

**LA NATURALEZA JURÍDICA ALIMENTICIA O COMPENSATORIA DE LA
PORCIÓN CONYUGAL EN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE**

EMMANUEL GUILLERMO CARREÑO BERNAL

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2015**

**La naturaleza jurídica alimenticia o compensatoria de la porción conyugal en la
sucesión por causa de muerte**

Emmanuel Guillermo Carreño Bernal

Trabajo de grado para obtener el Título de Abogado

**DIRECTORA
Yadira Alarcón Palacio Ph.D.**

**PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2015**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Para mis padres por su interminable apoyo en todo momento de mi vida, por su amor, enseñanzas, consejos, por su eterna paciencia y perdón ante mis constantes errores.

LA NATURALEZA JURÍDICA ALIMENTICIA O COMPENSATORIA DE LA PORCIÓN CONYUGAL EN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

Resumen:

El presente trabajo de grado, pretende hacer un análisis de la institución del derecho de sucesiones llamado porción conyugal, haciendo especial énfasis en su naturaleza jurídica histórica y la nueva naturaleza compensatoria dada por la Corte Constitucional en Sentencia C-283 de 2011. Posteriormente se propone una visión crítica de esta nueva naturaleza, exponiendo que los fines buscados por la Corte no se concretan con un simple cambio de naturaleza jurídica sino que es necesaria la introducción al ordenamiento de una nueva figura que alcance los fines compensatorios buscados por la Corte Constitucional.

Palabras clave:

Porción conyugal, Porción de pareja, Pensión compensatoria.

Abstract:

This thesis, intends to analyze the institution of inheritance law, called “Porción conyugal”, emphasizing on its historical legal nature and the new nature given by the Constitutional Court in decision C-283 of 2011. Subsequently, it is proposed a critical view of this new nature, stating that the objectives sought by the Court do not concrete with a simple change of legal nature, but with the introduction of a new institution that reaches the compensatory goals pursued by the Constitutional Court.

Key words:

Porción conyugal, Porción de pareja, Pensión compensatoria.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
1. GENERALIDADES DE LA PORCIÓN CONYUGAL.....	9
1.1. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PORCIÓN CONYUGAL.....	9
1.1.1. DERECHO ROMANO	9
1.1.2. DERECHO ESPAÑOL.....	13
1.1.3. DERECHO LATINOAMERICANO.....	14
1.1.4. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	17
1.2. PORCIÓN CONYUGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	18
1.2.1. DEFINICIÓN LEGAL.....	18
1.2.2. MONTO Y CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL	22
1.2.3. OPCIONES DEL CÓNYUGE FRENTE A LA PORCIÓN CONYUGAL	24
1.2.4. ASIGNACIONES VOLUNTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE	26
1.2.5. CASOS DE PERDIDA DEL DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL	27
1.2.6. RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE QUE RECIBE PORCIÓN CONYUGAL.....	28
2. NATURALEZA ALIMENTICIA QUE SE LE OTORGÓ HISTÓRICAMENTE A LA PORCIÓN CONYUGAL.....	31
2.1. NATURALEZA JURÍDICA ALIMENTICIA	31
2.1.1. DERECHO DE ALIMENTOS	32
2.1.2. RAZONES DE LA ATRIBUCIÓN ALIMENTARIA A LA PORCIÓN CONYUGAL.....	37
2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE CARÁCTER ALIMENTICIO Y REPARADOR.....	42
2.3. OTRAS TESIS MENOS ACEPTADAS.....	46
2.3.1. NATURALEZA HEREDITARIA.....	46
2.3.2. NATURALEZA LEGATARIA	49
3. ACTUAL NATURALEZA COMPENSATORIA OTORGADA A LA PORCIÓN CONYUGAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU POSIBLE ALCANCE.....	51
3.1. SENTENCIA C - 283 DE 2011	51
3.1.1. ANTECEDENTES	51
3.1.2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.....	54
3.1.3. DECISIÓN.	59
3.2. DE LA PORCIÓN CONYUGAL A LA PORCIÓN DE PAREJA.....	60
3.3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA <i>STRICTO SENSU</i>	61

3.3.1.	REGULACIÓN Y DEFINICIÓN	62
3.3.2.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	63
3.3.3.	FUNDAMENTOS Y CIRCUNSTANCIAS DE CALIFICACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	65
3.3.4.	RÉGIMEN, ÁMBITO Y CRITERIOS DE APLICACIÓN	68
3.4.	CONFRONTACIÓN ENTRE PENSIÓN COMPENSATORIA Y PORCIÓN CONYUGAL.....	71
	Tabla 1 (confrontación entre la pensión compensatoria y la porción de conyugal).....	74
	CONCLUSIONES	81
	BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, pretende hacer un análisis de la institución del derecho de sucesiones denominado porción conyugal, reconstruyendo su desarrollo histórico en el derecho romano donde tuvo sus raíces, siguiendo con los aportes del derecho español, hasta su perfeccionamiento en el Código Civil de don Andrés Bello, de donde fue fielmente tomado por nuestro legislador.

Una vez decantada la institución se intentara llegar a unas aproximaciones sobre la naturaleza jurídica que se le ha dado a través de la historia, explicando las razones que han llevado a la controversia acerca de si la naturaleza es alimenticia o por el contrario es alimenticia y reparadora.

Finalmente se expondrá la nueva naturaleza jurídica que la Corte Constitucional colombiana le otorgó a la porción conyugal, en la sentencia C-283 de 2011. El objetivo en este punto es proponer una crítica reflexiva de esta nueva naturaleza, mediante la comparación de la institución del derecho civil español denominada pensión compensatoria y la porción conyugal. El escrito concluye con una discusión acerca de si el fin perseguido por la Corte se cumple o no con la nueva naturaleza compensatoria.

1. GENERALIDADES DE LA PORCIÓN CONYUGAL

En este capítulo, se analizarán los orígenes históricos de la porción conyugal desde sus antecedentes remotos en Roma, hasta sus antecedentes más próximos en Chile, se expondrán también los aportes y cambios propios de nuestra legislación, finalizando con un estudio de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PORCIÓN CONYUGAL

1.1.1. DERECHO ROMANO

La institución del derecho civil denominada modernamente como porción conyugal, halla sus orígenes remotos en el antiguo derecho romano, distinguiendo en él, varios períodos a través de la historia.

1.1.1.1. LEY DE LAS XII TABLAS

En este período, el matrimonio no desprendía por sí mismo, ningún derecho patrimonial para los cónyuges. Era la familia romana conformada en torno al concepto de potestad del *pater familias*, la que condicionaba los derechos de los cónyuges en el momento del fallecimiento de alguno. Sin embargo hay que tener claro, que el solo hecho de que los cónyuges estuvieran casados no generaba ningún vínculo de parentesco entre ellos.

No obstante lo anterior, si el matrimonio se celebraba solemnemente *cum manus*, los efectos

del matrimonio cambiaban, la mujer casada *cum manus* salía de su familia civil y entraba a la familia de su marido, ya sea bajo la potestad de éste o de quien la ejerciera en su familia, perdiendo todo derecho en su familia civil y de esta manera el *pater familias* adquiría por ministerio de la ley, todos los bienes aportados por la cónyuge¹. Por el contrario, si el matrimonio se celebraba sin solemnidades *sine manu*, al momento de fallecer el marido, la cónyuge carecía de todo derecho en la sucesión intestada de éste, porque no pertenecía a la familia de su marido, sino seguía atada su familia *agnaticia*.

La cónyuge casada *cum manus* se consideraba heredera abintestato de su marido, en el orden de los *herede sui*, compuesto por aquellos que al morir el causante se encontraban sometidos a su autoridad².

Al ser escasos los derechos sucesorales de la cónyuge supérstite, el marido que quería proteger a su esposa después de su muerte, tanto *cum manus* como *sine manus*, podía incorporarla en su testamento y así auxiliarla con lo necesario para su subsistencia después de su muerte.

Así las cosas, se puede concluir que este periodo se caracterizó por la ausencia de disposiciones legales respecto al cónyuge supérstite al momento de la muerte del marido, por lo que la regulación existente está fundamentada en la familia romana, conformada en la potestad del *pater familias*.

¹ Rincon Uscategui, J. (2001). *La Asignación Forzosa de Porción Conyugal*. [Tesis de Grado]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p.14.

² *ibíd.*

1.1.1.2. DERECHO PRETORIO

En este período, los romanos abandonaron las solemnidades de la ley de las XII Tablas, entre ellas la solemnidad del matrimonio *cum manus*, por lo cual la mujer perdía su carácter de heredera intestada de su cónyuge muerto, propio del periodo de las XII tablas³.

Fue así como el pretor, a través del *edicto Unde Vir et uxor*, estableció que en el caso en que faltaran cognados hasta el quinto grado y con preferencia al fisco, se llamara a suceder al cónyuge supérstite independientemente de si fuese hombre o mujer, siempre y cuando no estuviesen divorciados, ofreciéndole la *bonorum possessio*, accediendo así a la herencia del cónyuge muerto de forma irregular como mero poseedor⁴.

1.1.1.3. DERECHO JUSTINIANO

En la época de Justiniano, no existía una normatividad sistematizada que regulara la sucesión, por lo cual Justiniano organizó la materia por medio de Novelas.

En la Novela 53, Justiniano dispuso que si alguna mujer se hubiese casado sin dote, le correspondería la cuarta parte de la herencia de su marido. Posteriormente se estableció que por reciprocidad el derecho también le correspondería al marido viudo⁵, delineándose de esta

³ Perez Castro, A. (2002). *Evolucion de los Derechos Hereditarios del Conyuge Sobreviviente en el Codigo Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile, p 17.

⁴ Rincon Uscategui, J. (2001). *La Asignacion Forzosa de Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

⁵ Emiliani Heilbron, J. (1957). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Economicas y Juridicas.

manera la llamada *Cuarta Uxoria*, asignación forzosa a favor del cónyuge pobre a la cual tenía derecho tanto el viudo como la viuda y que en el caso de la viuda era necesario haber contraído matrimonio sin dote⁶.

La novela 117 en su capítulo 5, que modificó la novela 53 y dispuso que la *Cuarta Uxoria* sólo se le otorgaría a la viuda pobre, retirando nuevamente el derecho del marido sobre la herencia de su mujer. La novela 127 introdujo unas reglas que limitaban cuantitativamente a cien libras oro y cualitativamente distinguiendo tres escenarios⁷:

- La viuda que tuviera hasta tres hijos con su cónyuge fallecido le correspondía la cuarta parte de los bienes del difunto.
- Si el marido tenía hasta tres hijos en matrimonio anterior, le correspondía a la viuda la cuarta parte de los bienes del difunto, aclarando que el derecho que adquiriría no era la propiedad sobre los bienes, sino tan solo el usufructo, manteniendo la propiedad los hijos del cónyuge difunto.
- Si el número de hijos era mayor a tres, la viuda debía heredar la cuota que le correspondería a uno de los hijos del difunto.
- Si no había hijos en el matrimonio los bienes le pertenecían a la viuda pero la

⁶ Perez Castro, A. (2002). *Evolucion de los Derechos Hereditarios del Conyuge Sobreviviente en el Codigo Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile.

⁷ Petit Eugene, H. J. (1988). *Tratado elemental de derecho romano*. Mexico: Porrúa, p. 605.

asignación no podía ser superior de 100 libras oro⁸.

1.1.2. DERECHO ESPAÑOL

En el derecho español no existía una regulación única aplicable a todas las provincias, cada una de ellas tenía su propia normatividad. Sin embargo es en el derecho foral donde se aprecia con mayor claridad la influencia del derecho romano y visigodo.

En el derecho español se habló de la *Cuarta Marital*, a la cual se le daba una aplicación similar de la *Cuarta Uxor* del derecho romano de la época de Justiniano. La Cuarta Marital era un asignación reconocida a la cónyuge supérstite pobre, donde recibía la cuarta parte de los bienes de su cónyuge, siempre y cuando estos bienes no superaran el límite de 100 libras oro⁹. Así se estableció en la ley 7, Título XIII, Partida 6 de la compilación de Don Alfonso el sabio¹⁰.

⁸ Emiliani Heilbron, J. (1957). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Economicas y Juridicas.

⁹ Perez Castro, A. (2002). *Evolucion de los Derechos Hereditarios del Conyuge Sobreviviente en el Codigo Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile, p20.

¹⁰ “Paganse los homes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que se casan con ellas sin dote, maguer sean pobres; et por ende guisada cosa es et derecha que pues que las aman et las honran en su vida, que no finquen desamparadas a su muerte. Et por esta razón tovieron por bien los sabios antiguos, que si el marido no dexase a tal muger en que podiese vevir bien et honestamente, nin ella lo hobiese de suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, maguer que haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar de cient libras doro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta hobiese de lo suyo con que pudiese vevir honestamente non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razón de esta quarta parte” Somarriva Undurraga, M. (1961). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile: Nacimiento, p 66.

La redacción de la norma no era muy clara por lo que se generaron polémicas y debates acerca del título al que se entregaban los bienes, la discusión versó sobre si se entregaban a título de usufructo o por el contrario la entrega era en propiedad.

También se generaron controversias sobre quien tenía derecho a acceder a la Cuarta Marital¹¹, ya que el término *Cuarta Marital*, parecía hacer exclusiva referencia a la cuarta del marido, lo que daba a entender que solo la viuda tenía este derecho. Algunos por el contrario afirmaban que independientemente del nombre, la cuarta marital cobijaba no solo a la viuda sino también al viudo¹².

1.1.3. DERECHO LATINOAMERICANO

El punto de partida de la figura en Latinoamérica, es la recolección de esta institución a mediados del siglo XIX por parte de don Andrés Bello, basándose en la institución española de la cuarta marital. Muchos autores como se indicó anteriormente, aseguran que la institución de la Cuarta Marital beneficiaba exclusivamente a la cónyuge sobreviviente. En consecuencia sostienen, que don Andrés Bello se apartó de este concepto antiguo y le introdujo una entidad propia y distinta¹³, hasta el punto de asignarle una denominación distinta, la cual conocemos como **porción conyugal**¹⁴.

¹¹ Perez Castro, A. (2002). *Evolucion de los Derechos Herditarios del Conyuge Sobreviviente en elCodigo Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile, p 21.

¹² Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de las Sucesiones Mortis Causa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, p117.

¹³ Abello Vives, N., & Patron Lopez, M. (1991). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p25

¹⁴ Suarez franco, R. (2007). *Derecho de Sucesiones*. Bogotá: Temis, p 307.

Don Andrés Bello aseveraba;“(que) *se ha preferido esta denominación (la de porción conyugal) a la de cuarta marital porque esta parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La ley de partida, si hemos de atenernos a su sentido natural, solo concede esta asignación a la mujer. La comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los consortes*”¹⁵.

Algunos autores sostienen que la originalidad de la figura bautizada por don Andrés Bello como porción conyugal, se basa en tres aportes:

- i. Las instituciones anteriores solo cobijaban a la viuda (algunos sostienen que en el derecho español la cuarta marital cobijaba también al viudo) por lo cual se cambia el término “marital” por “conyugal” siendo este último incluyente, al referirse al viudo y la viuda sin distinción.
- ii. En el derecho español, la cuarta marital tenía un límite el cual era 100 libras oro. En el sistema de don Andrés Bello no hay límite en cuanto a su monto, solo dependiendo del patrimonio dejado por el causante.
- iii. En el derecho romano y el derecho español, la Cuarta Uxorria y la Cuarta Marital tenían una naturaleza netamente alimenticia, mientras que la porción conyugal de don Andrés Bello no mantiene esta naturaleza estrictamente

¹⁵ *Ibíd.* 308

alimenticia ya que se introduce un concepto relativo de pobreza¹⁶, tema que se desarrollara en profundidad más adelante.

Con el tiempo países como Colombia, Bolivia y Ecuador, adoptaron en sus normas civiles todo lo referente a las asignaciones forzosas contempladas en el Código Civil Chileno de don Andrés Bello, entre estas asignaciones la porción conyugal.

El legislador chileno, a través de la ley 10271 de 1952, modificó la figura tal cual fue concebida por Andrés Bello, cambiando su concepto, estructura y hasta su misma naturaleza. La reforma legislativa tiene como fundamentos, según algunos autores, la mejora de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, pues según argumentan, estos eran escasos e incluso “mezquinos” ya que se habían venido desmejorando con el tiempo debido al auge de la separación de bienes, cuya consecuencia más notoria era la pérdida del derecho a gananciales¹⁷.

La reforma consistió básicamente, en aumentar los derechos hereditarios de los cónyuges, sin importar el sacrificio de “*principios jurídicos milenarios y de asestar una verdadera estocada al concepto que tenía el Código Civil de esta institución*”¹⁸, como afirma Somarriva, por lo cual fue necesario cambiar el concepto legal de la figura y de paso su naturaleza jurídica.

¹⁶ Somarriva Undurraga, M. (1983). *Evolución del Código Civil Chileno*. Bogotá: Temis, p.266 – 267.

¹⁷ *Ibíd.* p. 322.

¹⁸ *Ibíd.*

Como sabemos la definición original de la porción conyugal establecida por don Andrés Bello incorpora la frase “... *que carece de lo necesario para su congrua sustentación*” lo cual denota su naturaleza alimenticia, ya que si el cónyuge supérstite no era considerado “pobre”, no tenía derecho a la porción conyugal. Así pues, se cambió esta última frase por “... *en conformidad con las disposiciones de este párrafo*” lo cual permitió que el derecho a porción conyugal, fuera compatible con cualquier asignación o donación que el causante haga a su cónyuge supérstite en su testamento¹⁹.

Somarriva insiste en que se debió optar por una solución más radical, eliminando la institución en su integridad y no desnaturalizarla completamente, y más bien opinó que se debió dar al cónyuge supérstite la calidad de legitimario²⁰.

1.1.4. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como se expuso en párrafos anteriores, la figura denominada porción conyugal, tuvo su origen en *la cuarta marital* española que a su vez se basó en la *Cuarta Uxor* del derecho romano. Don Andrés Bello recogió esta institución, la modificó y creó la figura que conocemos hoy en día en nuestro ordenamiento civil como *porción conyugal*²¹.

Colombia como también se dijo, adoptó en su legislación esta figura, tal cual la estableció don Andrés Bello y hasta la fecha no ha tenido modificación legislativa alguna.

¹⁹ *Ibíd.* p. 822

²⁰ *Ibíd.* P. 324

²¹ Abello Vives, N., & Patron Lopez, M. (1991). *La Porción Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p.23.

1.2. PORCIÓN CONYUGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

1.2.1. DEFINICIÓN LEGAL

La porción conyugal es una asignación forzosa que da derecho al cónyuge supérstite catalogado como “pobre” a reclamar legítimamente en la sucesión testada e intestada del cónyuge muerto, una parte de los activos que conforman la masa sucesoral.

Se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en el título V, del libro tercero del Código Civil, como una de las asignaciones forzosas.

El artículo 1226 del Código Civil, determina como asignaciones forzosas las siguientes:

- i. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.
- ii. La porción conyugal.
- iii. Las legítimas.
- iv. La cuarta de mejoras en sucesión de descendientes²²,

La definición la encontramos en el art 1230 del Código Civil que reza: *“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”*²³.

²² Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

²³ *Ibíd.*

De esta definición legal podemos desprender las siguientes consecuencias:

- El nombre Porción Conyugal

Como se ha dicho, la adopción del nombre porción conyugal por don Andrés Bello, se hizo con la intención de dejar claro que este derecho tenía como beneficiarios tanto el viudo como la viuda y no se presta para interpretaciones como las que se dieron históricamente con la figura *cuarta marital*.

- Parte del patrimonio:

Indica, que la porción conyugal no es una suma fija como en el caso de la *cuarta marital*, sino una parte del patrimonio del cónyuge difunto y su cuantía dependerá de la pobreza o riqueza del patrimonio del finado. También es importante aclarar que la palabra “patrimonio” ha sido criticada por algunos doctrinantes y la tildan de incorrecta, ya que esta hace alusión tanto a activos como a pasivos, la palabra correcta sería “activo” ya que es de los bienes que constituyen el activo que se deduce la porción conyugal²⁴.

- De una persona difunta:

Se hace referencia al momento en que surge el derecho del cónyuge supérstite a la porción conyugal, que en concordancia con el artículo 1232 es el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges no antes ni después.

²⁴ Abello Vives, N, & Patron Lopez, M. (1991). *La Porcion Conyugal*. [Tesis de Grado]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p.17.

Vale la pena aclarar que para que nazca el derecho a porción conyugal, en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite debe ser capaz y digno de suceder, no encontrarse divorciado y especialmente ser pobre²⁵.

- Asignada por la ley.

De acuerdo al artículo 1226, la porción conyugal es la segunda asignación forzosa “...*que el testador está obligado a hacer, y que se supe cuando no la ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas*”. Se puede concluir, en primer lugar, que al ser una asignación forzosa limita el principio de libertad de testar y en segundo lugar, que por la misma razón de ser una asignación forzosa, sus disposiciones cobijan las sucesiones testadas e intestadas²⁶.

- Al cónyuge sobreviviente

Hace referencia, a que el beneficiario es el cónyuge supérstite sin importar su sexo.

- Que carezca de lo necesario para su congrua subsistencia.

Este es un punto de suma importancia, puesto que la frase “*Que carezca de lo necesario para su congrua subsistencia*” tal vez es un tanto compleja e inexacta. A primera lectura parece indicar que en el momento de la muerte del cónyuge, es necesario que el cónyuge supérstite

²⁵ Romero Cifuentes, A. (1979). *Sucesiones*. Bogotá: Temis, p.146

²⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1944). *Sentencia de julio 18 de 1944, gaceta judicial no 2010 a 2014, T. LVII, p 4171 s.s. M.P. Hernan salamanca* . Bogotá.

se encuentre en una situación de pobreza, por lo cual necesitaría la porción conyugal para cubrir esta necesidad. Sin embargo en la práctica el tema no resulta así necesariamente, la “pobreza” del cónyuge supérstite es relativa al patrimonio del cónyuge fallecido, ya que para tener derecho a la porción conyugal solamente es necesario que el cónyuge supérstite tenga bienes de un valor igual o menor al valor de lo que le correspondería por porción conyugal. Es por esto que es necesario afirmar que el que vaya a acceder a porción conyugal imperativamente su patrimonio debe ser “pobre” en comparación al patrimonio del cónyuge difunto.

Si se entendiera, que por congrua subsistencia el legislador quería dar a entender que se trata de una suma otorgada al cónyuge sobreviviente para que cuente con lo necesario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social²⁷, la fórmula establecida en la ley no haría que este presupuesto se cumpliera a cabalidad. La razón es que puede darse el caso en el cual, el cónyuge sobreviviente reciba por porción conyugal una suma excesivamente superior a lo que necesita para su congrua subsistencia, o puede dar el caso contrario donde el cónyuge supérstite reciba una suma excesivamente menor a lo que necesita para su congrua subsistencia²⁸,

De acuerdo a lo anterior, independientemente de que el cónyuge sobreviviente *carezca* o no *de lo necesario para su congrua subsistencia*, puede tener derecho a porción conyugal, ya que como se explicó, la pobreza es relativa al patrimonio del cónyuge difunto. Por tanto

²⁷ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá. Art. 413.

²⁸ Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de las Sucesiones Mortis Causa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, p.116.

puede darse el supuesto en el cual, el cónyuge difunto dejara una herencia excesivamente rica, y que el cónyuge supérstite también tiene bienes cuantiosos pero de un valor inferior al valor al que le correspondería de porción conyugal, ante lo cual se concluiría que el cónyuge supérstite es rico, no pobre²⁹ y aunque no carece de lo necesario para su congrua subsistencia, aun así tiene derecho a porción conyugal.

1.2.2. MONTO Y CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL

1.2.2.1. MONTO

En Colombia el código civil no se aparta de la tendencia histórica, por eso en su artículo 1236, establece dos tipos de cuantías dependiendo de si el cónyuge está dentro del primer orden hereditario o no:

- i. Porción conyugal en el primer orden hereditario: Si hay algún descendiente, el cónyuge supérstite se contará como un hijo y recibirá como monto de porción conyugal lo que le corresponda a un hijo como legítima rigurosa.
- ii. Porción conyugal en los demás órdenes hereditarios: tiene derecho a la cuarta parte de los activos de la sucesión del cónyuge difunto, en todos los órdenes sucesorales menos en el de los descendientes.

1.2.2.2. CLASES DE PORCIÓN CONYUGAL

²⁹ *Ibíd.* p. 118.

1.2.2.2.1. PORCIÓN CONYUGAL INTEGRAL

Está establecida en el artículo 1236 del Código Civil de la siguiente manera: *“La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes.*

Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo”³⁰.

Se tendrá derecho a los montos anteriormente señalados y que se les ha llamado porción conyugal integral, en los casos en que el cónyuge supérstite **carezca absolutamente de bienes**, puesto que si tiene bienes tendrá derecho a la llamada porción conyugal complementaria que veremos más adelante.

Los casos en que el cónyuge supérstite carece absolutamente de bienes son dos:

- i. En el momento de la apertura de la sucesión el cónyuge supérstite carece total y absolutamente de bienes, naciendo en forma incondicional la porción conyugal la cual no caduca en todo o en parte si adquiere bienes en tiempo posterior a la apertura de la sucesión.
- ii. En el momento de la apertura de la sucesión el cónyuge supérstite posee bienes,

³⁰ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

pero decide renunciar a sus bienes abandonándolos en favor de la sucesión.

1.2.2.2.2. PORCIÓN CONYUGAL COMPLEMENTARIA

Está establecida en el artículo 1234 así:

“Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.

Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare”³¹.

Así cuando el cónyuge supérstite posea en su patrimonio activos que sean de menor valor a lo que le correspondería por porción conyugal, incluidos los gananciales y demás derechos herenciales, que le puedan corresponder en la sucesión del cónyuge difunto, tendrá derecho a retener estos bienes y a que se le pague el complemento a título de porción conyugal, este complemento será la diferencia entre la porción conyugal íntegra y los activos que tenga en el patrimonio el cónyuge supérstite.

1.2.3. OPCIONES DEL CÓNYPUGE FRENTE A LA PORCIÓN CONYUGAL

El artículo 1235 de Código Civil establece: *“El cónyuge sobreviviente podrá, a su arbitrio, retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes y derechos.”*

Del anterior artículo se desprenden 4 verbos importantes, referentes a las opciones que tiene

³¹ *Ibíd.*

el cónyuge supérstite, estos son:

- i. Renunciar
- ii. Retener
- iii. Pedir.
- iv. Abandonar³².

Conforme a estos verbos podemos identificar las siguientes opciones:

- i. El cónyuge supérstite puede retener sus bienes (o lo que se le deba) pero renunciando a la porción conyugal.
- ii. El cónyuge supérstite puede pedir la porción conyugal y abandonar sus bienes.

Expuesto lo anterior, se deben hacer las siguientes aclaraciones:

- Si el cónyuge supérstite decide abandonar sus bienes, es necesario que sean de igual o menor valor que lo que le correspondería por porción conyugal, ya que si el valor de sus bienes al momento de la muerte de su cónyuge, es mayor al monto que lo correspondería por porción conyugal, no nace el derecho pedir la porción conyugal.
- En el caso en que los activos de cónyuge supérstite sean menores a los del valor de la porción conyugal, no es necesario que abandone sus activos para recibir la porción

³² Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de las Sucesiones Mortis Causa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, p.119.

conyugal, como se explicó anteriormente, puede retener sus activos y optar por porción conyugal complementaria.

- Hay una discusión en la doctrina respecto a lo que comprende el artículo 1235 con “*abandonando sus otros bienes y derechos.*” Para unos, como el chileno Somarriva o el colombiano Ramírez, se hace referencia tanto a los gananciales como a los demás derechos herenciales que le puedan correspondan en la sucesión al cónyuge supérstite³³(segundo y tercer orden de sucesión intestada). Para otros autores como los Colombianos Suarez y Tamayo, cuando el artículo hace referencia a “*lo que se deba*”, se está refiriendo exclusivamente a los gananciales³⁴.
- También podrá retener lo que posea o se le deba renunciando a la porción conyugal, porque el valor de lo primero excede lo segundo o simplemente por mera liberalidad o capricho³⁵.

1.2.4. ASIGNACIONES VOLUNTARIAS A FAVOR DEL CÓNYPUGE SUPÉRSTITE

Existen múltiples discusiones doctrinales sobre las asignaciones testamentarias a título universal o singular que el cónyuge difunto hizo en vida. Para un sector de la doctrina, estas asignaciones son incompatibles con la porción conyugal de acuerdo a lo señalado en el artículo 1235 del código civil, al establecer: “*El cónyuge sobreviviente podrá, a su arbitrio,*

³³ Ramírez Fuertez, R. (2003). *Sucesiones*. Bogotá: Temis, p. 158 y Somarriva Undurraga, M. (1983). *Evolución del Código Civil Chileno*. Bogotá: Temis, p 268.

³⁴ Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de las Sucesiones Mortis Causa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, p.120.

³⁵ Ramírez Fuertez, R. (2003). *Sucesiones*. Bogotá: Temis, p. 158.

retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal (...)” ya que según algunos autores al hacerse referencia a *lo que se deba* se incluye las asignaciones testamentarias que el cónyuge difunto hizo en vida a favor del cónyuge supérstite.

Otro sector de la doctrina sostiene, que estas asignaciones voluntarias se deben imputar a la cuarta de libre disposición por lo cual son compatibles con la porción conyugal y se debe pagar sin perjuicio de ella. Los defensores de esta postura argumentan que la finalidad de la porción conyugal es proteger al esposo o esposa después de la muerte de su cónyuge, y si la ley lo hace cuando el cónyuge difunto guardó silencio o aun en contra de lo que estableció en su testamento por que no ha de hacerlo por la voluntad misma del cónyuge difunto³⁶.

1.2.5. CASOS DE PÉRDIDA DEL DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL

El cónyuge supérstite perderá el derecho a reclamar porción conyugal en los siguientes casos:

- i. Divorcio: El artículo 1231 disponía que *“Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.”* Sin embargo, el artículo 12 de la ley 1ª de 1976, en su párrafo, derogó esta disposición y dispuso que *“Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad del cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal.”* Por lo cual en la actualidad

³⁶“*si la porción conyugal tiene como finalidad proteger al cónyuge supérstite, aun contra los designios injustos del causante, no debe interpretarse como una limitación a la facultad de recibir asignaciones testamentarias que a cualquiera pueden destinarse y cuyo pago no vale imputar a la porción conyugal. Esta es la correcta inteligencia que debe darse al artículo 1237 del código civil, entendiéndose que cuando exceda de sumar porción y parte de libre disposición quedara sin efecto en guarda de las legítimas”* Ibíd.

los cónyuges divorciados, pierden el derecho a reclamar porción conyugal, independiente de su culpabilidad o no en el divorcio³⁷.

- ii. Indignidad: Cuando uno de los cónyuges ha incurrido en causal de indignidad, pierde el derecho a reclamar porción conyugal, haciendo la aclaración que la indignidad debe haber sido declarada judicialmente.
- iii. Desheredamiento: Cuando uno de los cónyuges es desheredado, pierde el derecho a reclamar porción conyugal, ya que el desheredamiento tiene por objeto privar a los asignatarios forzosos de su respectiva asignación³⁸.
- iv. Riqueza: Cuando el cónyuge supérstite es “rico” (en comparación con los activos de la herencia de su cónyuge muerto)³⁹ pierde el derecho a porción conyugal.

1.2.6. RESPONSABILIDAD DEL CÓNYPUGE QUE RECIBE PORCIÓN CONYUGAL

El artículo 1238 del Código Civil establece lo siguiente:

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

Si se imputare a dicha porción la mitad de gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad especial que le es propia, según lo prevenido en el título de la sociedad conyugal.

En lo demás que el viudo o viuda perciba, a título de porción conyugal, solo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios⁴⁰.

³⁷ Suarez franco, R. (2007). *Derecho de Sucesiones*. Bogotá: Temis, p.318.

³⁸ Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil Tomo VI Sucesiones*. Bogotá: Temis, p. 250.

³⁹ Cardona Hernandez, G. (1992). *Tratado de Sucesiones*. Pereira: Ediciones Abogados Librería, p. 252.

⁴⁰ Colombia. (1887). *Codigo Civil Colombiano*. Bogotá.

De acuerdo a este artículo podemos concluir lo siguiente:

- i. El primer inciso hace referencia a la responsabilidad del cónyuge supérstite que se encuentra en el caso del artículo 1234 del Código Civil, donde tiene derecho a recibir herencia, pero no de tanto valor como lo que le correspondería por porción conyugal, por lo que opta por la llamada porción conyugal complementaria, recibiendo la herencia y el complemento, adquiriendo la responsabilidad propia de los herederos, respecto a lo que recibió por herencia.
- ii. En el segundo inciso hace referencia al caso del artículo 1234 del Código Civil, esta vez donde el cónyuge supérstite tiene derecho a gananciales pero no de tanto valor como lo que le correspondería por porción conyugal y opta por la llamada porción conyugal complementaria, recibiendo la porción conyugal y el complemento adquiriendo la responsabilidad propia del que recibe gananciales. Esta responsabilidad es el pago de pasivos adquiridos por la sociedad conyugal, hasta la concurrencia de lo recibido por gananciales.
- iii. El tercer inciso hace referencia al caso en que el cónyuge supérstite opta por la denominada porción conyugal íntegra, en este caso su responsabilidad será la misma que la de un legatario, esta responsabilidad según el artículo 1162

del Código Civil será subsidiaria a la de los herederos⁴¹.

⁴¹ Somarriva Undurraga, M. (1961). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile: Nascimento, p. 358.

2. NATURALEZA ALIMENTICIA QUE SE LE OTORGÓ HISTÓRICAMENTE A LA PORCIÓN CONYUGAL

La institución de la porción conyugal es una figura cuyo estudio no ha sido nada apacible a través de la historia, ha traído discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, no solo en el derecho Colombiano, sino en el derecho interno de muchos países. Ejemplo de lo dicho son todas las discusiones y posturas expresadas en el capítulo anterior. Sin embargo se puede sostener que uno de los temas que ha causado mayor controversia y discusión es la naturaleza jurídica de esta institución. Frente a la naturaleza de la porción conyugal, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina nacional, han discutido enormemente sin llegar a una sola conclusión, sin embargo se ha llegado a unas aproximaciones frente a las cuales se ha dado el grueso del debate. Estas aproximaciones son dos posibles soluciones a la naturaleza jurídica de la porción conyugal.

- i. Naturaleza jurídica de carácter alimenticio.
- ii. Naturaleza jurídica de carácter alimenticio e indemnizatorio.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA ALIMENTICIA

Históricamente la jurisprudencia y la doctrina Colombiana así como la de algunos países latinoamericanos que adoptaron el código de don Andrés Bello, le han otorgado una naturaleza jurídica alimenticia a la porción conyugal. A continuación se expondrán las

razones que le otorgan los principales doctrinantes que sostienen esta postura, empezando con una breve alusión al derecho de alimentos.

2.1.1. DERECHO DE ALIMENTOS

Nuestro ordenamiento Civil reconoce y reglamenta el derecho del que gozan ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando circunstancias desgraciadas no les permita procurárselos por ellas mismas⁴².

El derecho de alimentos es un derecho de legislación universal, puesto que se encuentra en la mayoría de los códigos, tanto antiguos como modernos, cuyo fundamento es la necesidad social que requiere que todas las personas vivan para la realización de su fin⁴³. Algunos autores sostienen que es una obligación jurídica que deriva de un principio moral y es el de ayuda al necesitado, que cobra mayor validez por tratarse de parientes que se hallen en estado de *necesidad*⁴⁴.

La obligación alimenticia nace de las relaciones de familia, es por ello que algunos códigos como el francés, regulan esta obligación en el **matrimonio** que es el origen de la familia, el código Colombiano al igual que el Chileno estimaron conveniente regular esta obligación por separado, pero sin variar su naturaleza⁴⁵.

⁴² Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p. 35.

⁴³ *ibíd.*

⁴⁴ Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil Tomo V Derecho de Familia*. Bogotá: Temis. pag76

⁴⁵ Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p.35.

2.1.1.1. TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS

La obligación alimenticia no es ilimitada, si bien es cierto que el derecho de alimentos nace de un principio moral elevado a norma jurídica, creando una obligación concreta y exigible en cabeza del pariente “rico” que sustenta al “pobre”, también es cierto que el derecho no puede abusar de esta figura y obligar a sustentar ilimitadamente a cuanto pariente se encuentre en estado de necesidad, lo cual conduciría a situaciones anómalas⁴⁶. Por lo anterior el legislador sabiamente limita el derecho en el artículo 411 del Código Civil a las siguientes personas:

- i. Al cónyuge (y a los *compañeros permanentes*)⁴⁷.
- ii. A los descendientes.
- iii. A los ascendientes.⁴⁸
- iv. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
- v. A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.⁴⁹
- vi. A los ascendientes Naturales.
- vii. A los hijos adoptivos.

⁴⁶ Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia*. Bogotá.: Temis, p.76.

⁴⁷ Mediante sentencia C-1033 de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los *compañeros permanentes* que forman una unión marital de hecho.

⁴⁸ Mediante sentencia C - 105 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones legítimos con las cuales el legislador calificaba a los descendientes y a los ascendientes, por lo cual en la actualidad se deben alimentos a los ascendientes y descendientes, sean legítimos o extramatrimoniales (Monroy Cabra, M.G. (2008). *Derecho de Familia y De La Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. P.182)

⁴⁹ Mediante sentencia C- 105 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable la palabra legítima, con la cual el legislador calificaba a la posteridad de los hijos naturales.

- viii. A los padres adoptantes.
- ix. A los hermanos legítimos⁵⁰.
- x. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada⁵¹.

2.1.1.2. QUE COMPRENDEN LOS ALIMENTOS

Para saber lo que comprenden los alimentos, es necesario saber lo que se entiende por la palabra alimentos, ya que esta palabra se puede tomar en más de un sentido. Por un lado se puede entender singularmente como sinónimo de comida y bebida, por otro lado se le puede dar un significado complejo el cual no solo abarca la comida y bebida, sino que comprende todo lo que necesita una persona para conservar la existencia⁵², como el vestuario, la vivienda, la educación, la atención médica etc.

Nuestro Código Civil en ninguna parte hace una lista de lo que comprenden los alimentos, otros códigos como por ejemplo el Código Civil Español, hacen referencia a lo que abarcan los alimentos, estableciendo que comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, vestido y asistencia médica, todo ello de acuerdo a la posición social de la familia del alimentario, así como la educación e instrucción de éste cuando es menor de edad⁵³.

Algunos doctrinantes como Chacón, sostienen que los alimentos no solo comprenden la Comida y la bebida, sino también el calzado, el vestido y la habitación y en caso de

⁵⁰ A diferencia de los ascendientes y descendientes, la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 1994, declaró exequible la palabra *legítimos* para el caso de los hermanos.

⁵¹ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

⁵² Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p.42. y Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia*. Bogotá.: Temis.

⁵³ Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p.42.

enfermedad, lo que fuere necesario para recobrar la salud, pues así lo entendió el derecho romano y español⁵⁴. Otros autores como como Cood y Fabres sostienen que los alimentos comprenden por regla general la comida y la bebida, el vestuario, los remedios en caso de enfermedad y además de esto lo establecido en el último inciso del artículo 413 del Código Civil lo que es la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio⁵⁵.

2.1.1.3. CLASES DE ALIMENTOS

Nuestro ordenamiento civil establece dos clases;

- i. Los congruos; que son los que necesita el alimentado para subsistir de un modo coherente a su estatus social.
- ii. Los necesarios; que son aquellos que se necesitan tan solo para sustentar la vida.

El artículo 414 del Código Civil establece que los alimentos que se deben son los congruos con excepción de los casos en que la ley expresamente los limite a los necesarios⁵⁶.

La diferencia real entre alimentos congruos y necesarios no es lo que comprenden, puesto que como vimos ambos comprenden lo necesario para sustentar la existencia, la diferencia real está en su cuantía. Mientras que los congruos velan por sustentar la existencia del alimentario de acuerdo a la posición social, para mantenerla de una forma modesta, los alimentos necesarios solo deben tener en cuenta las necesidades indispensables para sustentar

⁵⁴ Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p 53.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Colombia. (1887). *Codigo Civil Colombiano*. Bogotá

la existencia⁵⁷.

Al respecto de la diferenciación en la cuantía que expone la ley, según la posición social del alimentario, Vélez expone:

“cualquiera sabe que no es lo mismo alimentar a un peón que ha una persona que se ha tratado bien, y que por circunstancias desgraciadas se encuentra enferma y sin recursos. Con lo que el primero viviría, podría morir el segundo, pues el hábito adquirido con el buen trato, crea una segunda naturaleza tan exigente como la primitiva”⁵⁸.

Vale la pena aclarar que tanto en alimentos congruos como en necesarios, existe la obligación con el menor de proporcionarle la educación primaria y la de alguna profesión u oficio. Al respecto Vélez indica que si bien la norma no lo establece, la enseñanza de un oficio debe darse en los alimentos necesarios y la de la profesión en los alimentos congruos, la razón que expone es que no sería coherente, que si en el caso de los congruos se le da para mantener su existencia de acuerdo a su posición social y su posición social sea media o alta en la esfera social, no sería aceptable que se dedicara a un oficio, a menos que no sirviese para otra cosa, lo coherente sería que se eduque de acuerdo con su posición social⁵⁹.

2.2.2.4. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS

Los tres requisitos para poder reclamar alimentos son:

⁵⁷ Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil Tomo V Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, p78.

⁵⁸ Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p.43.

⁵⁹ *Ibíd.*

- i. La existencia de un vínculo de parentesco o el supuesto de donde nazca la obligación: Quien reclame alimentos, debe comprobar la existencia del vínculo o el supuesto generador de la obligación, por un medio de prueba adecuado. En el caso del parentesco de consanguinidad o de matrimonio, la única prueba legalmente idónea es la copia autentica del registro civil respectivo.⁶⁰
- ii. Necesidad del alimentario: Quien reclame alimentos debe comprobar que carece de bienes o al menos que aunque tiene bienes, estos no le son suficientes para sufragar su subsistencia.
- iii. Capacidad económica del alimentante: Esto en concordancia al principio general del derecho *ad impossibilia nemo tenetur*⁶¹, ya que puede darse el supuesto donde a quien se pide alimentos puede encontrarse en igual estado de pobreza de quien los solicita, o el caso donde efectivamente a quien se pide alimentos posea recursos económicos pero deba invertirlos íntegramente en el sostenimiento de su familia. En estas hipótesis no existe obligación de suministrar alimentos⁶².

2.1.2. RAZONES DE LA ATRIBUCIÓN ALIMENTARIA A LA PORCIÓN CONYUGAL

Los orígenes de la atribución alimentaria que se le ha dado históricamente a la porción conyugal, se remontan a la Cuarta Marital estudiada en el capítulo uno, donde el cónyuge superviviente recibía la cuarta parte de los bienes de su cónyuge muerto, siempre y cuando estos

⁶⁰ Suarez Franco, R. (1999). Derecho de Familia. Bogotá: Temis, p 380.

⁶¹ Nadie está obligado a lo imposible.

⁶² *Ibíd.*

bienes no superaran el límite establecido en 100 libras oro. Por lo cual, existía en la época un concepto objetivo de pobreza, donde el cónyuge supérstite debía ser pobre, y pobre era el que tenía un patrimonio menor a 100 libras oro. Vemos que la ley de las partidas traía un concepto de pobreza realmente estricto, y la filosofía de esta institución tenía como pilar el que los derechos hereditarios entre los cónyuges se consolidaban en la obligación alimenticia recíproca entre ellos⁶³.

Modernamente hay quienes critican la naturaleza alimenticia de la porción conyugal, por su especial definición de pobreza. Sin embargo, los autores Fernando Vélez, José clemente Fabres y Aguirre Vargas, sostienen que la naturaleza de la porción conyugal es alimenticia, concepción que se desprende de la lectura del artículo 1230 del Código Civil, que expresa: *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*⁶⁴. La naturaleza alimenticia se desprende desde el mismo momento en que el legislador plasma en este artículo, que es una asignación para el cónyuge que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, lo que recuerda a los alimentos congruos, pues por un lado la ley lo destina solo al cónyuge pobre y por el otro lo destina para su congrua sustentación, al igual que los alimentos vistos anteriormente, por lo cual es irreprochable deducir que una y otra tienen idéntico fundamento jurídico⁶⁵.

⁶³ Abello Vives, N, & Patron Lopez, M. (1991). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

⁶⁴ Colombia. (1887). *Codigo Civil Colombiano*. Bogotá. Art.1230.

⁶⁵ Varela, H. F. (1942). *La Porcion Conyugal. [Tesis para el Doctorado en Ciencias Juridicas]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Vélez afirma que la naturaleza de la porción conyugal es alimenticia sin importar la especial concepción que da esta figura sobre la pobreza del cónyuge supérstite y sostiene categóricamente que sin importar la cuantía a que ascienda la porción conyugal, como ésta se da al que carece de lo necesario para vivir, puede decirse que por su naturaleza es una asignación alimenticia”⁶⁶.

Por su lado Fabres expone que la porción conyugal es por naturaleza una asignación alimenticia, ya que la ley la destina precisamente a procurar al cónyuge supérstite los recursos necesarios para su congrua sustentación; y como este mismo es el objeto que la ley asigna a los alimentos congruos, se debe concluir forzosamente que la porción conyugal es por su naturaleza Alimenticia”⁶⁷.

Vélez afirma que si bien los alimentos y la porción conyugal no son figuras exactamente iguales y que entre uno y otro hay marcadas diferencias, estas son accidentales y no de fondo, por lo cual no desvanecen el carácter alimenticio que repetidamente le da el Código Civil a la porción conyugal.

A continuación expondremos las diferencias entre los alimentos y la porción conyugal, expuestas por Claro Solar en su obra Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, quien es el que las ha expuesto con mayor claridad y profundidad, por lo cual es citado por muchos autores en sus obras, cuando quieren exponer la diferencia entre estas dos figuras:

⁶⁶ Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America, p. 564-565.

⁶⁷ Fabres, J. C. (1908). *La porción conyugal según el Código Civil chileno, Tomo II*. Santiago: Universidad Católica de Chile, p. 10.

- i. Conforme a la culpabilidad del cónyuge en el divorcio y a las calidades del mismo:

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

- ii. Según el momento en que se adquiere el derecho:

“la porción conyugal, cuando hay lugar a ella se debe por el ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente desde el momento de la muerte del otro cónyuge; mientras que los alimentos solo se deben desde la demanda. (...)”

- iii. Según la permanencia de los requisitos:

“El cónyuge sobreviviente solo tiene derecho a porción conyugal cuando los requisitos que dan lugar a ella se realizan al momento de fallecer el otro cónyuge; mientras que el derecho a alimentos lo tiene viviendo el alimentante, todo aquel que carece de recursos para sustentar la vida o para vivir modestamente conforme a su posición social. Decimos “viviendo el alimentante” porque si en vida de este tuviere el cónyuge sobreviviente lo necesario y no pudiera por el mismo demandar alimentos, aunque después del fallecimiento del otro cónyuge cayera en indigencia, no tendría derecho a demandar alimentos a los herederos del cónyuge muerto, porque este no habría debido por ley alimentos a su cónyuge que contaba con medios suficientes de existencia mientras él vivía y porque aun suponiendo que la obligación de alimentos existiera no se habría transmitido tal obligación a sus herederos que no están obligados personalmente a tales alimentos; por ser, por ejemplo, hijos del cónyuge fallecido tenidos en un matrimonio anterior, desde que no existe la prestación obligatoria de alimentos entre afines, aun en línea recta.”

- iv. Conforme a la injerencia en los cambios de las circunstancias:

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

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

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

- v. Según su determinación:

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

vi. Según la cuantía:

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

vii. Teniendo en cuenta el derecho de disposición de los bienes:

“El cónyuge sobreviviente tiene la propiedad plena, absoluta y exclusiva de lo que se le asigna como porción conyugal en la sucesión del cónyuge fallecido; de manera que puede disponer libremente de los bienes que a este título se adjudiquen, por acto entre vivos o transmitidos por causa de muerte, lo mismo que sus demás bienes y puede renunciar a la porción conyugal; mientras tanto el derecho a pedir alimentos no puede cederse ni renunciarse, ni transmitirse por causa de muerte; y lo que se da por alimentos no puede cederse ni renunciarse , ni transmitirse por causa de muerte; y lo que se da por alimentos es solo una renta o pensión aunque se separe un determinado capital o bienes para su pago; dichos bienes pertenecen a los herederos y pasan a ellos una vez, terminado por cualquier causa el pago de los alimentos”⁶⁸.

Con base en lo expuesto, se puede concluir que los partidarios de esta tesis reconocen que alimentos y porción conyugal no son instituciones idénticas y que entre una y otra institución median diferencias, lo cual no desvirtúa que compartan la misma naturaleza jurídica, pues el

⁶⁸ Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XV, De la Sucesión*, p 289-295. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

fin de una y otra institución es el mismo “procurarle al cónyuge asignatario para su congrua sustentación”⁶⁹.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE CARÁCTER ALIMENTICIO Y REPARADOR.

Los autores que defienden esta tesis, como los chilenos Aguirre Vargas y Barros Errázuriz o los colombianos, Suarez Franco, Carrizosa Pardo y Lafont Pianetta, afirman que si bien es cierto que la porción conyugal tiene una cierta naturaleza alimenticia, también tiene un carácter indemnizatorio.

Unos empiezan su tesis discutiendo el carácter alimenticio puro que se le dio clásicamente a la porción conyugal, argumentando que esta naturaleza no es exacta, ya que el concepto de pobreza al que hace referencia el código no es absoluto como el de los alimentos, donde se debe carecer absolutamente de recursos económicos y encontrarse en imposibilidad de procurarse el sustento mediante su trabajo y necesitar ayuda para procurarse la subsistencia, sino que por el contrario el legislador crea un concepto relativo al patrimonio del cónyuge difunto. Como diría Somarriva *“la noción de pobreza del cónyuge en el código para los efectos de dicha porción es particular y un tanto caprichosa”*.

También los que comparten esta tesis, sostienen que si bien la definición establecida en el artículo 1324 del Código Civil pareciera indicar a primera vista que la naturaleza de la porción conyugal es netamente alimenticia, más adelante la misma norma desvirtúa esta

⁶⁹ Fabres, J. C. (1908). *La porción conyugal según el Código Civil chileno, Tomo II*. Santiago: Universidad Católica de Chile.

naturaleza, sosteniendo que se desvirtúa en el momento en que define la porción conyugal complementaria en el mismo artículo 1324 del Código Civil al referir : “*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*”⁷⁰. Así se desvirtúa la pobreza absoluta y se crea un concepto de pobreza relativa, donde se pueden encontrar supuestos donde el cónyuge supérstite puede ser excesivamente rico o por lo menos puede proveerse su congrua subsistencia y por lo tanto no requiere alimentos y sin embargo tienen derecho a reclamar porción conyugal.

Otros autores basan su tesis en las diferencias que establece la ley entre los alimentos y la porción conyugal, diferencias expuestas por Luis Claro Solar y explayadas anteriormente en este trabajo⁷¹, quien también sostiene la naturaleza dual.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación en el año 1890 diferencia también los alimentos y la porción conyugal, en uno de los puntos tratados por Claro Solar, expresando que el heredero del cónyuge sobreviviente, tiene acción para reclamar la porción conyugal o los derechos que conforme a la ley tenga dicho cónyuge sobre la sucesión del difunto, mientras que por su lado, el alimentario no tiene derecho a reclamar alimentos sino durante su vida y mientras continúen las circunstancias que legitimaron su derecho a recibir alimentos; no puede transmitirlos por causa de muerte, cederlos, ni venderlos de modo alguno, ni renunciarlos”⁷².

⁷⁰ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

⁷¹ P. 37-39.

⁷² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1890). *Sentencia de 6 de diciembre de 1890. Gaceta Judicial No. 255, 1891; p. 372 y 373*. Bogotá.

De acuerdo a lo anterior, indican que si bien es indiscutible que la porción conyugal tiene cierto carácter alimenticio, porque es para el cónyuge pobre y para su congrua subsistencia, también es una indemnización ya que la pobreza no es absoluta sino una comparación con la fortuna del cónyuge difunto.

Carrizosa Pardo quien es tal vez el mayor exponente de esta postura afirma que la porción conyugal tiene carácter alimenticio y carácter de indemnización. Alimenticio porque es para el cónyuge pobre y para su congrua subsistencia, pero también indemnizatorio, porque la pobreza no se considera de forma objetiva, sino puesta en función de la fortuna del cónyuge difunto. Además sostiene que la indemnización al cónyuge pobre tiene como fundamento que este ha aportado parte de su vida a la relación, que se ha gastado en el matrimonio, y el valor de este aporte es de un grandísimo valor y que se perdería irremediablemente al morir su cónyuge, si no se le indemniza. Concluye su tesis afirmando que debe apreciarse el brusco cambio que causa la muerte de su consorte en sus actuales condiciones de vida, ya que el golpe de la muerte de su consorte le arrebató el bienestar y posición cómoda que gozaba durante el matrimonio, golpe que se lleva parte de su propio esfuerzo⁷³.

Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Marzo de 1969, sostiene categóricamente que la naturaleza jurídica de la porción conyugal es *sui generis* de carácter alimentario o indemnizatorio, establecida por la ley en favor del viudo o

⁷³ Abello Vives, N., & Patron Lopez, M. (1991). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p.35, Emiliani Heilbron, J. (1957). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Economicas y Juridicas, p.25, Varela, H. F. (1942). *La Porcion Conyugal. [Tesis para el Doctorado en Ciencias Juridicas]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p25. Citando a Carrizosa Pardo

viuda que carece de lo necesario para atender su congrua subsistencia y que grava la sucesión del cónyuge difunto, justifica la naturaleza indemnizatoria de la porción conyugal al entender esta institución como una consecuencia del contrato matrimonial que impone el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges, pues para la Corte el legislador se preocupó de la suerte de los cónyuges no solo durante la vida de estos, sino después de la muerte de uno de ellos, donde se hace más precaria la situación del sobreviviente, pudiendo carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había venido disfrutando. El legislador, previendo este evento y considerando los principios fundamentales del matrimonio, decidió prolongar los efectos tutelares del matrimonio más allá de la vida de los cónyuges, y por esta razón, reconoció al cónyuge sobreviviente el derecho a la porción conyugal, para asegurar en lo posible la subsistencia y bienestar de del cónyuge supérstite pobre⁷⁴.

La corte ha entendiendo que el trasfondo de la porción conyugal se fundamenta en las obligaciones mutuas de fe y auxilio, que se deben dar los cónyuges. Obligaciones que al momento de la muerte de alguno de ellos se traducen en la compensación que el sobreviviente recibe en bienes del cónyuge difunto, que es la misma porción conyugal cuyo fin según ellos es compensa el bienestar del cónyuge sobreviviente⁷⁵, prolongando los efectos de las obligaciones de fe y auxilio más allá de la vida del cónyuge muerto extendiendo los derechos del cónyuge supérstite para que perciba una parte del patrimonio del cónyuge con el fin de asegurar adecuadamente en lo posible su subsistencia y bienestar.

⁷⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1969). *Sentencia de 21 de Marzo de 1969 G.J. 2306, 2307 Y 2308 T. CXXIX M.P. Gomez Estrada*. Bogotá.

⁷⁵ Emiliani Heilbron, J. (1957). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Economicas y Juridicas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la conclusión general de los que sostienen esta tesis dual, es que si bien la ley le da cierta naturaleza alimenticia a la porción conyugal al referirse que es para el cónyuge pobre y para su congrua subsistencia, no es del todo alimenticia porque el concepto de pobreza es relativo al patrimonio del cónyuge muerto. Por tal motivo la porción conyugal, no solo tiene una función alimentaria, sino que tiene función de retribución equitativa del quien se ve privado de los privilegios logrados con su esfuerzo durante el matrimonio. Por estos motivos la porción conyugal logra una doble finalidad, por un lado asegurar la sustento del cónyuge supérstite y por el otro logra establecer un equilibrio entre el patrimonio cónyuge difunto y el del cónyuge sobreviviente.⁷⁶

2.3. OTRAS TESIS MENOS ACEPTADAS

Algunos autores, sobre todo chilenos, sostienen que la porción conyugal es una asignación por causa de muerte que se entrega a título universal o herencia mientras que otros sostienen que es una asignación a título singular o legado, estas tesis sin embargo no ha tenido gran acogida por los doctrinantes nacionales, mientras que la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido radical en descartar esta naturaleza⁷⁷.

2.3.1. NATURALEZA HEREDITARIA

⁷⁶ Ramirez Fuertez, R. (2003). *Sucesiones*. Bogotá: Temis.

⁷⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala casación civil. (1944). *Sentencia de julio 18 de 1944, gaceta judicial no 2010 a 2014, T. LVII, p 4171 s.s. M.P. Hernan salamanca* . Bogotá, Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala casación civil. (1944). *Sentencia de julio 18 de 1944, gaceta judicial no 2010 a 2014, T. LVII, p 4171 s.s. M.P. Hernan salamanca* . Bogotá.

Los autores que le dan una naturaleza hereditaria a la porción conyugal, argumentan que al establecer el artículo 1230 del Código Civil “(...) *Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta (...)*”⁷⁸ se refiere a una parte alícuota del patrimonio herencial, por lo que por definición sería una asignación a título universal o una herencia, ya que se trata de una cuarta parte de los bienes del cónyuge difunto si no hay descendientes, y si los hay le correspondería la legítima rigurosa de un hijo⁷⁹.

Autores como Fabres aseveran que la porción conyugal íntegra, ya sea la cuarta parte de los bienes del difunto o una legítima rigurosa, es herencia, mientras que la porción conyugal complementaria es legado. Por el contrario Barros Errazuriz sostiene que la porción conyugal es siempre de carácter hereditario, ya sea porción conyugal íntegra o complementaria, pues siempre será una parte alícuota de los bienes del difunto⁸⁰.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha sido absolutamente radical al descartar que la porción conyugal sea una herencia, pues ha expresado que lo que el cónyuge sobreviviente recibe por porción conyugal no es a título de heredero y que su condición jurídica es diversa de la de éste. Afirma que la porción conyugal no es asignación hereditaria, sino una especie de crédito a cargo de la sucesión, la cual se deduce como baja general del acervo bruto herencial en todos los órdenes de sucesión menos en el de los descendientes legítimos⁸¹. Otro de los argumentos que ha venido sosteniendo la Corte es que la porción conyugal no

⁷⁸ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

⁷⁹ Perez Castro, A. (2002). *Evolución de los Derechos Hereditarios del Conyuge Sobreviviente en el Código Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile, p.68.

⁸⁰ *Ibíd.* Citando a Barros Errazuriz, Alfredo, p. 236.

⁸¹ Colombia, Corte suprema de Justicia, sala de Casación Civil. (1969). *Sentencia de 21 de Marzo de 1969 G.J. 2306, 2307 Y 2308 T. CXXIX M.P. Gomez Estrada*. Bogotá.

corresponde, al título 4, del libro 3 del Código Civil que versa sobre “las asignaciones testamentarias”, sino hace parte del Título 5 “De las asignaciones forzosas”, por lo cual insiste en que no podría ser una asignación testamentaria sino claramente una asignación forzosa⁸².

Otro detractor de que la porción conyugal sea de carácter hereditario, es Carrizosa Pardo, quien expone que los alimentos y la porción conyugal no tienen carácter propio de asignaciones mortis causa, porque para él más bien comparten la naturaleza de las deudas hereditarias que deben descontarse previamente del activo bruto de toda sucesión, al igual que las costas generales de publicación del testamento, los impuestos fiscales que gravan la masa hereditaria y las deudas hereditarias⁸³.

⁸² Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala casación civil. (1944). *Sentencia de julio 18 de 1944, gaceta judicial no 2010 a 2014, T. LVII, p 4171 s.s. M.P. Hernan salamanca* . Bogotá.

⁸³ Somarriva expone diferentes razones por las cuales considera que la porción conyugal no puede ser una herencia estas son:

- i. *“Cuando no hay descendientes (...) la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes; después de pagada la porción conyugal como baja general de la herencia, esta se divide en cuatro partes: la mitad legitimaria (equivalente a dos cuartas) y la mitad de libre disposición (que corresponde a las otras dos cuartas). Si decimos que el cónyuge por su porción conyugal es heredero, nos encontraríamos con el absurdo de una herencia compuesta por cinco cuartos: uno formado por la porción conyugal, y cuatro cuartos, integrados por la mitad legitimaria y la de libre disposición, con lo cual excederíamos la unidad. Ciertamente es que cuando hay descendientes (...), la porción conyugal se saca de la mitad legitimaria, y el cónyuge sobreviviente lleva (...) lo que le corresponde a (un) hijo (...) Esto podría dar margen a pensar que el código considera al cónyuge como heredero; en realidad esto no es así, pues al decir el código que el cónyuge es contado entre los hijos, lo hizo únicamente para fijar la medida, el monto de la porción conyugal.”*
- ii. *“El artículo (1239 expresamente declara que los legitimarios son herederos.) Es decir, formuló una declaración expresa al respecto. en cambio, en el artículo (1230) al definir la porción conyugal, no contemplo una declaración semejante, lo cual demuestra que no consideró al cónyuge como heredero.”*
- iii. *(...) “el cónyuge por su porción conyugal tiene respecto de las deudas de la herencia la responsabilidad de los legatarios. Si el cónyuge fuera heredero por su porción conyugal, la ley no le hubiera señalado esa responsabilidad de legatario.”*
- iv. *“El artículo (1054) habla del “título de herencia, de porción conyugal o de alimentos”, lo que prueba que el legislador considera como cosas distintas la herencia y la porción conyugal. (...) Por todas las razones, en principio no puede afirmarse que el cónyuge por su porción conyugal sea heredero, ni esta una herencia. “*

2.3.2. NATURALEZA LEGATARIA

Tal vez el mayor argumento de los que sostienen la tesis de la naturaleza legataria, es el fundado en el inciso final del artículo 1238 del Código Civil, que establece la responsabilidad del cónyuge que recibe porción conyugal, en los siguientes términos: “*en lo demás que el viudo o viuda perciba, a título de porción conyugal, solo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios*”⁸⁴. Por lo cual algunos autores aseguran, que si la responsabilidad en la porción conyugal es la propia de los legatarios, es porque la porción conyugal es un legado.

No obstante lo expuesto, la teoría de la naturaleza legataria no ha tenido mayor acogida en la doctrina colombiana ni en la jurisprudencia, por el contrario la mayoría de doctrinantes parece estar de acuerdo en negarle la naturaleza legataria a la porción conyugal. La razones que exponen, es que los argumentos de quienes afirman esta naturaleza no son muy fuertes y más bien consideran que si el legislador tuvo que fijar expresamente en el artículo 1238 que el cónyuge supérstite responde por las deudas de la herencia como los legatarios, lo hizo porque no lo consideraba legatario, puesto que si lo hubiera considerado legatario, sería inútil la aclaración.⁸⁵.

⁸⁴ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá.

⁸⁵ Somarriva expone las siguientes razones por las cuales para él, la porción conyugal no es un legado:

- i. *La porción conyugal procede tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, los legados se presentan solamente en la primera, más nunca en la abintestato.*
- ii. *“Los legados se pagan en la herencia con cargo a la parte de libre disposición (...) la porción conyugal nunca se paga de la libre disposición, sino que habiendo descendientes (...) se saca de la mitad legitimaria, y no existiendo tales descendientes constituye (...) una baja general de la herencia*
- iii. *“finalmente, si el código tuvo que decir expresamente en el artículo (1238) que el cónyuge por su porción conyugal tiene por las deudas de la herencia la responsabilidad del legatario, fue porque no lo consideraba en principio como tal. De no ser así, hubiera estado de más esta aclaración (...)*

3. ACTUAL NATURALEZA COMPENSATORIA OTORGADA A LA PORCIÓN CONYUGAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU POSIBLE ALCANCE.

Como se expuso en el capítulo anterior, la jurisprudencia y la doctrina de Colombia y de los países que adoptaron el Código Civil de don Andrés Bello, le han otorgado históricamente una naturaleza jurídica alimenticia a la porción conyugal. Sin embargo modernamente se ha impuesto la tesis de darle una naturaleza jurídica dual: alimenticia y compensatoria. Así, en los últimos años, la discusión en Colombia se centró en si la naturaleza de la porción conyugal es netamente alimenticia o si por el contrario es dual, compensatoria y alimenticia. El debate siempre se dio en la doctrina y en la máxima jurisdicción de los asuntos civiles del país que es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante lo expuesto, en el año 2011 la Corte Constitucional da un vuelco sin precedentes en la *obiter dicta* de una sentencia de constitucionalidad, sin hacer un análisis de fondo y sin dar mayores explicaciones, cambió la naturaleza jurídica de esta institución y sin mayor discusión afirma categóricamente que modernamente la naturaleza jurídica de la porción conyugal más que alimenticia, es compensatoria.

3.1.SENTENCIA C - 283 DE 2011

3.1.1. ANTECEDENTES

En el año 1996, la Corte Constitucional en sentencia C-174 de 1996 resolvió demanda de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano respecto de unas normas referentes a

algunos derechos de los cónyuges, como la vocación hereditaria, la porción conyugal y los alimentos, puesto que el demandante consideraba que se vulneraban derechos fundamentales como el de la igualdad y la libertad de conciencia. El demandante pretendía que la Corte reformara estas normas demandadas y extendiera los derechos en ellas consagradas a los compañeros permanentes.

La Corte declaró la exequibilidad, sin condición alguna de las normas demandadas, argumentando que la unión marital y el matrimonio son instituciones totalmente diferentes y su regulación debe ser diferente, por lo cual el legislador no está obligado a regularlos de la misma manera. Por lo expuesto, argumentó la Corte que no puede crear una igualdad frente a quien la misma Constitución consideró diferente. Además las normas acusadas están relacionadas con el estado civil de las personas, campo reservado por completo al legislador y consideran que corresponde a su sabiduría extender en algún futuro o no, los derechos consagrados a los cónyuges hacia los compañeros permanentes.

En el año 2011, nuevamente, se presenta demanda de inconstitucionalidad donde se pretende hacer extensivos a los compañeros permanentes los derechos de los cónyuges en relación con la vocación hereditaria, la porción conyugal y el solicitar alimentos. La argumentación de la demanda de inconstitucionalidad nuevamente es la misma, que las normas demandadas vulneran derechos fundamentales como la igualdad y la libertad de conciencia.

La Corte al analizar la demanda, considera que no existe la llamada cosa juzgada constitucional; sin importar que años atrás en sentencia C-174 de 1996 la misma Corte hubiere declarado la exequibilidad de muchas de las normas demandadas nuevamente en el

año 2011. Las razones por las cuales la Corte considera que no existe cosa juzgada y que por tanto debe fallar la demanda se resumen en dos argumentos principales; en primer lugar a juicio de la Corte la decisión tomada en el año 1996, se basó en la comparación de la forma en que nacen a la vida jurídica las instituciones del matrimonio y la unión marital, así como las normas que las regulan, omitiendo un análisis finalístico de la porción conyugal frente a los dos escenarios. Tampoco se hizo un estudio sobre la naturaleza jurídica de la porción conyugal y las razones por las cuales esta institución puede o no ser objeto de reconocimiento al compañero permanente. En segundo lugar, según la Corte existió el denominado por la jurisprudencia cambio en el contexto normativo, donde la sociedad presentó cambios culturales, políticos y normativos; lo que conlleva a que lo que en una época pudo resultar una norma exequible, en otro tiempo por estos cambios puede resultar no serlo (ejemplo de ello son el reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional y civil de una serie de derechos, beneficios y prerrogativas a los compañeros permanentes.)

En razón de lo expuesto, el juez constitucional resolvió reconsiderar los motivos por los cuales decidió en el año 1996 declarar la exequibilidad sin condicionamiento alguno de los preceptos referentes a la porción conyugal, puesto que no existe la cosa juzgada constitucional, al no evidenciarse identidad en la argumentación empleada por la Corte para resolver las acusaciones presentadas en la nueva demanda.

Así las cosas la Corte entra a resolver la demanda de inconstitucionalidad estimando que el problema a resolver es “si (...) *resultan contrarias al principio de igualdad, consagrado en los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución, las normas del código civil que reconocen a favor de*

los cónyuges sobrevivientes la posibilidad de reclamar la “porción conyugal”, facultad que no se reconoce a los compañeros o compañeras permanentes”⁸⁶.

3.1.2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1.2.1. NUEVA NATURALEZA COMPENSATORIA DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Para determinar la naturaleza jurídica de la porción conyugal, la Corte Constitucional parte de la definición que nos trae el Código Civil en su artículo 1230 y nos recuerda que la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la reconoce como una pensión alimenticia a favor del cónyuge sobreviviente o como una pensión indemnizatoria en relación con el patrimonio del cónyuge difunto.

Luego ahonda en los orígenes de la figura y los encuentra en la *cuarta marital* española que como se vio, en capítulos anteriores, su naturaleza jurídica era indudablemente alimenticia. Seguido nos indica que actualmente la porción conyugal contemplada por don Andrés Bello se diferencia de su antecesora, *cuarta marital*, en cinco aspectos:

- i. El beneficiario es tanto el cónyuge como la cónyuge supérstite.
- ii. Su monto no es determinado, depende del patrimonio del cónyuge difunto.
- iii. Al que se le reconoce porción conyugal la recibe a título de propietario
- iv. Para ser beneficiario de la porción conyugal no se necesita ser pobre, se necesita una pobreza relativa al patrimonio del cónyuge difunto.

⁸⁶Colombia, Corte Constitucional. (2011, Abril). *Sentencia C-283 de 2011 M.P. Jorge Pretelt Chaljub*. Bogotá.

- v. El derecho nace al momento en que se abre la sucesión, y es en ese momento que se califica la pobreza del cónyuge supérstite no antes ni después⁸⁷.

Una vez retomada la historia, y las consideraciones que ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre la naturaleza jurídica de la institución, la Corte Constitucional, sin mayor análisis de fondo y sin mayores fundamentos concluyó, que la porción conyugal más que una naturaleza alimenticia basada en criterios de necesidad, tiene una naturaleza compensatoria que afecta el patrimonio del cónyuge difunto por medio de una asignación forzosa, la cual le permite al cónyuge supérstite contar con un patrimonio adecuado tomando como referencia el patrimonio del cónyuge muerto.

Además de lo expuesto, la Corte sostiene que la porción conyugal modernamente sirve para equilibrar y compensar cargas propias de llevar una vida en pareja, ya que no siempre sus miembros tienen las mismas oportunidades de aumentar el patrimonio común, pues son muchos los casos en los que se dan renunciaciones, o se adquieren labores o tareas que no se reflejan económicamente, y el cónyuge que se queda en el hogar o que renuncia a su trabajo o estudio, no ve reflejado patrimonialmente su esfuerzo. Todas estas renunciaciones, trabajos, tareas y oficios que no son cuantificadas al momento de disolver la sociedad conyugal y que según la jurisprudencia de la misma Corte deben serlo⁸⁸, hoy en día son suplidas mediante la porción conyugal pues es esa su finalidad.⁸⁹.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional (1992). Sentencia T 494 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. Bogotá.

⁸⁹ “(...) esta Corporación no duda en señalar que esta protección patrimonial que creó el legislador de 1873, **modernamente** sirve para equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común, dado que no siempre los miembros de la pareja tienen las mismas oportunidades para acrecentar el patrimonio común, pues no en pocos casos se producen renunciaciones o se asumen labores, tareas, que no se reflejan pecuniariamente, v.gr. el miembro de la pareja que se queda en casa o el que decide renunciar a su

3.1.2.2. RECONOCIMIENTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL AL COMPAÑERO PERMANENTE

La Corte analiza si existe discriminación en la diferencia de trato que se presenta entre la unión marital y el matrimonio. Para ello realiza un test estricto constitucional, recordando que para poder llevarlo a cabo es necesario que los supuestos de hecho que sean objeto de confrontación sean comparables. Dicho test no fue realizado en el año 1996 ya que se concluyó que el matrimonio y la unión marital eran fenómenos jurídicos diferentes, por lo cual no se podía realizar un test de constitucionalidad, porque los supuestos de hecho no eran comparables.

Más adelante recuerda la Corte, que en diferentes pronunciamientos ha establecido que el matrimonio y la unión marital son dos instituciones diferentes con naturalezas jurídicas diferentes, justificando así el trato diverso que le ha dado el legislador a una y otra institución. Sin embargo, reitera que las dos originan familia por lo cual merecen igual protección constitucional.

Expone también que, no obstante, las dos figuras no son iguales, el juez constitucional ha extendido algunos derechos, garantías y cargas reconocidas por el legislador a los cónyuges,

trabajo o estudio para acompañar al otro en su proyecto laboral o académico. Esas renunciaciones, trabajos, tareas, oficios que no son cuantificados al momento de la disolución de la sociedad conyugal y que deben serlo tal como esta Corporación lo determinó en la sentencia T-494 de 1992, pueden ser suplidas mediante la llamada porción conyugal, en la que el cónyuge pese a no tener la calidad de heredero, tiene, mediante la asignación forzosa que hizo el legislador, la facultad de optar por una parte o cuota de la masa herencial. (Negrilla fuera del texto)

Esa garantía se deriva, sin lugar a dudas, de la decisión autónoma de los individuos de formar una vida en común, basados, entre otras, en el apoyo mutuo; la solidaridad y el socorro que, para la época en que se expidió el Código Civil, se repite, 1873, sólo era predicable del único vínculo reconocido: el matrimonio. (...) ibíd.

a los compañeros permanentes, argumentando la desprotección en que se encontraban estos y lo que precisamente llevó al constituyente del 91 a reconocer a la unión marital expresamente en el artículo 42.

La Corte finalmente ha considerado que si se pretende dar un tratamiento igual entre las dos figuras es necesario demostrar una situación equiparable y que por lo tanto un trato disímil entre las dos figuras resulta discriminatorio. Por lo cual, insiste la Corte que aunque se trata de dos instituciones diferentes (pues mientras el matrimonio es un contrato, la unión marital de hecho resulta de un acuerdo de voluntades que no requiere de ninguna solemnidad) las dos se equiparan en el hecho de que los miembros de la pareja en ambos casos han optado por una convivencia de ayuda, socorro y apoyo mutuo y por lo tanto deben ser tratados de igual forma. Razón reiterada por la Corte en su jurisprudencia al momento de extender derechos propios del matrimonio hacia la unión marital.

En conclusión, la Corte encuentra que la extensión de los derechos del matrimonio a la unión marital *“no tiene como fundamento el que uno y otro vínculo sean iguales, sino el hecho que, como sujetos que han optado por una convivencia de ayuda, socorro y apoyo mutuos, deben ser tratados de la misma forma”*⁹⁰.

Así las cosas, la Corte aplicando la regla de no discriminación formulada para los miembros del matrimonio y la unión marital de hecho, no encuentra razones para no extender el derecho de porción conyugal a el compañero permanente, ya que según el análisis propuesto de la

⁹⁰ *Ibíd.*

porción conyugal la figura persigue *“garantizar al cónyuge supérstite gozar de parte del patrimonio de la persona con la que convivió con vocación de permanencia, a quien apoyó y a quien cuidó, si el patrimonio con que cuenta después de disuelta la sociedad conyugal resulta menor al que le correspondería por “porción conyugal” como una forma de compensar y equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común”*. Por lo expuesto, según la Corte, no hay razón que permita afirmar que los destinatarios de esta figura solo serán el cónyuge sobreviviente y que el compañero permanente supérstite *“quien sin haber solemnizado su relación mediante el contrato matrimonial actuó con la convicción y en la libertad de compartir un proyecto de vida, con solidaridad y prodigando cuidados y apoyos que no tienen en la relación marital su razón de ser”* no pueda ser beneficiario de la porción conyugal

La Corte termina su argumento insistiendo que **la causa de la porción conyugal no es el vínculo matrimonial, sino la necesidad de proteger al miembro de la relación fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas**, que queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él.

3.1.2.3. RECONOCIMIENTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL A LOS COMPAÑEROS PERMANENTES DEL MISMO SEXO

La Corte recuerda lo expuesto por esa misma corporación en sentencia C-075 de 2007, donde se reconoció que el régimen jurídico establecido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones maritales de hecho debe ser extendido a las parejas del mismo sexo, ya que una conclusión contraria resultaría discriminatoria.

La Corte siguió la línea de reconocer en condiciones de igualdad los derechos de las parejas del mismo sexo en el campo patrimonial, razón por la cual explicó que la institución de la porción conyugal no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden como una opción de vida convivir en pareja y hacer un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia y de forma singular. Concluyó que extender este derecho a las parejas del mismo sexo es una forma de proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el principio de no discriminación de las uniones maritales con parejas del mismo sexo, que al igual que las parejas heterosexuales no cuentan con una protección efectiva en temas patrimoniales. La Corte admitió que no es labor del juez constitucional reconocer derechos a las parejas del mismo sexo, sino del Congreso de la Republica, ya que por excelencia es el órgano de representación democrática directa y más aun tratándose de temas sensibles para algunos sectores de la sociedad como lo son las relaciones de pareja del mismo sexo. Sin embargo, aceptó también que es evidente el déficit de protección que ha otorgado el Congreso a esta población; por tanto, en aras de lograr la prevalencia del derecho a la igualdad y la no discriminación, la Corte ha tratado por medio de su jurisprudencia lograr la protección de estos grupos históricamente desprotegidos y discriminados, en este caso puntualmente por su orientación sexual.

3.1.3. DECISIÓN.

Por todo lo expuesto, la Corte decidió declarar exequibles las normas demandadas; no obstante condiciono su exequibilidad a que debe entenderse que lo regulado en ellas, respecto a la porción conyugal, incluye al compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo.

Adicionalmente exhorta al Congreso de la Republica para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.

3.2. DE LA PORCIÓN CONYUGAL A LA PORCIÓN DE PAREJA

Estudiadas las razones y determinaciones tomadas por la Corte Constitucional en sentencia C-281 de 2011, la doctrina resulta problemático el nombre *porción conyugal*, las razones son claras, según la Real Academia de la lengua española la palabra conyugal proviene del latín *coniugālis* y significa perteneciente o relativo a los cónyuges⁹¹. Siguiendo esta secuencia, cónyuge según la citada academia, hace referencia al *consorte* (marido y mujer respectivamente). Lo cual hace exclusiva referencia al matrimonio⁹².

Dado lo resuelto por la Corte en la sentencia C-281 de 2011 donde se extienden los derechos consagrados al cónyuge supérstite, referentes a la porción conyugal, hacia el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo, se desvirtúa la tecnicidad del nombre porción conyugal.

Así las cosas la doctrina ha planteado que sería más técnico hablar de porción conyugal, cuando el beneficiario de la institución sea el cónyuge supérstite, porción convivencial

⁹¹ Real academia española. (s.f.). Recuperado el 15 de Marzo de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=c%C3%B3nyuge> .

⁹² Real Academia Española. (s.f.). Recuperado el 15 de Marzo de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=conyugal>.

cuando el beneficiario sea el compañero permanente supérstite, y la pareja del mismo sexo, creando un género denominado porción de pareja⁹³

Recordemos que lo expuesto son solo unos términos usados por la doctrina para dar un lenguaje incluyente, políticamente correcto y ante todo más técnico para esta institución.

3.3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA *STRICTO SENSU*

En España, el legislador encontró problemas similares a los evidenciados por la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-283 de 2011 y al igual que la Corte se dio cuenta de que en muchas ocasiones, alguno de los miembros de la pareja no tiene las mismas oportunidades para acrecentar su patrimonio, pues es normal encontrar renunciaciones o asunción de labores, tareas que no se evidencian económicamente; lo que refleja que uno de los integrantes de la pareja se quede en casa o decida renunciar a su trabajo o estudio para acompañar al otro en su proyecto laboral o académico⁹⁴. Esas renunciaciones, trabajos, tareas, oficios que no son cuantificados al momento de la disolución de la sociedad conyugal no han encontrado una institución en Colombia donde puedan ser compensados lo que conlleva a que en el año 2011 la Corte Constitucional a través de sentencia C-283 de 2011 desdibujara una institución del derecho civil antiquísima como lo es la porción conyugal tratando de dar solución al problema.

⁹³ Alarcon Palacio, Y. (2014). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Jose Maria Miquel* (Vol. 1). España: Aranzadi - Thomson Company, pp. 125-168.

⁹⁴ Colombia, Corte Constitucional. (2011, Abril). *Sentencia C-283 de 2011 M.P. Jorge Pretelt Chaljub*. Bogotá.

Por su parte, en España la solución fue tomada por el legislador que por medio de una ley creó una institución nueva en el ordenamiento jurídico que, en mi opinión, soluciona el problema de raíz y de forma eficaz.

Esta solución fue tomada en el año de 1981, donde el legislador español introdujo, mediante la ley 30/1981 de fecha 7 de julio, la pensión compensatoria, también denominada pensión por desequilibrio. A través de esta ley se modificó el régimen del matrimonio del Código Civil español y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio⁹⁵.

3.3.1. REGULACIÓN Y DEFINICIÓN.

Como se expuso anteriormente, la pensión compensatoria se encuentra regulada en el Código Civil español, específicamente en los artículos 97 al 101, donde se establecen los requisitos así como los casos en que procede la sustitución, modificación y cese de la misma. Su definición se encuentra en el artículo 97 de la siguiente manera:

“Artículo 97: El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”⁹⁶.

⁹⁵ La Pensión Compensatoria en el Derecho Español. (2008). Revista del magister y doctorado en derecho, N° 2, 2008. (Chile), pp.91-117.

⁹⁶ España. (1889). Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 Art. 97.

Por su parte un sector doctrinal integrado por Campuzano, al igual que Pereda y Vega Sala definen la pensión compensatoria como:

“Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”⁹⁷.

3.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Antes de la promulgación de la ley 15 de 2005, no era raro encontrar desacuerdos doctrinales y jurisprudenciales acerca de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria. Sin embargo, era claro que gran parte de la doctrina estaba de acuerdo en que su naturaleza es compensatoria. A partir de la entrada en vigor de la ley 15 de 2005 el legislador zanjó la discusión y le otorgó de derecho una naturaleza compensatoria-indemnizatoria.

Desprendiéndonos de una lectura literal del artículo 97 del Código Civil español, y prestando atención a la finalidad de la pensión compensatoria, es fácil deducir que esta goza de una naturaleza compensatoria-indemnizatoria, nunca alimenticia. Si atendemos a que su finalidad es eliminar el desequilibrio económico que pueda generar la ruptura matrimonial por separación o divorcio, en relación con las respectivas posiciones en la que van a quedar

⁹⁷ Marin Marin, Z. (2014). *La situación actual de la pensión compensatoria en España [trabajo fin de grado]*. Universidad de La Rioja, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. pp.91-117.

los cónyuges tras dicha ruptura, siempre que implique un empeoramiento en su situación, en relación a la que venía ostentando durante el matrimonio⁹⁸.

La finalidad de la pensión compensatoria no es otra que la de indemnizar a uno de los cónyuges por la disminución de sus ingresos como consecuencia la disminución en su nivel de vida, fruto del fracaso del proyecto común llamado matrimonio⁹⁹.

Según los doctrinantes españoles Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón lo que busca la pensión compensatoria “(...) *en definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicas (...)*”¹⁰⁰.

Por otro lado en sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 1 de octubre de 1998 se establece que “(...) *la pensión compensatoria recogida por el artículo 97 del Código Civil, es una medida no de índole alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan causar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con la que conserve el otro (...)*”

Por su parte, el Tribunal Supremo español aseveró que la finalidad de la pensión compensatoria, no es más que la de compensar el desequilibrio causado a uno de los

⁹⁸ Cañete Quesada, A. (2001). La pensión compensatoria: una visión de futuro. *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N°. 13 (OCT), 2001, p.p. 45-82.

⁹⁹ *ibíd.*

¹⁰⁰ La Pensión Compensatoria en el Derecho Español. (2008). *Revista del magister y doctorado en derecho*, N° 2, 2008. (Chile), p.p.91-117.

cónyuges como consecuencia de la ruptura matrimonial, intentando dejarlo en la situación en que estaría de no haber mediado el vínculo matrimonial¹⁰¹.

Por otro lado se descarta la naturaleza alimenticia, no solo desde la ley 15 de 2005 que insertó el término compensación sino desde siempre, pues el presupuesto básico de los alimentos se encuentra en la existencia de un estado de necesidad, mientras que el presupuesto básico de la pensión compensatoria es el desequilibrio económico; negándosele cualquier carácter asistencial, ya que su fin no es cubrir necesidades del cónyuge sino compensar el desequilibrio causado por la ruptura del vínculo matrimonial¹⁰².

3.3.3. FUNDAMENTOS Y CIRCUNSTANCIAS DE CALIFICACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

3.3.3.1. FUNDAMENTO

¹⁰¹El tribunal supremo español, ha sostenido que la finalidad de la pensión compensatoria es “(...) colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. (...)

(...) pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Y para este fin, es razonable entender, como se dijo, que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia (...) España, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. (2012, enero). STS 234/2012 M.P. Xiol Rios, J.A. p. 6.

¹⁰² Martínez Galvez, J.P. (2010). Las prestaciones económicas derivadas de la crisis familiar en derecho tributario. [tesis doctoral], Huelva, Universidad de Huelva, p.21.

De solo la lectura del artículo 97 del Código Civil español se puede extraer con facilidad que el fundamento de la pensión compensatoria no es más que la búsqueda del equilibrio patrimonial que la separación o el divorcio produzca a uno de los ex cónyuges. Este fundamento determina el tiempo por el que debe durar la pensión, hasta el momento en que se regule el desequilibrio por lo tanto, debe durar el tiempo que se considere preciso para que el ex cónyuge pueda proporcionarse por sí mismo nuevos medios de vida¹⁰³. Lo que buscó el legislador con esta figura no fue que el ex cónyuge viviera de por vida por cuenta del otro, sino procurar situarlo en condiciones de poder alcanzar, en un futuro una autonomía pecuniaria por sus medios, los cuales no goza en el momento por haber existido en el pasado el vínculo matrimonial.

De acuerdo a lo expuesto podemos afirmar y complementar que el fundamento a la pensión compensatoria es *el equilibrio patrimonial* exclusivamente. El resto de condiciones mencionadas en los numerales del artículo 97, tan solo sirven para calificar la cuantía o el monto de la pensión; En palabras de RODRÍGUEZ CHACÓN, “*se distingue de modo nítido el desequilibrio de las circunstancias, asignado a uno y otros párrafos aparte y quedando del todo claro que mientras el derecho a compensación surge del desequilibrio, las circunstancias que se enumeran han de ser tenidas en cuenta para determinar su importe*”¹⁰⁴.

¹⁰³ Hoya Coromina, J., & Anaut Arredondo, S. (15 de julio de 2000). "La pensión compensatoria" *Boletín del ministerio de justicia*. Recuperado el 13 de julio de 2015, de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344079798?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D2000_1873.pdf&blobheadervalue2=1288778375500.

¹⁰⁴ Martínez Galvez, J. (2010). *Las prestaciones económicas derivadas de la crisis familiar en derecho tributario. [tesis doctoral]*. Huelva: Universidad de Huelva, p.20, citando a Rodríguez Chacón, R. (2005) *Matrimonio, separación y divorcio en España: Nueva regulación. Estudio sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio*, Madrid, Ed. Experiencia, p. 141.

3.3.3.2. CIRCUNSTANCIAS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA

En primera medida de acuerdo al artículo 97 del Código Civil español, se faculta a los cónyuges a llegar a un acuerdo para determinar la cuantía de la pensión compensatoria y a falta de este, es el juez quien mirando las circunstancias incorporadas en los numerales del mismo artículo, determinará la cuantía en la sentencia. Estas circunstancias son:

- 1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2º La edad y el estado de salud.
- 3º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4º La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7º La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge
- 9º Cualquier otra circunstancia relevante¹⁰⁵.

El juez libremente debe calificar estas circunstancias sin que ninguna tenga un carácter preferencial. Además, el ordinal 9 enumera una que es tan sólo enunciativa no taxativa, por lo cual el juez aunque debe analizar todas las circunstancias, puede valorar cualquier otra que a su criterio sea relevante para determinar el monto.

¹⁰⁵ España. (1889). *Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 Art. 97.*

De acuerdo a lo expuesto el legislador le dio plena libertad al juez para la determinación de la cuantía, así como la valoración de las circunstancias calificadoras, de esta manera el juez mirará las circunstancias y las estimará de acuerdo a su criterio y fijará una cuantía de acuerdo a su estimación. La cuantía se pagará por medio de una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, hasta que se llegue al equilibrio económico, fundamento de la pensión.

3.3.4. RÉGIMEN, ÁMBITO Y CRITERIOS DE APLICACIÓN

Desglosando con cuidado el artículo 97 podemos encontrar los criterios de aplicación de la pensión compensatoria, así pues de esta disposición normativa se puede extraer que para obtener la pensión compensatoria se requiere:

- i. Disolución del matrimonio por divorcio:

El divorcio según la legislación española produce efectos desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura (artículo 89 Código Civil español)¹⁰⁶.

Por otro lado, aunque la separación matrimonial puede surgir simplemente de hecho (artículo 81 Código Civil español), la separación a la que se refiere el artículo 97 es a la separación del artículo 89, la razón es que mientras que no esté

¹⁰⁶ Martínez Galvez, J. (2010). *Las prestaciones económicas derivadas de la crisis familiar en deecho tributario. [tesis doctoral]*. Huelva: Universidad de Huelva, p. 23.

en firme la sentencia o decreto que declare el divorcio, o no se haya manifestado el consentimiento de ambos cónyuges por medio de escritura, siguen vigentes derechos y deberes matrimoniales.

ii. Desequilibrio económico:

El segundo requisito para acceder a la pensión compensatoria no es más que el objeto de la misma, en el sentido que es el que justifica su existencia, ya que sin desequilibrio no hay compensación. Así las cosas, el desequilibrio debe nacer una vez se da el primer requisito que es la ruptura de la vida en común por la separación o el divorcio, de acuerdo a los términos estudiados, donde cada uno de los esposos tiene que sufragar sus necesidades y es en este punto donde puede surgir el desequilibrio, generador de la pensión compensatoria¹⁰⁷. Así de acuerdo al artículo 97 del Código Civil español *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación”*¹⁰⁸.

Es así que frente al desequilibrio económico surgen diferentes posiciones, por un lado, una teoría objetiva que defiende que para acceder a la pensión compensatoria lo único que se debe hacer es una mera comparación de patrimonios entre las partes y nace así el derecho a la pensión compensatoria si

¹⁰⁷ ibíd.

¹⁰⁸ España. (1889). *Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 art 97.*

un patrimonio es inferior al otro; Por otro lado, hay una teoría subjetiva que defiende que no solo es necesaria una comparación de patrimonios para acceder a la pensión, sino que es imperativo valorar otras circunstancias insertas en el artículo 97 del Código Civil español, que no son solo relevantes para determinar la cuantía de la pensión como se vio en oportunidad anterior, sino que son indispensables para que se reconozca la pensión compensatoria. No obstante lo anterior, lo único claro realmente es lo indispensable que resulta acreditar la existencia del desequilibrio económico para que se reconozca la pensión¹⁰⁹.

- iii. Empeoramiento de la situación actual comparada con la que gozaba durante el matrimonio.

De acuerdo a la jurisprudencia española, se ha considerado que al hablar de empeoramiento se hace referencia al descenso relevante en el nivel de vida que se venía gozando en el matrimonio. No necesariamente se refiere a pobreza; ya que si el cónyuge se encontraba en situación de pobreza en el matrimonio, no ha habido un empeoramiento frente a su situación en el matrimonio¹¹⁰.

- iv. Relación de causalidad.

¹⁰⁹ La Pensión Compensatoria en el Derecho Español. (2008). *Revista del magister y doctorado en derecho*, N°2-2008. (Chile), p.104

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 99.

De acuerdo a la lectura del artículo 97 la causa directa del desequilibrio económico debe ser la separación o el divorcio, por lo que se exige una relación de causa a efecto entre la separación o el divorcio y el desequilibrio económico¹¹¹.

3.4. CONFRONTACIÓN ENTRE PENSIÓN COMPENSATORIA Y PORCIÓN DE PAREJA.

Hacer una confrontación entre las dos figuras no es fácil, la razón principal es que corresponden a instituciones de ordenamientos jurídicos diferentes que además a tienden a finalidades diferentes y, según lo desarrollado en este trabajo, tienen naturaleza jurídica diferente. No obstante, su comparación resulta absolutamente pertinente por las razones que se exponen a continuación.

Como es de suponer, la primera diferencia que es la que hace tan difícil la comparación entre estas dos figuras, tiene que ver con su regulación en ordenamientos jurídicos de dos países diferentes; ya que por un lado, la pensión compensatoria se encuentra regulada en el capítulo IX, del título IV del libro primero del Código Civil español que la define como: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*¹¹². Por otro lado se encuentra la porción conyugal, que se encuentra regulada en el título V, del libro tercero del Código Civil colombiano que la define como *“aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² España. (1889). *Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 Art. 97.*

sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”¹¹³, como se advierte, el origen de las figuras es totalmente diferente. Por un lado, la pensión compensatoria tiene su causa en la separación o el divorcio. Mientras que por el otro, el derecho a optar por porción conyugal se entiende existir en el momento de la muerte de alguno de los cónyuges.

Otra gran diferencia entre estas figuras, tiene que ver con la naturaleza jurídica de cada una; puesto que la pensión compensatoria se caracteriza por tener una naturaleza compensatoria-indemnizatoria, nunca alimenticia, mientras que por su parte la naturaleza jurídica de la porción de pareja ha sido largamente discutida en si responde a una naturaleza netamente alimenticia o de carácter dual, alimenticia y compensatoria.

Los requisitos para tener derecho a pensión compensatoria; son la existencia de sentencia en firme de separación o divorcio, el desequilibrio económico, el empeoramiento de la situación actual comparada con la que gozaba durante el matrimonio y la relación de causalidad. En cuanto a los requisitos para tener derecho a porción de pareja son la muerte de uno de los cónyuges o compañero permanente, la ausencia de culpa del cónyuge divorciado o del cónyuge separado de cuerpos, no haber incurrido en causales de indignidad y la pobreza del cónyuge supérstite.

Respecto al beneficiario de las figuras, aunque en los dos casos corresponden al cónyuge, en la pensión compensatoria es específicamente el cónyuge al que la separación o el divorcio

¹¹³ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano*. Bogotá. Art. 1230.

produce un desequilibrio económico, mientras que en la porción de pareja es el Cónyuge supérstite (y modernamente), el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo que carezca de lo necesario para su congrua subsistencia.

En cuanto al momento en que nace a la vida jurídica el derecho a la pensión compensatoria no es otro que cuando queda en firme la sentencia de separación o divorcio, mientras que en la porción conyugal es en el tiempo del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Otra disimilitud tiene que ver con el monto. En la pensión compensatoria los cónyuges pueden de común acuerdo determinan la cuantía y en caso de no llegar a un acuerdo, será el juez quien mirando las circunstancias del artículo 97 del Código Civil español, quien en sentencia determinara la cuantía. Por su parte el monto en la porción conyugal dependerá del orden hereditario en que se encuentre el cónyuge sobreviviente, para el primer orden, en caso de que exista algún descendiente el cónyuge supérstite recibirá como porción de pareja lo que le corresponda a un hijo como legítima rigurosa. Por el contrario si no existen herederos en el primer orden hereditario, el cónyuge supérstite tendrá derecho a la cuarta parte de los activos de la sucesión del cónyuge difunto.

Otro aspecto de contraste entre pensión compensatoria y la porción de pareja, radica en la forma del pago de cada una, en la pensión compensatoria la forma del pago puede variar entre una pensión temporal, una pensión indefinida y una pensión única, mientras que en la porción de pareja siempre será una única prestación.

Por último, la diferencia más importante que se debe resaltar de esta comparación es la finalidad de las figuras; en la pensión compensatoria la finalidad es poner al cónyuge perjudicado con la ruptura del vínculo matrimonial en una situación lo más cercana posible de la que hubiera tenido de no existir el vínculo matrimonial. En la porción de pareja se busca que el cónyuge sobreviviente o el compañero permanente cuente con lo necesario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

A continuación las diferencias entre pensión compensatoria y porción de pareja enunciadas anteriormente ilustradas en una tabla para su mejor comprensión:

Tabla 1 (confrontación entre la pensión compensatoria y la porción de conyugal)

PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL	PORCIÓN DE PAREJA EN EL DERECHO COLOMBIANO
DEFINICIÓN	

<p>El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia¹¹⁴.</p>	<p>La porción de pareja¹¹⁵ es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente (al compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo)¹¹⁶ que carece de lo necesario para su congrua subsistencia¹¹⁷.</p>
<p>REGULACIÓN LEGAL</p>	

¹¹⁴ España. (1889). *Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 Art. 97.*

¹¹⁵ Aunque en el texto original de la norma aparece el término “porción conyugal”, de acuerdo a los cambios introducidos por la jurisprudencia constitucional, se cambió intencionalmente el término porción conyugal por porción de pareja.

¹¹⁶ De acuerdo a lo dispuesto por la Corte en Sentencia C-281 de 2011 a la porción conyugal también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo.

¹¹⁷ Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano.* Bogotá. Art. 1230.

<p>Se encuentra regulada en el Código Civil español, en el capítulo IX, del título IV del libro primero, artículos 97 al 101.</p>	<p>Se encuentra regulada en el Código Civil colombiano, en el título V del libro tercero, artículos 1226 y s.s.</p>
<p>NATURALEZA JURÍDICA</p>	
<p>Goza de una naturaleza -indemnizatoria, nunca alimenticia.</p>	<p>Su naturaleza históricamente ha sido discutida, entre si goza de carácter netamente alimenticio o de carácter alimenticio y compensatorio.</p>
<p>REQUISITOS</p>	

<ol style="list-style-type: none"> 1. Existencia de sentencia en firme de separación o divorcio. 2. Desequilibrio económico. 3. Empeoramiento de la situación actual comparada con la que gozaba durante el matrimonio 4. Relación de causalidad. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Muerte de un cónyuge o compañero permanente y supervivencia del otro. 2. Ausencia de culpa del cónyuge divorciado o del cónyuge separado de cuerpos. 3. Dignidad. 4. Pobreza del cónyuge superviviente.
BENEFICIARIOS	
Cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico	Cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente y pareja del mismo sexo, que carezca de lo necesario para su congrua subsistencia.
NACIMIENTO DEL DERECHO	
El derecho surge en el momento en que queda en firme la sentencia de separación o divorcio	El derecho se entenderá existir al tiempo de fallecimiento del otro cónyuge
MONTO	

<ol style="list-style-type: none"> 1. Los cónyuges de común acuerdo determinan la cuantía. 2. Si no se llega a un acuerdo es el juez quien mirando las circunstancias del artículo 97 quien en sentencia determinara la cuantía. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Porción conyugal en el primer orden hereditario: Si hay algún descendiente el cónyuge supérstite se contará como un hijo y recibirá como monto de porción conyugal lo que le corresponda a un hijo como legítima rigurosa. 2. Porción conyugal en los demás órdenes hereditarios: tiene derecho a la cuarta parte de los activos de la sucesión del cónyuge difunto, en todos los órdenes sucesorales menos en el de los descendientes.
<p>FORMA DE PAGO</p>	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Por medio de una pensión temporal 2. Por medio de una pensión indefinida, 3. En una prestación única 	<p>Cantidad única.</p>

FINALIDAD.	
Lograr situar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial ¹¹⁸ .	Lograr la congrua subsistencia del cónyuge o compañero sobreviviente pobre.

Como se puede advertir, se trata de figuras muy diferentes, que no tienen mucho en común, sin embargo, es válida la comparación en virtud de lo decidido en sentencia C-283 de 2011, donde la corte pretende darle una naturaleza compensatoria a la porción conyugal y de esta manera reparar aquellas renunciaciones, trabajos, tareas, oficios y demás cargas propias de llevar una vida en pareja, que no se reflejan económicamente, y que no son cuantificadas al momento de disolver la sociedad conyugal pero que efectivamente como lo asegura la Corte deben ser compensados de alguna manera. Sin embargo, según lo expuesto es claro que no se pueden compensar estas cargas por medio de la porción conyugal, ya que la finalidad de la porción conyugal no es esa.

Así las cosas, en la confrontación se evidencia claramente que la finalidad expuesta por la Corte Constitucional no tiene cabida alguna en la porción conyugal. Más bien se propone que si lo que se busca es una reparación a las renunciaciones derivadas de llevar una vida en común,

¹¹⁸ España, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. (2012, enero). *STS 234/2012 M.P. Xiol Rios, J.A*, p. 6.

se debería introducir al ordenamiento jurídico una figura nueva, como la pensión compensatoria española y no pretender cambiar la finalidad de la actual porción conyugal con un cambio en su naturaleza jurídica.

CONCLUSIONES

La porción conyugal es una figura de desarrollo histórico, cuyos antecedentes se remontan al derecho romano. Sin embargo, sus modernas características como lo son su nombre y su especial definición de pobreza, hacen que para muchos doctrinantes sea una figura originaria del Código Civil de don Andrés Bello, de donde fue fielmente copiada a nuestro Código Civil y que hasta el momento no ha sufrido modificación alguna por el legislador.

La jurisprudencia y la doctrina de Colombia y de los países que adoptaron el Código Civil de don Andrés Bello, le han otorgado históricamente a la porción conyugal una naturaleza jurídica alimenticia. No obstante modernamente se impuso la tesis de darle una naturaleza jurídica dual: alimenticia y reparadora. De esta manera, en los últimos años, la discusión en Colombia se estancó en si la naturaleza de la porción conyugal es netamente alimenticia o si por el contrario es dual, reparadora y alimenticia. El debate siempre se dio en la doctrina y en la máxima jurisdicción de los asuntos civiles del país que es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana por medio de su jurisprudencia ha ido garantizando la extensión de diferentes derechos a grupos que han sido históricamente discriminados. Sin embargo en esta búsqueda de garantismo de derechos constitucionales, en sentencia C-283 de 2011 cambio la histórica naturaleza jurídica de la porción conyugal a naturaleza compensatoria, sin un sustento de fondo, en búsqueda de un fin que no se logró, ni se puede lograr solo con un cambio de naturaleza jurídica de una institución que no fue concebida con un fin compensatorio.

Este trabajo sugiere que *para equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común*, (función que pretendió darle la Corte Constitucional a la porción conyugal) es necesario adoptar por vía legislativa una figura como la estudiada pensión compensatoria, que beneficie tanto al cónyuge como al compañero permanente que se vio afectado por la terminación del vínculo con su pareja, figura que debe lograr una compensación al desequilibrio creado por las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común, que no son compensadas en la actualidad al romperse el vínculo de pareja y que deben ser compensados, no al momento de la muerte del cónyuge o el compañero como sucede en la porción de pareja, sino en el momento de la ruptura del vínculo de la pareja.

Por último se deja en claro que la porción de pareja así como la pensión alimenticia, no son figuras excluyentes entre sí, pues responden tanto a naturalezas como a finalidades diferentes, por lo cual pueden coexistir y cumplir la finalidad dada por su naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello Vives, N., & Patron Lopez, M. (1991). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Alarcon Palacio, Y. (2014). *Estudios juridicos en homenaje al Profesor Jose Maria Miquel* (Vol. 1). España: Aranzadi - Thomson Company.
- Cañete Quesada, A. (2001). La pensión compensatoria: una visión de futuro. *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, N.º. 13 (OCT), 2001, 45-82.*
- Cardona Hernandez, G. (1992). *Tratado de Sucesiones*. Pereira: Ediciones Abogados Libreria.
- Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XV, De la Sucesion, p 289-295*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Colombia. (1887). *Codigo Civil Colombiano*. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional . (1992). *Sentencia T 494 de 1992 M.P. Ciro Angarita Baron*. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1994, Marzo). *Sentencia C- 105 M.P. Jorge Arango Mejia*. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002, noviembre). *Sentencia C-1033 M.P. Jime Córdoba Triviño*. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2011, Abril). *Sentencia C-283 de 2011 M.P. Jorge Pretelt Chaljub*. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. (1944). *Sentencia de julio 18 de 1944, gaceta judicial no 2010 a 2014, T. LVII, p 4171 s.s. M.P. Hernan salamanca*. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1890). *Sentencia de 6 de diciembre de 1890. Gaceta Judicial No. 255, 1891; p. 372 y 373*. Bogotá.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Civil. (1954). *Sentencia del 21 de octubre de 1954, T LXXVIII GJ 2147 P. 905 M.P. Manuel Barrera*. Bogotá.
- Colombia, Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1969). *Sentencia de 21 de Marzo de 1969 G.J. 2306, 2307 Y 2308 T. CXXIX M.P. Gomez Estrada*. Bogotá.
- Colombia; Corte Constitucional. (1996, marzo). *sentencia C-114, M.P.: Arango Mejia, J.* Bogotá D.C.
- Emiliani Heilbron, J. (1957). *La Porcion Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Economicas y Juridicas.
- España. (1889). *Codigo Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 Art. 97*.
- España, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. (2012, enero). *STS 234/2012 M.P. Xiol Rios, J.A.*

- Fabres, J. C. (1908). *La porción conyugal según el Código Civil chileno, Tomo II*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Hoya Coromina, J., & Anaut Arredondo, S. (15 de julio de 2000). "La pensión compensatoria" *Boletín del ministerio de justicia*. Recuperado el 13 de julio de 2015, de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344079798?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D2000_1873.pdf&blobheadervalue2=1288778375500
- La Pensión Compensatoria en el Derecho Español. (2008). *Revista del magister y doctorado en derecho, N° 2, 2008. (Chile)*, 91-117.
- Lara Mazenett, G. (1973). *Aspectos Fundamentales de la Porción Conyugal. [Tesis de grado]*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marin Marin, Z. (2014). *La situación actual de la pensión compensatoria en España [trabajo fin de grado]*. Universidad de La Rioja, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Martinez Galvez, J. (2010). *Las prestaciones económicas derivadas de la crisis familiar en derecho tributario. [tesis doctoral]*. Huelva: Universidad de Huelva.
- Monroy Cabra, M. (2008). *Derecho de Familia y De La Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pabon Ordeñez, L. G. (1971). *La Porción Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perez Castro, A. (2002). *Evolución de los Derechos Hereditarios del Conyuge Sobreviviente en el Código Civil Chileno [Memoria de prueba]*. Chile: Universidad de Chile.
- Petit Eugene, H. J. (1988). *Tratado elemental de derecho romano*. México: Porrúa.
- Ramirez Fuertez, R. (2003). *Sucesiones*. Bogotá: Temis.
- Real academia española. (s.f.). Recuperado el 15 de Marzo de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=c%C3%B3nyuge>
- Real Academia Española. (s.f.). Recuperado el 15 de Marzo de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=conyugal>
- Rincon Uscategui, J. (2001). *La Asignación Forzosa de Porción Conyugal. [Tesis de Grado]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Romero Cifuentes, A. (1979). *Sucesiones*. Bogotá: Temis.
- Segura Calvo, S. (2012). *Derecho de Sucesiones: teórico práctico aprendizaje a través de casos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Somarriva Undurraga, M. (1938). *Sucesión por causa de muerte*. Santiago de Chile: Nascimento.
- Somarriva Undurraga, M. (1961). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile: Nascimento.

- Somarriva Undurraga, M. (1983). *Evolución del Código Civil Chileno*. Bogotá: Temis.
- Suarez Franco , R. (1999). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.
- Suarez franco, R. (2007). *Derecho de Sucesiones*. Bogotá: Temis.
- Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de las Sucesiones Mortis Causa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil Tomo V Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.
- Valencia Zea, A. (1977). *Derecho Civil Tomo VI Sucesiones*. Bogotá: Temis.
- Varela, H. F. (1942). *La Porcion Conyugal*. [Tesis para el Doctorado en Ciencias Juridicas]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Velez, F. (1911). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo Segundo*. Paris: Paris-America.

