivas acumulacio-

nes. Como el cónyuge debe ser contado entre los hijos, la porción conyugal estará representada por el cociente que resulta de dividir la mitad de los bienes hereditarios por un número igual al de los hijos más uno (el cónyuge).

38. El sistema que dejamos indicado, á pesar de ser el que está conforme á la letra y al espíritu de la ley, no es aceptado por todos los expositores del Derecho Civil.

Fundándose unos en que las legítimas no deben soportar gravamen alguno, sostienen que la porción conyugal debe deducirse, no de la mitad legitimaria, sino de la destinada á formar la cuarta de mejoras y de la de libre disposición; pero esto es opuesto á la letra de la ley que ordena que el cónyuge sea contado entre los hijos. Por otra parte, según el artículo 1248, en casos en que un legitimario no lleve el todo ó parte de su legítima, por cualquier causa, ese todo ó parte contribuye á formar las legítimas de los otros y *la porción conyugal*; lo cual corrobora la teoría de los que sostienen que la porción conyugal se deduce de la mitad legitimaria; pues de otro modo no podría entenderse lo que el artículo últimamente citado quería dar á entender al decir que contribuirá á formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal. Si hubiera de sacarse ésta de la mitad no legitimaria, no habría empleado tal expresión.

Además, con el sistema que venimos examinando podría llegarse al resultado de eliminar la cuarta de mejoras y la de libre disposición; en el caso, por ejemplo, de ser uno solo el legitimario, como la porción tiene que ser igual á la legítima rigurosa, tendría que ser la mitad del patrimonio hereditario.

A lo que se agrega que si se deduce de la parte que la ley asigna para mejorar á los descendientes, se aplicaría no en provecho de uno de éstos, sino de una distinta persona, lo cual está prohibido por el artículo 1251. Y si se deduce de la de la libre disposición se le quita al testador la latitud que le consagra la parte final del inciso 3.º del artículo 1242.

39. Otro sistema consiste en dar al cónyuge la mitad de lo que un legitimario reciba en la sucesión. A todas luces es falso, porque no hay disposición alguna legal que se preste siquiera para fundarlo.

40. QUÉ BIENES DEBEN IMPUTARSE Á LA PORCIÓN CONYUGAL. Para mayor facilidad nos hemos ocupado primero en el estudio del artículo 1236; el cual establece las reglas generales á que está sujeta la determinación de la porción conyugal en los dos casos que pueden ocurrir según los distintos órdenes de sucesión de que se trate.

En estos casos, la ley pártela del supuesto de que el cónyuge no tenga bienes algunos; mas como puede ocurrir que sí tenga, aunque no en cantidad que, según la ley, sea bastante para privarle del derecho á porción, viene el artículo 1234 en prevención de este caso. Según este artículo (inciso 1.º) "Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento á título de porción conyugal."

Los bienes á que hace alusión este inciso no pueden ser sino aquellos que él posea por derecho propio, es decir, aquellos que al hacer la liquidación de la sociedad conyugal le correspondan de derecho por haberlos aportado al matrimonio.

No habría sido necesario que la ley dijera en el inciso 2.º del artículo que examinamos, que se imputarán á la porción aun las gananciales, puesto que esos le corresponden de derecho, son parte de su patrimonio exclusivo y en manera alguna puede decirse que sean parte del patrimonio del difunto.

La regla establecida aquí no es sino una explicación del principio general establecido por el artículo 1230, en virtud del cual el derecho á porción conyugal sólo existe en provecho del cónyuge pobre. Como se ve, este primer inciso no ofrece dificultad alguna; no así el segundo, el cual hace difícil la aplicación del artículo 1237. Pero dejaremos las dificultades entre estas dos disposiciones para cuando hagamos el estudio del último artículo citado.

41. Vamos á ocuparnos ahora de otro asunto importante que se desprende del artículo que hemos venido comentando. Es éste: ¿los bienes propios del cónyuge deben acumularse al acervo hereditario para computar después la porción conyugal?

Para el estudio de esta cuestión consideraremos dos casos distintos:

1.º Cuando hay descendencia legítima. Aunque si se atiende al tenor literal del artículo 1234 es de concluirse que sólo haya necesidad de completarse, sobre los bienes del cónyuge, una cuota igual — en este caso — á la legítima rigurosa de un hijo sin que sea preciso acumulación alguna, parece indiscutible que ésta la impone el inciso 2.º del artículo 1248 al decir que "volverán de la misma manera á la mitad legitimaria las deducciones que según el artículo 1234 se hagan á la porción conyugal"; pues ésta se saca de la mitad legitimaria y ésta no se forma sino acumulando — si es el caso — los bienes del cónyuge, pues no hay otra clase de deducciones en el artículo 1234 sino esos bienes.

42. 2.º Cuando no hay descendencia legítima. La dificultad es mayor en este segundo caso, porque aparte de que el artículo 1234 parece no ordenar la acumulación, el 1248 la concreta al caso primero que hemos estudiado antes, pudiéndose pensar entonces que excluye la acumulación cuando no hay descendencia legítima. Sin embargo, algunos piensan que por analogía puede resolverse la dificultad que dejamos indicada y opinan por la acumulación en todo caso.

43. Ahora bien, suponiendo que la acumulación tenga lugar aun en el caso en que no haya descendencia legítima ¿dicha acumulación se hace al total hereditario ó á la mitad?

En el primer caso, es decir, cuando hay descendientes legítimos, no hay duda alguna; porque el 2.º inciso del artículo 1248 ordena que se acumule á la mitad legitimaria. Mas en el segundo caso, el asunto es un poco difícil de resolver. Con todo, si se acepta la acumulación, creemos nosotros que se haga al total, por ser de éste de donde se toma la porción y para que pueda aprovecharle á ésta.

44. Para acabar el estudio de los bienes que deben imputarse á la porción conyugal sólo nos resta examinar el artículo 1235, según el cual "el cónyuge sobreviviente podrá, á su arbitrio, retener lo que posea ó se le deba, renunciando su porción conyugal, ó pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos."

Es de observarse en este artículo el derecho de opción que la ley le consagra al cónyuge para que acepte ó repudie tales ó cuáles bienes. Favor no despreciable si se tiene en cuenta que el avalúo que á tales bienes se les dé puede exceder de los límites de lo justo; es el caso, entonces, en que puede apreciarse el valor de esta disposición legal.

45. En caso de renuncia ¿lo renunciado se imputa al caudal hereditario para sacar después la porción?

Como según la definición que el artículo 1230 da de la porción conyugal y como, por otra parte, el artículo 1236 al fijar la cuota que, según el caso, debe tomarse como tal porción, hacen referencia exclusivamente al patrimonio del difunto y como, además, por el sentido literal del 1235 debe entenderse que el cónyuge puede renunciar una cuota ya conocida en cambio de otros bienes también conocidos, natural sería concluir que lo renunciado no entrara al caudal hereditario, puesto que eso no ha sido patrimonio de la persona difunta.

Sin embargo, si los bienes que se renuncian pasan á formar parte de los del difunto, como ya son patrimonio de

éste, lógico sería sostener que sí deben imputarse antes de deducir la porción conyugal. El punto es, pues, muy discutible.

46. Hemos estudiado ya los bienes que deben imputarse á la porción conyugal. Nos falta saber si puede el cónyuge supérstite recibir, además de porción conyugal, en la sucesión del difunto, otros bienes que á título de donación, herencia ó legado le hubiere dejado el testador (artículo 1237), ó si hay que imputar también los bienes dejados á cualquiera de estos títulos á los que deben formar dicha porción. (Art. 1234, inciso 2.º)

Según lo preceptuado por el primero de los dos artículos citados, es claro que sí puede; mas si hemos de tener en cuenta la disposición consignada en el segundo inciso del artículo 1234, se ofrece una dificultad indudable. ¿Cómo resolverla?

47. Varios sistemas se han adoptado en este delicado asunto; haremos un ligero examen de ellos.

Sostienen algunos, fundándose en el carácter de asignación alimenticia que en el fondo encierra la porción conyugal y en el principio general que establece que sólo tiene derecho á dicha porción el cónyuge supérstite que carece de lo necesario para sobrevivir congruamente, que no puede el cónyuge recibir porción conyugal y donación, herencia ó legado que el testador le asigne en su testamento. Resuelven la dificultad diciendo que el artículo 1237 únicamente tiene por objeto indicar el modo como deben imputarse las herencias, legados ó donaciones revocables que se dejen al cónyuge sobreviviente. Y con una *sindéresis* rara llegan á deducir, como consecuencia del sistema que ellos adoptan, que el artículo 1237 no hace más que ampliar las facultades del testador para disponer en favor de extraños de una parte igual á la que sería porción conyugal; porque imputan, de la asignación testamentaria — herencia ó legado — á la porción conyugal, la cuantía á que tal porción ascendería, quedando, por tanto — si no hemos entendido mal — una cantidad igual á la que sería la porción conyugal. Con un ejemplo se verá mejor el resultado del sistema cuyo estudio hacemos: Supongamos que deja un individuo cuatro hijos legítimos y cónyuge sobreviviente y un capital de \$ 60,000. Hace á su cónyuge un legado de \$ 15,000, que es la cuarta de libre disposición. Se procedería así, según este sistema: la porción conyugal sería la quinta parte de \$ 30,000, mitad legitimaria; es decir, \$ 6,000, que representan, en este caso, la legítima rigurosa de un hijo. Recibe el

cónyuge su asignación testamentaria de \$ 15,000, pero comprendida en ella la porción conyugal; es decir, sobre \$ 6,000 —porción conyugal en nuestro ejemplo— se completan \$ 15,000 —cuarta de libre disposición— y quedan, por consiguiente, los \$ 6,000 que, á título de porción, se asignaron, de los cuales puede disponer libremente, porque están comprendidos todavía en la parte de que puede disponer arbitrariamente el testador.

No nos muestran los sostenedores de esta teoría qué disposición haya para que el testador, libre para disponer de cierta cuota en favor de extraños, no lo sea para hacerlo en favor de su consorte; de que la porción conyugal sea en el fondo alimenticia, no puede deducirse que haya imposibilidad para recibir ésta y, además, lo que el testador haya querido dejar, por un acto de liberalidad, de aquello á que, por ley, tiene amplia facultad para disponer á su gusto: una cosa es el derecho para exigir, y otra la facultad para recibir. No le vemos, pues, al sistema que combatimos base alguna legal y no nos parece, por lo tanto, aceptable.

48. Ilegal y falso es también, por consiguiente, el sistema que establece que la porción conyugal es acumulable con la parte de libre disposición, pero siempre que se trate de legitimarios que no sean descendientes legítimos. Tiene fundamento en que en estos órdenes de sucesión la porción se deduce previamente del acervo y en que estos legitimarios sólo tienen derecho á la mitad legitimaria, previa la deducción indicada.

Este sistema, en último análisis, no hace más que reconocer el derecho que tiene el testador para disponer á su gusto de la parte de libre disposición, pero estableciendo una restricción demasiado caprichosa y sin fundamento alguno legal.

De que la porción no sea una deducción previa del acervo en las sucesiones en que haya descendientes legítimos, no creemos que pueda deducirse como consecuencia necesaria la imposibilidad en el testador para dejar á su consorte la cuarta de que en este caso puede disponer. Ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1237 está que se haga tal distinguo.

49. Por último, hay otro sistema que consiste en limitar lo que dispone el artículo 1237 al caso en que el testador disponga que su cónyuge reciba, además de porción conyugal, la asignación que le haga, asignación que podría ser por el total de la parte de libre disposición. En este sistema se reconoce al cónyuge supérstite el *derecho á exigir* su porción

conyugal, según el artículo 1234, inciso 2.º, y se reconoce al testador la facultad de disponer de una parte de su patrimonio, según el artículo 1237.

Este ha sido el sistema aceptado por los Tribunales de Chile, según se ve en lo que el Dr. Fernando Vélez cita de los comentadores del Código de aquel país. (Derecho Civil colombiano, t. 4, p. 422).

Entre nosotros, la Corte Suprema de Justicia parece sancionar la misma teoría: "Aunque haya descendientes legítimos, si el cónyuge supérstite es instituido heredero, tiene derecho no sólo á porción conyugal sino á mayor cuota de la herencia y en ese caso el sobrante de la porción conyugal se imputará, de acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil, á la cuarta de libre disposición." (Casación, 3 Septiembre de 1895, XI, 51, 2.º—Jurisprudencia Colombiana, t. 1, p. 256).

Indudablemente este sistema está más de acuerdo con la ley, porque da aplicación á dos disposiciones que parecen excluirse: "*Se imputará, por tanto, — dice el inciso 2.º del artículo 1234 — á la porción conyugal, todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare.*"

Y el artículo 1237 ordena que "*si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, á título de donación, herencia ó legado, más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, el sobrante se imputará á la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio.*" ¿Cómo hacer para imputar á la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto é imputar al mismo tiempo á la parte de bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio el sobrante de la porción conyugal? La única solución posible es concluir que el inciso 2.º se refiere á lo que el cónyuge *tenga derecho*, sin excluir, por eso, la facultad que el testador tiene de disponer en favor del supérstite de la cuarta de libre disposición y la capacidad en éste para recibir; facultad y capacidad que les consagra el artículo 1237.

50. ¿Cómo concurre el cónyuge al pago de las deudas hereditarias? Para determinar la responsabilidad de la porción conyugal en las deudas hereditarias, basta determinar la condición que tenga el cónyuge supérstite de heredero ó legatario en la parte que como porción conyugal reciba en la sucesión del difunto; pues esta responsabilidad varía según que sea lo uno ó lo otro.

El artículo 1238 parece no dejar duda alguna al respecto: "El cónyuge á quien por cuenta de su porción conyugal haya cabido á título universal alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable á prorrata de esta parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.

Si se imputare á 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*.

En lo demás que el viudo ó viuda perciba, á título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidia-
ria de los legatarios."

Según este artículo, el cónyuge es considerado como heredero si recibe una cuota á título de porción, como lo sería en el caso en que, habiendo legitimarios que no fueran descendientes legítimos, recibiera la cuarta parte y en el en que habiendo tales descendientes, recibiera la legítima rigurosa de un hijo. Será legatario si no recibe sino el complemento de la porción conyugal.

51. Como en el curso de nuestro estudio hemos sostenido que el cónyuge puede recibir, además de porción conyugal, todo lo que el testador quiera dejarle en los límites de la cuarta de libre disposición, creemos que cuando este caso llegue, el cónyuge será responsable como heredero ó legatario, según el carácter de la asignación; sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa en la parte correspondiente de la porción. Para esto nos fundamos en las reglas generales que son las aplicables en este caso.



