



EL PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE

JUAN GONZALO ZAPATA MADRID

Trabajo de Grado para optar el título de especialista en
Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Directores

Dra. MAYDA SORAYA MARIN GALEANO

Dr. VICTOR JULIAN MORENO MOSQUERA

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LUIS AMIGÓ (FUNLAM)

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015



Contenido

Capítulo I. Evolución Histórica y conceptualización del patrimonio de Familia.....	7
1.1 Orígenes en Colombia del Patrimonio de Familia.....	7
1.2 Antecedentes extranjeros de la protección al patrimonio de Familia.....	9
Capítulo II. Aspectos Generales sobre el Patrimonio de Familia en la Ley Colombiana	9
2.1 Formas de constituir patrimonio de familia inembargable	9
2.2 Características del patrimonio de familia	13
2.3 Bienes sobre los cuales se puede constituir el patrimonio de familia	13
2.4 Sujetos del patrimonio de familia	14
2.5 Finalidad del patrimonio de familia	14
2. 6 Cuantía del Patrimonio de Familia	15
CAPITULO III. Procedimiento Registral y Casuística	16
3.1 Modo de hacer su inscripción en la ORIP.....	16
CONCLUSIONES	19
Referencias.....	22

Resumen

El patrimonio de familia se creó como instrumento de protección constitucional de la familia y se orientó a proteger la casa de habitación para ponerla a salvo de las pretensiones económicas de terceros. El patrimonio de familia evita que un tercero (acreedor), haga valer sus pretensiones económicas por encima del derecho a la vivienda digna de los miembros de la familia.

El patrimonio de familia, en atención a su finalidad, puede constituirse indistintamente si el inmueble es de propiedad de uno o de los dos cónyuges o compañeros. Como institución está concebido para proteger la morada de las pretensiones económicas de terceros e indistintamente de si su propiedad radica en uno o en los dos cónyuges o compañeros.

El patrimonio de familia inembargable es una excepción al principio general, que todos los bienes del deudor constituyen la prenda general de los acreedores, tal como lo establece el artículo 2488 del Código Civil.

Abstrac

The family estate was created as an instrument of constitutional protection of the family and was oriented to protect the house from room to keep her safe from the financial claims of third parties. The family patrimony prevents a third party to enforce their financial claims over the right to decent housing for family members.

The family heritage, in view of its purpose, can become either if the property is owned by one or both spouses or partners. As an institution, it is designed to protect the abode of the financial claims of third parties and regardless of whether your property is in one or both spouses or partners.

The heritage homestead is an exception to the general principle that all the debtor's assets constitute the general pledge of creditors, as required by Article 2488 of the Civil Code.

Palabras claves

Patrimonio, familia, trámite notarial, trámite judicial, vivienda de interés social (vis), vivienda de interés prioritario (vip), madre cabeza de familia, sustitución y/o cancelación de patrimonio de familia, recursos.

INTRODUCCIÓN

Constituye soporte constitucional del patrimonio de familia inembargable, el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, norma que al reconocer a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y asignar a ésta y al Estado, la garantía de su protección integral, remite a la ley la determinación del patrimonio familiar inalienable e inembargable.

En desarrollo de este mandato se expidió la ley 70 de 1931, modificada por la ley 91 de 1936, ley 495 de 1999, ley 546 de 1999, decreto 2817 de 2006, decreto 019 de 2012 (sustitución y cancelación de patrimonio de familia) y ley 1564 de 2012 (artículo 617 #10), cuyo objetivo esencial es la protección del patrimonio familiar en aras de garantizar a los miembros de la familia, bienestar, estabilidad y condiciones básicas para una vida digna, brindándole a los miembros de una familia, donde existen niños, niñas o adolescentes, un mecanismo de protección del inmueble destinado a vivienda familiar, sea éste rural o urbano, contra terceros acreedores, convirtiéndolo por este solo hecho, en inembargable.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 60 de la ley 9 de 1989, 38 de la ley 3 de 1991 y artículo 9 de la ley 1537 de 2012, en las ventas de vivienda de interés social y/o interés prioritario, los compradores tienen la obligación de constituir

patrimonio de familia inembargable, por ministerio de la ley, sobre el inmueble que adquieren, en el acto de compra.

Existen tres (3) formas de constituir patrimonio de familia, una obligada, otra voluntaria, de la obligada esta la regulada por la ley 9 de 1989 para las personas que adquieran a título de compraventa vivienda de interés social, ley 1537 de 2012, para las viviendas de interés prioritario, una especial para madres cabeza de familia, según la ley 861 de 2003 y la establecida por el decreto 1160 de 2010 relacionado con el subsidio familiar de vivienda de interés social rural; en cuanto a la voluntaria es la que tienen todas las personas de constituir patrimonio de familia sobre el inmueble que adquieran para vivienda, lo cual se infiere de la ley 70 de 1931, modificada por la ley 495 de 1999, ley 546 de 1999, decreto 2817 de 2006 y decreto 019 de 2012 (cancelación y sustitución del patrimonio de familia).

El decreto 019 de 2012 en la regulación de la “sustitución y cancelación del patrimonio de familia” por vía notarial, presenta una inconsistencia y un vacío enorme, en cuanto a lo que tiene que ver con la autorización que debe dar el defensor de familia, para la sustitución y/o cancelación del patrimonio de familia, habida cuenta de expresar la norma, me refiero, al artículo 87 de ese decreto, que el defensor de familia en el término de quince (15) días hábiles contados a partir del tercer día hábil siguiente al envío por correo certificado de la comunicación, se debe pronunciar, aceptando, negando o condicionando la cancelación o sustitución del patrimonio de familia sobre el inmueble o inmuebles que se pretenden afectar, con sus respectivos argumentos.

Si transcurrido dicho término, el Defensor de Familia no se pronuncia, el Notario continuará el trámite para el otorgamiento de la escritura pública en la que dejará constancia de lo ocurrido. Es decir, esta norma está quebrantando el interés

superior del niño, niña o adolescente, el debido proceso y en especial, el derecho fundamental a ser escuchado (ver ley 1098 de 2006 y sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional). El menor de edad, siempre debe ser escuchado a través de interpuesta persona, que en este caso es un defensor de familia, cuando el trámite de cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia se hace ante un notario público o de curador ad-hoc, cuando se acude por la vía judicial, ante un juez de familia. En mi concepto, basta con el visto bueno de cualquiera de los dos, o el defensor de familia o el curador ad-hoc, no son concurrentes sino excluyentes. Existen otros conceptos, que opina todo lo contrario, es decir, que se necesita de ambas autorizaciones, tanto la del defensor de familia como la del curador ad-hoc, habida consideración que el decreto 2272 de 1989, artículo 5 literal f), consagra que los jueces de familia, conocen en única instancia, de la designación de curador ad hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable. No comparto este criterio, toda vez que la misma ley dice que es cuando se presenta demanda de cancelación de patrimonio de familia ante un juez de familia. Pero cuando el ciudadano en su libre albedrío, quiere cancelar su patrimonio de familia por instancias notariales, en mi humilde saber y entender, siempre debe existir la autorización del defensor de familia, insistirle para que emita su valioso concepto, si este guarda silencio definitivamente, se tiene que acudir ante un juez de familia, para hacer prevalecer el derecho fundamental del menor a ser escuchado.

Indicando que el vacío normativo de interpretación, en lo que se refiere a la cancelación del patrimonio de familia inembargable, por la vía notarial, conforme al decreto 019 de 2012, artículo 87, que puede generar disparidad de criterios, a la hora de inscribir una escritura pública de cancelación de patrimonio de familia, vacío normativo que afecta en diferentes aspectos al ciudadano, el cual no goza de seguridad jurídica, ni económica, ni de tiempo, al momento de presentar un instrumento público para su registro, de cancelación de patrimonio de familia.

Es por ello que se formuló como pregunta de investigación: ¿Cuál es el vacío en el trámite administrativo ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, respecto a la cancelación del patrimonio de familia por vía notarial, según el decreto 019 de 2012, existiendo menores de edad?.

Capítulo I. Evolución Histórica y conceptualización del patrimonio de Familia

1.1 Orígenes en Colombia del Patrimonio de Familia

La figura jurídica del Patrimonio de Familia, se instituyó y desarrolló por la ley 70 de 1931. Ella fue retomada por la Constitución Política en la reforma de 1936, (artículo 35). Esta norma se incluyó, después, en el inciso 2º, artículo 42, de la Constitución Política de 1991.

En este sentido, la Protección Constitucional a la familia, comienza el 15 de agosto de 1810 y culmina con el constituyente de 1991. Pero hay un intermedio que es la Constitución de 1886. Entre 1810 y 1886, poco o nada se regula a la familia. La constitución de 1886, en los arts. 23 y 50, tangencialmente menciona a la familia. Hasta antes de esta no había normatividad o regulación alguna de la familia en materia sustancial. Sin embargo, en el art. 42 de la constitución de 1991 si lo hace y lo enmarca de la siguiente manera:

ARTICULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La ley podrá determinar el **patrimonio familiar** inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

El art. 874 del Código Civil “sancionado por la ley 84 del 26 de mayo de 1873”, en inciso 2º decía: “la familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobreviven después. Comprende así mismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende así mismo, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de estos; y las personas a quien deben alimentos”. Esta definición equivale a la definición de familia en sentido amplio; según la definición etimológica familia provienen del latín “Familia” que a la vez se deriva de “famulus” palabra que viene del osco “famel” que significa siervo y más remotamente deviene del sánscrito “vama” que significa casa o habitación, es el conjunto de esclavos o personas que viven con el señor de la casa.

La Honorable Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-560/02 definió el patrimonio de familia así:

“El patrimonio de familia es una institución orientada a proteger la casa de Habitación como uno de sus haberes más importantes pues el Estado tiene especial interés en que cada familia asegure un lugar en el cual radicarse y a partir del cual desplegar la existencia. Ese interés es explicable pues la vivienda digna es hoy un derecho constitucional de segunda generación que puede incluso asumir el carácter de fundamental cuando entra en estrecha relación con un derecho de esa naturaleza. Mucho más si de la familia hacen parte hijos menores de edad, los que, por el sólo hecho de serlo, merecen un tratamiento preferente.

Con el patrimonio de familia se protege un inmueble como patrimonio familiar, dándole el carácter de inembargable e indistintamente de que él aparezca registrado a nombre de uno de los cónyuges o compañeros o de ambos. Ello es así porque lo que se pretende es poner a salvo el patrimonio familiar de las pretensiones económicas de terceros”.

Uno de los mejores tratadistas de la propiedad inmobiliaria en Colombia, define el patrimonio de familia como: “Es el acto por medio del cual se afecta el derecho de propiedad en su atributo de disposición, con el fin de proteger una familia contra la insolvencia o quiebra del jefe de la misma” (Dancur, 1987).

1.2 Antecedentes extranjeros de la protección al patrimonio de Familia

Existió en los pueblos anglosajones conocido con el nombre de *hommestand* pero su verdadero origen se encuentra en el estado de Texas en 1839 en la conquista del suroeste americano, en donde una ley especial le da la denominación al domicilio del jefe de familia el nombre de hogar domestico para librarlo de la persecución de los acreedores y para evitar la dispersión de la familia. En la televisión algunas películas de la conquista del oeste americano en donde llegan a algunas regiones donde hay oro o donde hay petróleo una cantidad de carretas y llegan mujeres llegan vaqueros, entonces esos vaqueros que llegaban la plata que se ganaban se la gastaban apostando en el café que había, llega el banco y llega al café que es el que se queda con la plata, con las mujeres, entonces la gente se gastaba la plata que se ganaba y vendía todo lo que tenía incluso la residencia entonces la ley especial es para proteger esa residencia de que la gente podía jugar lo que se ganaba pero no se podía perseguir la residencia entonces apostaba la mujer, se apostaban las hijas. Entonces el patrimonio de familia surge para contrariar eso (Dra. Hernández, Tania, Resumen Derecho de Familia, 1990).

Capitulo II. Aspectos Generales sobre el Patrimonio de Familia en la Ley Colombiana

2.1 Formas de constituir patrimonio de familia inembargable

Existen varias formas de constituir patrimonio de familia inembargable:

- **Obligatoria:** Está regulada por el artículo 60 de la ley 9 de 1989, para las personas que adquieren a título de compraventa vivienda de interés social (VIS). Dice la norma:

“Artículo 60º.- En las ventas de viviendas de interés social que hagan entidades públicas de cualquier nivel administrativo y entidades de carácter privado, los compradores deberán constituir, sin sujeción a las formalidades de procedimiento y cuantías que se prescriben en el capítulo I de la Ley 70 de 1931, sobre lo que compran, patrimonios de familia no embargables, en el acto de compra, por medio de la escritura que la perfeccione en la forma y condiciones establecidas en los artículos 2, 4 y 5 de la Ley 91 de 1936.

Modificado por el art. 38, Ley 3º de 1991. El patrimonio de familia es embargable únicamente por la entidad que financie la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda “.

También es obligatoria, la establecida en el artículo 9 de la ley 1537 de 2012, para las viviendas de interés prioritario (VIP):

Artículo 9º. Constitución de patrimonio de familia. Los beneficiarios de los proyectos de Vivienda de Interés Prioritario a que se refiere este capítulo deberán constituir sobre los inmuebles que reciban del Subsidio Familiar de Vivienda en especie, patrimonio familiar inembargable por el valor del respectivo inmueble, en los términos de los artículos 60 de la Ley 9ª de 1989 y 38 de la Ley 3ª de 1991.

Los notarios y/o registradores de instrumentos públicos que permitan la enajenación de una Vivienda de Interés Prioritario desconociendo el patrimonio de familia inembargable señalado en el presente artículo, incurrirán en causal de mala conducta.

La finalidad que tuvo el legislador, al promulgar la ley 9 de 1989, modificada por la ley 388 de 1997 y la ley 1537 de 2012, es proteger la vivienda catalogada como de interés social y/o interés prioritario, de propiedad de aquella población más pobre y vulnerable de Colombia, asignándole el carácter de inembargable a su inmueble por razones de insolvencia laboral, disipación o ludopatía de alguno (s) de los miembros del grupo familiar, creando una barrera contra terceros acreedores de buena o mala fe.

- **Especial:** Está la ley 861 de 2003, para madres y padres cabeza de familia. Como ya lo mencionamos anteriormente, la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 establece que la ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. Además, el artículo 43 de la Constitución Nacional, consagra el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia. Este se hizo efectivo mediante la ley 82 de 1993. En desarrollo del mandato constitucional, la ley 861 de 2003 creó un nuevo mecanismo para hacer efectiva dicha protección. Así, constituyó en patrimonio familiar inembargable el único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia. Esta constitución se realizará a favor de los hijos menores existentes y por nacer de la mujer cabeza de familia propietaria plena (100%) del inmueble y se surte ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con competencia en el lugar donde se encuentre ubicado el inmueble. Este trámite no tiene ningún costo, como una protección adicional a las mujeres cabeza de familia de bajos recursos.

La H. Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia C-722 de 2004, hizo extensivo este beneficio de la ley 861 de 2003 a los hombres cabeza de familia “en el entendido, que el beneficio establecido en dicha ley a favor de los hijos menores de la mujer cabeza de familia se hará extensivo a los hijos menores dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos del artículo 2° de la ley 82 de 1993”.

El artículo 5 de la ley 861 de 2003, fue derogado por el literal c) del artículo 626, ley 1564 de 2012, en lo que hace referencia, al procedimiento legal, para el levantamiento del patrimonio de familia constituido a favor de los hijos menores de la mujer cabeza de familia.

- Otra forma de constitución de patrimonio de familia inembargable especial, está el artículo # 69 del Decreto 1160 de 2010 (Subsidio familiar de vivienda de interés social rural), que dispone lo siguiente:

Artículo 69. Patrimonio familiar inembargable. Modificado por el art. 28, Decreto Nacional 900 de 2012. La solución habitacional en la que se inviertan recursos del Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural se constituirá en patrimonio de familia inembargable a favor del jefe del hogar, su cónyuge o compañero permanente y sus hijos menores y el hogar deberá comprometerse a no enajenarlo ni a levantar el patrimonio de familia antes de cinco (5) años desde la fecha de su asignación, con las excepciones establecidas en la Ley 546 de 1999.

- **Voluntaria:** Es la que tienen todas las personas de constituir patrimonio de familia sobre el inmueble que adquieran para vivienda, entre ellas están la ley 70 de 1931 (Modificada por la ley 495 de 1999), ley 91 de 1936, ley 546 de 1999 artículo 22, decreto 2817 de 2006, Decreto 019 de 2012 y ley 1564 de 2012 (Artículo 617 #10).

De la normatividad esbozada, se colige que el patrimonio de familia inembargable, al que se refiere la ley 9 de 1989, procede sólo en los casos de adquisición y su constitución se efectúa en el acto de compra, por medio de la escritura que la perfeccione. Ahora bien, el artículo 38 de la ley 3 de 1991, establece que el patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la adquisición, la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda, entendiéndose como financiación el préstamo de dinero otorgado para tal fin, avalado mediante hipoteca, de donde se infiere que el patrimonio de familia constituido en vivienda de interés social, puede ser hipotecado, en el mismo acto de compra, o en acto posterior, siempre y cuando el mutuo sea destinado para los fines previstos en el artículo citado, por consiguiente será embargable únicamente por la entidad crediticia.

El anterior postulado, lo que permite es el gravamen hipotecario y el consecuente embargo de un inmueble limitado por patrimonio de familia, siendo esta circunstancia la excepción, al régimen general del patrimonio, contenido en el título II de la ley 70 de 1931, artículos 21 y 22, al que remite la ley 91 de 1936, en el sentido de estipular que: “ El patrimonio de familia no es embargable, ni aún en

caso de quiebra del beneficiario y el patrimonio de familia no puede ser hipotecado”.

2.2 Características del patrimonio de familia

De acuerdo con los artículos 1 y 21 de la ley 70 de 1931 la característica inherente y esencial sin la cual no puede concebirse el patrimonio de familia es la *inembargabilidad* cada vez que ustedes lean el patrimonio de familia tienen que pensar en la inembargabilidad, de suerte que no se puede perseguir el bien por los acreedores al deudor incluso en estado de quiebra en tratándose del patrimonio de familia *voluntario*, yo tengo mi casa y la voy a constituir en patrimonio de familia, porque vamos a ver que hay otros patrimonios de familia que si se pueden embargar en las casas de interés social una entidad adjudica la casa y no la va a adjudicar sin garantizar el pago, bueno esa es la característica fundamental.

Explicación del término familia que utiliza la ley 70 de 1931: el de familia en sentido restringido, que es el grupo integrado por padres e hijo que integran una comunidad doméstica o que viven bajo un mismo techo, caracterizado ese concepto por el parentesco y la comunidad doméstica, entendida así la familia es la base del establecimiento social, esa es la célula básica o el núcleo básico del desarrollo social la familia en sentido restringido, que aquí dijimos es de la que se sirve el derecho civil y el derecho de familia.

2.3 Bienes sobre los cuales se puede constituir el patrimonio de familia

Sobre bienes raíces o bienes inmuebles sobre los cuales se tenga la propiedad plena es decir que no estén en copropiedad y que estén libres de gravámenes como la prenda, la hipoteca, la anticresis, y que su precio no exceda de 10000 pesos, estamos en 1931, hoy por mandato de la ley 495 de 1999 la cuantía sube a 250 SMLMV, entonces si sus papas tienen casa que no exceda de ese precio y

ustedes hoy pueden decirle que la constituya en patrimonio de familia van a la notaria y hacen una escritura, sino si el bien pasa de ese precio entonces aféctenlo a vivienda familiar para que no lo persigan los acreedores.

2.4 Sujetos del patrimonio de familia

Son primero *el constituyente* que es la persona que realiza o constituye el patrimonio de familia y en segundo lugar *el beneficiario* en favor de quien se realiza o se constituye el patrimonio de familia, el beneficiario entonces va a gozar del bien solamente y a dificultar su venta y nunca se constituye en propietario pero como ha habido discusión acerca de si el beneficiario es o no copropietario la jurisprudencia de la H. C. S de J. del 11 de septiembre de 1954 ha venido a aclararlo diciendo en síntesis: que ni de la interpretación doctrinaria, ni de los antecedentes, ni del contexto de la ley, puede inferirse que el beneficiario sea dueño, entre otras cosas porque el patrimonio de familia frente a la norma del artículo 663 no es un modo de adquirir el dominio. ¿Entonces qué es lo que hace el beneficiario? Va a disfrutar el bien y va a dificultar la venta porque lo que la ley quiere es que el que tenga el bien constituido en patrimonio de familia lo conserve, yo di las páginas en lo pertinente de lo que estoy tratando.

2.5 Finalidad del patrimonio de familia

El legislador del 31 de la ley 70 tuvo como finalidad el que si la persona no tiene trabajo, si la persona no tiene que comer, por lo menos tenga su residencia donde pueda vivir, entonces darle a la clase menos favorecida la clase pobre una residencia para que pueda vivir libre de persecución de los acreedores y viviendo en ella pueda arrendar una o dos piezas para asegurar su manutención, ustedes ven allí en los tableros, los letreros se alquila o se arrienda pieza para estudiante o para parejas, con el producto de eso las personas pueden pagar pero tienen donde guarecerse así no tengan trabajo.

2. 6 Cuantía del Patrimonio de Familia

En 1931 el bien que constara hasta 10000 pesos, para que ustedes tengan un ejemplo de lo que eso equivalía en 1931 el salario diario de un obrero eran 20 centavos y un magistrado se ganaba 350 pesos y una persona con una posición en una empresa buena se ganaba 80 pesos, lo que pasa es que en esa época con un peso se compraba mucho, entonces la cuantía en esa época era de 10000 pesos hasta ese monto costaba el bien.

Inoperancia de la ley 70 de 1931: dado que la moneda se desvaloriza y aumenta el precio de los bienes inmuebles entonces la ley se vuelve inoperante y se opera la derogación tacita de la ley o los hechos la derogan expresamente, entonces al volverse inoperante la ley 70 de 1931 se profiere la ley 91 de 1936, entonces esta ley permite que se aplique el patrimonio de familia con criterios sociales, se amplía entonces el ámbito de aplicación de la ley para cubrir aquella residencia que adjudicaba la cooperativa de acción social de Bogotá y todas las demás instituciones parecidas, la ley 91 del 36 acaba con el procedimiento de constitución del patrimonio de familia que era un procedimiento judicial ante los jueces civiles del circuito. Con la ley basta que en la escritura de adjudicación de bien inmueble mediante una cláusula del documento se diga que el bien queda constituido en patrimonio de familia a favor de fulano y f y de sus hijos f y f, y permite la ley que se pueda hipotecar en favor del adjudicante del bien, si una persona le adjudica una casa a una familia tiene que garantizar el pago a través de la hipoteca y firmando un pagare, pero solamente el puede perseguirlo con la hipoteca y no los demás, para los demás el patrimonio de familia impide la ejecución. Luego se expide la ley 87 de 1947 que permite sin sujeción a la cuantía de 10000 pesos que se adjudique por la cooperativa de vivienda militar a los militares en retiro vivienda con patrimonio de familia inembargable sin procedimiento mediante una cláusula del documento y con hipoteca. Luego se expide la ley 207 de 1949, que aplica el patrimonio de familia a la vivienda que adjudicaba el Instituto de Crédito Territorial (ICT) que es el equivalente a IDURBE

hoy, para este caso era igual sin sujeción a la cuantía por escritura pública con hipoteca solo que cuando el bien se iba a vender el Instituto tenía que firmar la escritura. Hay una ley 203 de 1936 que amplía el patrimonio de familia a los bienes inmuebles como las parcelas agrícolas y habitacionales, pero hoy rige la ley 495 de 1999 que amplía el patrimonio de familia a la compañera permanente y sube la cuantía a 250 SMLMV.

CAPITULO III. Procedimiento Registral y Casuística

A continuación, daré una breve explicación, de cómo opera en la práctica, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP), las tarifas tanto para la liquidación del impuesto de registro (Rentas Departamentales) como para los derechos de anotación y registro, entratándose de la constitución de Patrimonio de Familia inembargable como de la cancelación de Patrimonio de Familia, los cuales son considerados como “actos sin cuantía”, están establecidas en la ley 223 de 1995, reglamentada por el decreto 650 de 1996 (boleta de rentas departamentales), la cual tiene un costo de \$ 89.200 pesos m.c. y en Registro, de acuerdo a la resolución 640 del 23 de enero de 2015, tiene un valor de \$ 16.500 pesos m.c.

3.1 Modo de hacer su inscripción en la ORIP

Una vez autorizada la escritura pública de constitución y/o cancelación del patrimonio de familia inembargable, ante un Notario Público de cualquier lugar de la geografía de Colombia, haber pagado los derechos de notaría y rentas departamentales, que a raíz del establecimiento del VUR (ventanilla única de registro), la denominada “boleta de rentas”, se puede pagar en la misma Notaría donde se otorgó y autorizó el instrumento público, ya sea de constitución de patrimonio de familia y/o cancelación del patrimonio de familia. Una vez logrado esto, el ciudadano se debe dirigir a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP), del lugar de ubicación del inmueble, pagar los derechos de

anotación y registro, de conformidad con la resolución #640 del 23 de enero de 2015 y radicarla para que se surta el respectivo proceso de registro, al tenor de lo ordenado por los artículos 13 y siguientes de la ley 1579 del 01 de octubre de 2012. Una vez radicada la escritura pública, pasa a “producción”, con el fin de digitalizar todo el documento público, sistema iris, luego pasa a confrontación, para seleccionar la (s) matrícula inmobiliaria (s), bloquearlas y proceder posteriormente al reparto respectivo a los abogados calificadores, que son los que en última instancia realizan el registro de la escritura pública, en la matrícula (s) respectiva, que se consigna dentro del instrumento público. Es bueno acotar, que el proceso de calificación comprende dos etapas: 1. Inscripción del documento. 2. o se le genera nota devolutiva (artículo 22 ley 1579 de 2012). Cuando el documento público, se inadmite, una vez notificada personalmente la nota devolutiva al interesado, tiene diez (10) días hábiles para interponer los recursos ordinarios de reposición y apelación subsidiaria, contra ese acto administrativo, de conformidad con los artículos 74,76, 77 y 78 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), ante el mismo funcionario que la expidió, esto es, el registrador de instrumentos públicos del lugar de ubicación del inmueble (reposición) y el de apelación ante la subdirección de apoyo jurídico registral de la Superintendencia de Notariado y Registro, según el artículo 21 del Decreto 2723 del 29 de diciembre de 2014 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

A continuación, procederé a resumir un recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la nota devolutiva 2014-46733, que corresponde a una solicitud de inscripción de patrimonio de familia, para una mujer cabeza de familia, en la cual se acompañó toda la documentación exigida por la ley 861 del 26 de diciembre de 2003, artículo 2, entre otros, título de adquisición de un derecho de cuota del 50%, por escritura pública # 2640 del 14 de septiembre de 2007 de la Notaría 18 de Medellín, registrada el 20 de septiembre de 2007, en el folio de matrícula inmobiliaria 01N-5221577. El documento fue inadmitido por la siguiente razón: “Se debe tener el pleno dominio para la constitución del patrimonio de familia, de conformidad con la ley 861/03, Art. 1º”. La nota devolutiva del

documento con turno de radicación 2014-46733, fue notificada personalmente a la interesada el 04 de noviembre de 2014. Contra la nota devolutiva, la doctora Luz Esperanza Naranjo Tobón, con tarjeta profesional xxxxxx del C.S.J., actuando como apoderada de la señora Angela Osorio Madrid, conforme al poder que anexa a los recursos, mediante escrito radicado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el 13 de noviembre de 2014, con el número 01N2014ER007618, interpone los recursos de reposición y apelación subsidiaria, contra el acto que negó el registro del documento con radicación 2014-46733 y entre otros aspectos expresa lo siguiente:

“ Ahora, en un sentido de interpretación y hermenéutica de la norma, cuando se alude al dominio pleno del bien, debe entenderse y aplicarse, que se trata de un bien no sujeto a ninguna limitación o afectación, es decir, que existe un título y un modo de adquisición del dominio, autónomo y conforme a los descritos en la norma sustantiva, tales como lo establece el artículo 673 del Código Civil y en este caso, la tradición; mal podría el legislador sesgar y condicionar el beneficio del patrimonio de familia, a la mujer cabeza de familia, por el hecho de no tener “la totalidad del porcentaje del bien”, así las cosas, y en esa interpretación, dicho beneficio menoscabaría al patrimonio económico de la familia; son pues circunstancias diferentes, dominio pleno y totalidad del porcentaje. En este orden de ideas y en el caso que nos ocupa, nada obsta, para que sobre el inmueble y en los términos que se ha presentado la solicitud se constituya patrimonio de familia inembargable, sobre el bien inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 01N-5221577...”.

Frente a este argumento, la ORIP, Medellín Zona Norte, conceptuó lo siguiente, mediante la resolución # 938 del 27 de noviembre de 2014, no reponiendo la nota devolutiva 2014-46733 y concediendo el recurso de Apelación:

“...El patrimonio de familia no puede constituirse sino sobre el dominio pleno de la mujer. Es decir, no se posea con otra persona proindiviso. (Artículo 3º, ley 70 de 1931. La constitución sobre el dominio pleno de un inmueble, es decir cuya propiedad no se posea en proindiviso, está prevista por el artículo 1º de la ley 861 de 2003. Allí se preceptúa que se constituye en patrimonio familiar inembargable el único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia. Esto significa que no es procedente su constitución sobre cuota parte, o propiedad proindiviso, por cuanto contraviene norma expresa”.

Finalmente, conforme a resolución # 4660 del 28 de abril de 2015, la Subdirección de Apoyo Jurídico Registral, de la Superintendencia de Notariado y Registro, al

tramitar el recurso de apelación determinó confirmar la nota devolutiva 2014-46733 del 24 de octubre de 2014, con base en los siguientes argumentos, entre otros:

“En la figura del patrimonio de familia, es un requisito indispensable para que este se pueda constituir, que el constituyente sea el dueño o propietario pleno del bien inmueble, es decir, que la propiedad no se pueda compartir con nadie. Esta regla se encuentra establecida en la ley 70 de 1931 en su artículo tercero el cual fue modificado por el artículo primero de la ley 495 de 1999, que prevé: “El patrimonio de familia no puede constituirse sino sobre el dominio pleno de un inmueble que no posea con otra persona proindiviso, ni esté gravado con hipoteca, censo o anticresis y cuyo valor en el momento de la constitución no sea mayor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales vigentes”. Sigue afirmando la Subdirección de Apoyo Jurídico Registral: “En relación al caso en cuestión, se observa que en el folio de matrícula inmobiliaria 01N-5221577 en la anotación 10, la señora Angela Osorio Madrid, tiene un derecho en común y proindiviso del 50% con la señora María Raquel Díaz viuda de Bustamante, adquirido a través de la escritura pública de compraventa 2640 del 14-09-2007 de la Notaría 18 de Medellín. Razón por la cual no es procedente acceder a la solicitud de registro planteada”.

CONCLUSIONES

Primero: En el trámite de cancelación o sustitución de patrimonio de familia ante Notario Público, el Defensor de Familia luego del tercer día hábil siguiente al envío de la comunicación para que se pronuncie sobre la sustitución o cancelación de patrimonio de familia deberá proferir su concepto ya sea aceptando, negando o condicionando dentro de los 15 días hábiles siguientes, en el que deberá argumentar su decisión en la especial protección a la familia y al menor de edad, para garantizar la vivienda y la subsistencia de éstos en condiciones dignas. Pero siempre el Notario deberá buscar el concepto del defensor de familia, con el fin de garantizar el derecho fundamental del niño, niña o adolescente de ser escuchado. No es necesaria la presencia del Curador Ad Litem, ya que esta se surte ante los Jueces de Familia.

Segundo: Como quiera que el concepto que emite el Defensor de Familia en éste trámite no es susceptible de ningún recurso, en caso de ser negativo, el Notario perdería competencia, debiendo el interesado acudir a la Jurisdicción de Familia.

Tercero: Así las cosas, es preciso señalar que los requisitos exigidos por la ley en el trámite voluntario de la sustitución o cancelación del patrimonio de familia inembargable, constituyen elementos de seguridad jurídica tanto para los interesados, como para los menores de edad e incluso para el mismo Estado como corresponsable de garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Cuarto: Resulta preciso señalar que tal y como la norma lo indica en el artículo 84 del Decreto 019 de 2012, el hecho de que se habilite a los Despachos Notariales para adelantar este trámite, no significa que exista una desjudicialización del tema, pues quedará a elección del interesado la escogencia de la vía que considere más adecuada entre la judicial y la notarial. Queda a salvo por supuesto la cancelación judicialmente ordenada por vía contenciosa y por ello consideramos acertado que la norma se refiera a cancelación “voluntaria”, para diferenciarla de que pueda emanar de otro proceso judicial.

Quinto: De acuerdo a lo anterior, y a la trascendencia que tiene la decisión de cancelar o sustituir el patrimonio de familia, el Defensor de Familia debe propender por la materialización plena del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de su familia, contenido en el artículo 44 de la Constitución Política, y a que su vivienda sea protegida a través de la mencionada figura jurídica la cual evita que un tercero haga valer sus pretensiones económicas por encima del derecho a la vivienda digna de los miembros de la familia.

Sexto: Finalmente, es importante aclarar respecto a la competencia territorial del Defensor de Familia, que la exigencia legal refiere que el competente para

pronunciarse sobre la cancelación o sustitución del patrimonio de familia es el Defensor correspondiente al sitio donde se encuentra ubicado el bien inmueble.

Séptimo: Finalmente con la sustitución del patrimonio de familia, la cancelación de la primera limitación al dominio y la creación de otro que vendrá a sustituirlo con todas las garantías y beneficios previstos por la ley, existiendo dentro del seno familiar, menores de edad, implica un procedimiento notarial consagrado en el decreto 019 de 2012, artículos 84 al 88, empero, de acuerdo al artículo 87 de ese mismo decreto, cuando hay menores de edad, la cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia debe contar con el visto bueno del defensor de familia, quien representa al menor de edad, aceptación que debe darse en un lapso de quince (15) días, si el defensor de familia guarda silencio, sigue el proceso y el Notario, deja consignada esa circunstancia dentro del instrumento público y da su aval para la cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia. En mi concepto se está quebrantando un derecho fundamental del niño, niña o adolescente a ser escuchado, consagrado en la ley 1098 de 2006 y Constitución Nacional, artículo 44. Pienso que si el defensor de familia guarda silencio, el notario debe insistirle y oficiarle nuevamente, para que se pronuncie favorable o desfavorablemente.

De otra parte, algunos Registradores de Instrumentos Públicos de Colombia, no sólo piden el visto bueno del defensor de familia, sino también de un curador-adliten, es decir, que sean concurrentes y no excluyentes. Lo cual, en mi modesto ver y entender, crea un caos administrativo, económico, social y jurídico, para los pobres usuarios, los cuales si optaron por la vía notarial para cancelar y/o sustituir un patrimonio de familia, por economía procesal y celeridad, las oficinas de registro, dentro de su control de legalidad, están exigiendo un requisito adicional, no contemplado en el decreto 019 de 2012, toda vez que el menor queda suficientemente representado por un defensor de familia. El Curador Ad-Litem, es para los procesos contenciosos ante los Jueces de Familia.

Empero, debe precisarse que las figuras de sustitución y de cancelación del patrimonio de familia inembargable son diferentes, pues pese a que ambas implican la terminación del patrimonio de familia inicialmente constituido, tienen características que los distinguen y que surgen de su objeto, del fin y del procedimiento al cual se encuentran sometidos y que se explica ante esa diversidad.

La cancelación persigue retornar o regresar el bien afectado como patrimonio de familia inembargable al régimen del derecho común, al resolver la limitación en la facultad dispositiva que se constituyó sobre el mismo, mientras que con la sustitución se cambia o varía el patrimonio inicial por otro que vendrá a reemplazarlo por la afectación de un nuevo bien y que entrará bajo el régimen jurídico especial previsto para este gravamen. Es decir, el trámite de la cancelación implica la extinción y levantamiento total del gravamen y, por ende, la pérdida del mecanismo de protección familiar, en tanto que con la sustitución, aunque con afectación de otro patrimonio, se continúa con la figura y, por tanto, con todas las prerrogativas jurídicas establecidas a favor de la familia.

Referencias

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 70 de 1931 de Colombia.

Ley 91 de 1936 de Colombia.

Ley 9 de 1989 de Colombia.

Ley 3 de 1991 de Colombia.

Ley 223 de 1995 de Colombia.

Ley 546 de 1999 de Colombia.

Ley 861 de 2003 de Colombia.

Ley 1450 de 2011 de Colombia.

Ley 1537 de 2012 de Colombia.

Decreto 2817 de 2006 de Colombia.

Decreto 2190 de 2009 de Colombia.

Decreto 019 de 2012 de Colombia.

Sentencia de la Corte Constitucional C-192 (1998).

Sentencia de la Corte Constitucional C-560 (2002).

Sentencia del Consejo de Estado del 03-12-2013. Rdo. 11001-03-06-000-2013-252-00(2151)

Resolución de la Superintendencia de Notariado y Registro 11107 (2013). Colombia.

Resolución 640 de 2015 de la Superintendencia de Notariado y Registro. Colombia.

Instrucción Administrativa superintendencia de notariado y registro 01-44 (2001). Colombia.

Dancur, (1987). El registro de la propiedad inmueble en Colombia. 2ª. Edición. Legis

Régimen legal del notariado y registro en Colombia.

Consulta oficina asesora jurídica de la superintendencia de notariado y registro 10400/37426 (2012). Colombia.