

El patrimonio de familia inembargable: normatividad vigente, forma de constituirlo, forma de cancelarlo y modelos de constitución notarial y registral



Presentado por: Paola F. Álvarez Izquierdo

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Especialización en Derecho de Familia

Bogotá, D.C.

2018

Monografía de Grado

El patrimonio de familia inembargable: normatividad vigente, forma de constituirlo, forma de cancelarlo y modelos de constitución notarial y registral

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Especialización en Derecho de Familia

Presentado por: Paola F. Álvarez Izquierdo

Director de Monografía: Ángela Vivas Martínez

Bogotá, 2018

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.

“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 que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años, se ha buscado por parte del legislador, la protección de la familia, no solo en los miembros que la conforman, también en los bienes que posee el núcleo familiar, es por esto que con el presente trabajo se pretende dar a conocer una de las figuras más importantes en cuanto al resguardo de los bienes de la familia, “el patrimonio de familia inembargable”, cuya historia data de la década de los 30, en el gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, que impulsó con su “Revolución en marcha”, normas con un enorme contenido social, entre estas, la figura del “patrimonio familiar” que posteriormente es acogida como norma constitucional y se conserva hasta nuestros días.

Las normas relacionadas con el patrimonio de familia se desenvuelven sobre normas de derecho público, y los bienes que son sometidos a este régimen, no vuelven al derecho común si no se cumplen determinados requisitos que son establecidos por la misma ley, los cuales serán desarrollados más adelante.

Es claro que el legislador pretende proteger los inmuebles sometidos a patrimonio de familia, tanto así que el artículo primero de la Ley 70 de 1931, autoriza la constitución a favor de toda la familia, dejando el inmueble sometido a un régimen especial de normas como por ejemplo la inembargabilidad, con el cumplimiento de requisitos como que debe ser constituido sobre el dominio pleno de un inmueble y que no se posea en común y proindiviso con otra persona, por citar algunos de ellos.

Por lo que es importante conocer que es realmente el patrimonio de familia, las formas de constituirlo, la diferencia con la afectación a vivienda familiar, y como aporte, se darán algunos modelos para su constitución, dependiendo de la necesidad de la familia.

Con el fin de dar claridad sobre conceptos que en el común de los casos suelen ser confundidos, a continuación se revelan las diferencias más notorias entre el patrimonio de familia y la afectación a vivienda familiar.

DIFERENCIAS ENTRE PATRIMONIO DE FAMILIA Y AFECTACION A VIVIENDA FAMILIAR

La principal diferencia es su alcance; sobre este particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-560 de 2002, da de forma acertada las principales diferencias entre estos dos regímenes:

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 permanentes o de ambos. Esto es así porque lo que se pretende es poner a salvo el patrimonio familiar de las pretensiones económicas de terceros.

En cambio, con la afectación a vivienda familiar además de la inembargabilidad del inmueble, se pretende poner a salvo al cónyuge o compañero no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario en el entendido que estos pueden afectar el derecho a una vivienda digna de que aquellos son titulares. Precisamente por ello, los actos de disposición deben ser suscritos por los dos cónyuges o compañeros permanentes así el bien aparezca registrado solo a nombre de uno de ellos, figura que se conoce como “la doble firma”.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE PATRIMONIO DE FAMILIA Y AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR

PATRIMONIO DE FAMILIA	AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR
Regulado por la Ley 70 de 1931 Modificada por la ley 495 de 1999 –Ley 861 de 2003	Regulada por la Ley 258 de 1996, Ley 854 de 2003
Valor del inmueble no debe ser superior a 250 SMMLV	No se establece un valor mínimo ni máximo para su constitución

<p>No puede establecerse sobre un inmueble que tenga inscrito anticresis, hipoteca, prenda, censo, o que se encuentre embargado</p>	<p>El bien puede haber estado hipotecado con anterioridad a la afectación</p>
<p>El bien inmueble es inembargable, independientemente del tipo de proceso que se trate, salvo que el acreedor demuestre que la constitución se hizo para evitar el pago de acreencias anteriores.</p>	<p>Por regla general, es inembargable pero, si previamente, se constituyó hipoteca como garantía de préstamos para adquisición, mejora o construcción de vivienda, el inmueble podrá ser embargado si está registrado como tal (oponible al acreedor anterior a la constitución)</p>
<p>Se puede constituir sobre otros bienes inmuebles que no superen los 250 SMLMV</p>	<p>Sólo se puede afectar un bien inmueble a vivienda familiar, en caso de tener afectación sobre dos, quedará vigente el primero inscrito</p>
<p>Protege mejor la vivienda de interés social</p>	<p>Da igual si es vivienda de interés social o vivienda de cualquier estrato</p>
<p>El constituyente puede ser cualquier persona que tenga el bien inmueble bajo su pleno dominio</p>	<p>Sólo los cónyuges o compañeros permanentes, ante Notario o Juez, con sociedad conyugal o patrimonial vigente</p>
<p>A favor de esposos y compañeros permanentes con hijos menores, o familia compuesta por esposos o compañeros permanentes con hijos menores de edad que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad</p>	<p>Los beneficiarios son los cónyuges o compañeros permanentes</p>
<p>Para cancelar o levantar el Patrimonio de Familia, hay varios procedimientos, dependiendo de si hay común acuerdo o de la existencia de hijos menores de edad, se requiere abogado para cualquier trámite ante juez.</p>	<p>Cancelar o levantar la Afectación es relativamente fácil, basta el consentimiento de los cónyuges, o de uno solo si invoca ante un Juez una de las 7 causales del artículo 4 de la Ley 258 de 1996, se requiere abogado para cualquier trámite ante juez.</p>
<p>Subsiste luego del divorcio o terminación de la sociedad patrimonial de hecho a favor del cónyuge o compañero sobreviviente, muertos ambos cónyuges subsiste para los</p>	<p>Con la muerte de uno o ambos cónyuges se extingue la afectación.</p>

hijos menores. Se puede extinguir porque el último hijo llega a la mayoría de edad, por destrucción del inmueble, o por decisión del Juez.	
Con el divorcio puede subsistir a favor del cónyuge al que le queda el inmueble y hasta que los hijos tengan la mayoría de edad.	Con el divorcio, se entiende que la sociedad conyugal queda disuelta, por lo que la afectación sufre la misma suerte y deberá ser cancelada.
Esta figura se usa mayoritariamente en compra ventas de viviendas de interés social; es menos usada la constitución de carácter voluntario.	Esta figura se usa cuando los cónyuges no acuden a firmar juntos, ya que por ministerio de la ley, queda afectado a vivienda familiar el inmueble.
Tanto la constitución de patrimonio de familia inembargable como la afectación a vivienda familiar, puede llevarse a cabo por parejas del mismo sexo, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales para tal fin.	Tanto la constitución de patrimonio de familia inembargable como la afectación a vivienda familiar, puede llevarse a cabo por parejas del mismo sexo, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales para tal fin.

EL PATRIMONIO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA

La mayoría de las legislaciones, contemplan la figura del patrimonio como la finca de la familia que conlleva implícitamente la posesión plena, ocupación efectiva, la inembargabilidad y la restricción de la enajenación del inmueble sometido a este régimen.

El antecedente más cercano es la figura llamada el *homestead* que nace en Norteamérica y cuya traducción sería “los bienes de la familia”, que se dispersa al punto de llegar a Europa; en Francia se conoce como *hogar de familia*, en Italia como *patrimonio familiar*; en Suiza se regulan con nombres o instituciones como *las fundaciones de familia, las indivisiones entre parientes o los asilos de familia*.

En América latina, se conoce de esta figura en países como Uruguay donde se llama *bien de familia*; en Perú se le llama *patrimonio familiar* y se extiende más allá del inmueble destinado al hogar de la familia: “Referido a los bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar”; por ejemplo la legislación brasileña, artículo 70 la refiere sólo a un predio destinado a domicilio del

jefe de familia y de sus beneficiarios que son los cónyuges y los hijos en tanto sean menores de edad. “En nuestra legislación se dirige en primer término a proteger la casa habitación en que se encuentra instalado el núcleo doméstico y en segundo término al lugar de su trabajo, como fuente generadora de ingresos del grupo familiar; en definitiva comprende: Inmueble que sirve de vivienda a la familia, así como puede recaer sobre un predio destinado al centro de trabajo familiar, agricultura, artesanía, industria o comercio, pero en cualquiera de los casos el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios”¹; en México, se llama *patrimonio de familia* y su definición más amplia es: “el patrimonio familiar es el conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, pertenecientes a una familia, que tiene como objeto proteger económicamente a la familia y sostener el hogar”².

En Argentina, se llama *bien de familia* y es definido así: Franchini señaló al respecto que el concepto bien de familia se refiere principalmente a una forma de protección que antes estaba expresada en una ley y que ahora pasó a formar parte del nuevo código, rigiendo para todo el país. Resaltó, entre otros aspectos, que esta modalidad protege al inmueble que haya sido declarado bajo esta denominación de la ejecución de deudas que puedan ser canceladas con el valor del bien. Aclaró asimismo que este “resguardo” no protege al inmueble de obligaciones que hayan sido contraídas antes de la declaración de un bien como de “familia”, de compromisos posteriores que se hayan asumido para la construcción de la vivienda, como es el caso de las hipotecas y tampoco hay “escudo” frente a deudas por pensión de alimentos”³.

DEFINICIÓN DE PATRIMONIO DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Aunque hay definiciones diversas sobre el significado del patrimonio de familia, se puede establecer en general que es un conjunto de bienes inembargables para llenar las necesidades económicas de una familia, fundamentalmente la vivienda, la alimentación y en algunos casos los utensilios de trabajo e incluso el automóvil que se garantizan y salvaguardan contra los acreedores para el desarrollo y el soporte económico de la familia ante eventuales riesgos y situaciones críticas como quiebras o crisis económicas.

¹ PATRIMONIO FAMILIAR BENJAMÍN AGUILAR LLANOS PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.

² Tomado del blog: misabogados.com.mx

³ Tomado del diario El Día, nota de la Doctora María Florencia Franchini.

La finalidad del patrimonio de familia, por tanto, es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo, salvaguardando su morada y techo y los bienes necesarios para su supervivencia en condiciones de dignidad.

En la sentencia C-560 de 2002⁴, la Corte Constitucional, (como ya se expuso en las diferencias entre la afectación a vivienda familiar y el patrimonio de familia), consideró que la figura de la afectación de vivienda familiar estaba dirigida especialmente a proteger el bien inmueble destinado a vivienda familiar contra los actos de disposición de uno de los cónyuges o compañeros propietarios sobre el otro, para evitar así los riesgos que podrían darse cuando uno de los cónyuges o compañeros decidiera disponer del bien. En dicha jurisprudencia la Corte comparó la figura del patrimonio de familia con la de la afectación de vivienda y estableció que:

“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. En cambio, con la afectación a vivienda familiar, a más de la inembargabilidad del inmueble, se pretende poner a salvo al cónyuge o compañero no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario en el entendido que éstos pueden afectar el derecho a una vivienda digna de que aquellos son titulares. Precisamente por ello, los actos de disposición deben ser suscritos por los dos cónyuges o compañeros así el bien aparezca registrado a nombre de uno de ellos”.

Es de mencionar, que la ley dispone unos requisitos para que se constituya el patrimonio de familia voluntario sobre un bien inmueble y para el caso en concreto, hay que resaltar que según el artículo 1° del Decreto 2817 de 2006:

“Artículo 1°. Constitución del patrimonio de familia inembargable. Sin perjuicio de la competencia judicial, el padre, la madre, los dos o un tercero podrán constituir de manera voluntaria ante el Notario del círculo donde se encuentre ubicado el predio objeto de la limitación, por Escritura Pública, patrimonio de familia inembargable, conforme a los siguientes requisitos:

a) Que el inmueble que se afecta sea, al momento de la solicitud, de propiedad del constituyente, y no lo posea con otra persona proindiviso;

⁴ Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA, deciden sobre la exequibilidad del artículo 1° de la Ley 258 de 1996.

(...)” (Subraya fuera del texto).

La Ley 70 de 1931, autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables y en su artículo tercero contempla:

“Modificado por el art. 1, Ley 495 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: 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”.

Por su parte el artículo 23 contempla:

“El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio y con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc”.

Por lo anterior, se debe tener presente que el patrimonio de familia, solo puede cancelarse en su totalidad, no puede hacerse de forma parcial, adicionalmente, cuando hay hijos menores, debe hacerse por medio de un proceso judicial e intervención de curador.

El decreto 19 de 2012 o ley antitrámites, en su artículo 84 y siguientes, contempló la posibilidad de hacer la cancelación voluntaria o sustitución del patrimonio de familia ante las notarías, de la siguiente forma:

“Sin perjuicio de la competencia judicial, los notarios podrán sustituir o cancelar mediante escritura pública el patrimonio de familia constituido sobre un bien inmueble”.

Sin embargo, no hay reglamentación ni normatividad alguna, que permita hacer cancelaciones parciales de esta figura.

REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA, EN TODAS SUS MODALIDADES

1. PATRIMONIO DE FAMILIA POR MINISTERIO DE LA LEY

Normalmente en las escrituras de compraventa de bienes inmuebles que en los que se adquiere vivienda de interés social en las cuales se otorgaban a los compradores subsidios para la adquisición de la misma vivienda e inclusive se constituía hipoteca a favor de entidades bancarias o cajas de compensación familiar se exige por las mismas entidades la constitución del patrimonio de familia; siendo esta la primera forma de constitución del patrimonio de familia por ministerio de la ley, cuando se trata de vivienda de interés social (VIS), que ha sido regulada mediante las Leyes 91 de 1936, 9ª de 1989 y 3ª de 1989, y en su constitución, aunque el tope límite se eliminó con la reforma del artículo 60 de la Ley 9 de 1989, hay que tener en cuenta que en el artículo 83 de la Ley 1151 de 2007, del Plan Nacional de Desarrollo dispone que, “el valor máximo de una vivienda de interés social será de ciento treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (135 smlm)”, constituyéndose dicho valor en el tope máximo del patrimonio de familia en este tipo de viviendas.

Una vez inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos el patrimonio de familia en cualquiera de sus modalidades, el bien queda a salvo de la inscripción de cualquier embargo, e igualmente mientras no se proceda a su cancelación no se puede vender.

2. PATRIMONIO DE FAMILIA VOLUNTARIO

Hoy, según el Decreto No. 2817 de Agosto de 2006 se puede constituir el patrimonio de familia inembargable de manera voluntaria ante el notario del círculo donde se encuentre ubicado el bien inmueble objeto de la limitación, mediante escritura pública; los requisitos para la constitución voluntaria son:

- a.** Que quien va a constituir el Patrimonio de Familia sea el legítimo y único propietario.
- b.** Que el valor catastral del inmueble no sea superior a 250 salarios mínimos legales vigentes.
- c.** Que se encuentre libre de embargo.
- d.** Que no esté gravado con censo o anticresis, ni con hipoteca, salvo que esta última se haya constituido para la adquisición del inmueble.

El patrimonio de familia pone el bien en estado de inembargabilidad, artículo 2 de la mencionada ley.

Beneficiarios:

El patrimonio de familia como lo dispone el artículo 3 de la citada ley puede constituirse a favor:

- a. De una familia compuesta por un hombre y mujer mediante matrimonio o por compañero y compañera permanente y sus hijos menores o los que llegaren a tener.
- b. De una familia compuesta únicamente por un hombre y una mujer.
- c. De un menor de edad, o de dos o más que estén entre si dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o extramatrimonial, con los constituyentes.

Petición y anexos: (Decreto 2817 de 2006, Art.4)

Solicitud ante el Notario, que contenga lo siguiente:

- a. Nombres y apellidos del constituyente y del beneficiario, identificación, domicilio y estado civil.
- b. Determinación del inmueble objeto de la limitación, por el número de la matrícula inmobiliaria o la cédula, o registro catastral, o la cita del título de propiedad con sus datos de registro.
- c. Manifestación del otorgante que se entenderá rendida bajo gravedad del juramento, sobre la existencia de la unión marital de hecho, por dos (2) o más años.
- d. Manifestación que se entenderá rendida bajo la gravedad del juramento del titular del derecho de dominio en el sentido de que la constitución del patrimonio se hace únicamente para favorecer a los beneficiarios; que a la fecha no tiene vigente otro patrimonio de familia; y que existen o no acreedores que puedan verse afectados con la constitución de la limitación.

Anexos:

Certificado de libertad al día (normalmente por costumbre notarial, se exige máximo con un mes de expedido); certificado de matrimonio si es del caso; y certificados de nacimiento de los hijos menores de edad.

Verificado lo anterior, la Notaría hará el emplazamiento respectivo por medio de edicto que debe fijarse por quince (15) días en lugar visible para el público, en la Notaría y ordenará la publicación por una vez, en un periódico de amplia circulación, con el fin de que las personas que quieran oponerse a la constitución del patrimonio de familia por ser lesivo de sus derechos como acreedores del constituyente lo puedan hacer. Esta publicación deberá hacerse dentro de los primeros quince días de la fijación del edicto.

Practicadas las diligencias anteriores o desfijado el edicto se pueden presentar dos eventualidades:

- a. Presentación de oposición de uno o más acreedores, y que no se obtenga consentimiento por parte de ellos para la constitución del patrimonio, ante lo cual el notario tendrá que dejar constancia de ello en un acta y dará por terminada la actuación.
- b. Que no haya habido oposición o que habiéndose presentado se haya podido superar, se procederá a la extensión y otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

Esta escritura contendrá los siguientes aspectos:

- a. Generales de ley de los constituyentes y beneficiarios.
- b. Determinación del inmueble o inmuebles, por su cédula o registro catastral si lo tuviere, por su nomenclatura, paraje o localidad donde estén ubicados y por sus linderos. También podrá identificarse por el folio de matrícula inmobiliaria o la cita del título de propiedad con sus datos de registro.
- c. La manifestación hecha bajo la gravedad del juramento del titular o titulares de la propiedad en el sentido de que constituye el patrimonio de familia inembargable para favorecer a los beneficiarios, así como la manifestación de que a esa fecha no hay vigente otro patrimonio de familia inembargable.

Documentos que se deben protocolizar con esta escritura:

- a. Certificado sobre la situación jurídica del inmueble al momento de la constitución.
- b. Avalúo catastral vigente del inmueble.
- c. Copias de los registros civiles de matrimonio de los constituyentes si es del caso y de nacimiento de los beneficiarios.

3. CONSTITUCION DE PATRIMONIO DE FAMILIA SOBRE EL UNICO BIEN URBANO O RURAL PERTENECIENTE A LA MUJER CABEZA DE FAMILIA

Mediante Instrucción Administrativa No. 19 de la Superintendencia de Notariado y Registro de fecha 16 de julio de 2004, se regula lo estipulado en la Ley 861 del 21 de diciembre de 2003, por medio de la cual se establece este tipo de patrimonio de familia, que acoge no solo a la mujer cabeza de familia sino al hombre que se encuentre en la misma situación⁵, este tipo de constitución, se realiza directamente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de la Jurisdicción donde se encuentre ubicado el inmueble y será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Presentación de los registros civiles de nacimiento de la mujer y de sus hijos, para demostrar su parentesco;
- b. Declaración notarial de su condición de mujer cabeza de familia según lo dispuesto en el párrafo del artículo segundo o de la Ley 82 de 1993;
- c. El título de propiedad del inmueble;
- d. y declaración bajo la gravedad del juramento de dos (2) personas honorables de la localidad donde se encuentre ubicado el inmueble, hecha ante notario o en su defecto ante el alcalde municipal del lugar o ante el Inspector de Policía donde testifiquen que la mujer cabeza de familia sólo posee ese bien inmueble.

MODELO CONSTITUCION PATRIMONIO MUJER CABEZA DE FAMILIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA NOTARÍA ____ DEL CÍRCULO NOTARIAL DE BOGOTÁ, D.C DECLARACIÓN No. ____ (Decreto ley 1557 de 1989, artículo 251 del Código Procedimiento Civil, ley 82 de 1993 y ley 861 de 2003) En la ciudad de_____, Departamento de _____, República de Colombia, a los ____ días del mes de _____ del año DOS MIL_____, ante Mí_____ NOTARIO_____ del Círculo de _____ compareció: _____, mayor de edad, vecina y domiciliada en _____ de estado civil _____, ocupación _____, quien en su entero cabal juicio presentó el registro civil de su nacimiento, los de sus hijos, _____ para demostrar su parentesco y declaración bajo la gravedad del juramento de: 1.- _____ 2.- _____ personas honorables de la localidad donde se encuentra ubicado el inmueble, distinguido en la nomenclatura urbana o rural _____ rendido ante el notario _____, o ante el _____

⁵ Sentencia C-722 de 2004 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ, derecho a la igualdad.

señor alcalde _____, manifestando que: PRIMERO. Juramento. Que rinde esta declaración bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que le acarrea jurar en falso. SEGUNDO. Mujer cabeza de familia. Que soy madre cabeza de familia, tengo bajo mi cuidado y responsabilidad a mi(s) hijo(s), _____ de _____ años de edad, y de conformidad con la ley 861 de 2003, constituyo sobre mi único bien inmueble, con matrícula inmobiliaria _____ patrimonio familiar inembargable a favor de mis hijos menores existentes y de los que estén por nacer. Esta declaración se expide con destino al Registrador de Instrumentos Públicos de _____, a los _____ días del mes de _____ de _____ etc, etc.

4. CONSTITUCION DE PATRIMONIO DE FAMILIA DE MANERA VOLUNTARIA O FACULTATIVA SOBRE LAS VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL CONSTRUIDAS COMO MEJORAS EN PREDIO AJENO

Este tipo de constitución está regulado por el artículo 5 de la Ley 258 de 1996, sobre afectación a vivienda familiar que contempla: *“Las viviendas de interés social construidas como mejoras en predio ajeno podrán registrarse como tales en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble respectivo y sobre ellas constituirse afectación a vivienda familiar o patrimonio de familia inembargable sin desconocimiento de los derechos del dueño”*.

TÉRMINO DE INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA

Conforme a la Ley 1579 de 2012 o estatuto registral, el patrimonio de familia debe inscribirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha de su otorgamiento, ya que si no se realiza dentro de este término, el mismo será inexistente.

Sin embargo, en la constitución del patrimonio de familia de la mujer cabeza de familia, la Ley 861 de 2003 guardó silencio, por lo que se debe aplicar el término estipulado en la ley especial, contando el término desde la fecha del acto constitutivo, es decir, de la declaración notarial de condición de madre cabeza de familia, la cual tiene como único objeto el de constituir dicho patrimonio de familia.

EFFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA

Como se ha descrito a lo largo de la presente monografía, el principal efecto es la inembargabilidad del inmueble sometido a este régimen, sin embargo, el mismo podrá hipotecarse para financiar la construcción, mejora, o subdivisión de la vivienda, en este caso, podrá ser embargado únicamente por la entidad que otorgue el préstamo, siempre y cuando quede plenamente establecido que es para construcción, mejora, o subdivisión de la vivienda, cuya reglamentación se encuentra en Decreto 1762 de 2004, en su artículo 2, ya que allí se prevé que el patrimonio de familia no es embargable, salvo por concepto de deudas adquiridas en el marco de la Ley 546 de 1999 o Ley de Vivienda.

En actos como la sucesión, puede continuarse la vigencia del patrimonio de familia, protegiéndose de esta forma a los beneficiarios sobrevivientes, el artículo 28 de la Ley 70 de 1931, contempla esta posibilidad siempre y cuando los beneficiarios no hayan superado la mayoría de edad, situación que debe explicarse claramente en el documento que se pretenda registrar (escritura pública, sentencia).

PROCESO JUDICIAL PARA LA CANCELACIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE

Del mismo modo en el que la ley 70 de 1931 determinó el régimen aplicable para la constitución y sustitución del patrimonio de familia inembargable, en su artículo 23 señaló el trámite para la cancelación. Al respecto preceptúa: *“Artículo 23. El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien en su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio o con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc.”*

La cancelación del patrimonio de familia inembargable contempla dos posibilidades: primero cuando exista un matrimonio o unión marital de hecho, basta con el consentimiento del cónyuge o compañero permanente *“no se requiere de intervención judicial porque basta la intervención solemne de los interesados”* y la segunda, cuando haya hijos menores de edad, ya que en este caso el consentimiento de estos está supeditado a la intervención de un curador en caso de que este exista, o un curador nombrado ad hoc que se designará en un proceso de jurisdicción voluntaria ante el juez de familia.

Por esta razón, se debe observar qué procedimiento debe aplicarse para la cancelación, ya que, uno es el de la cancelación de patrimonio de familia inembargable como tal y otro completamente diferente el de la designación de curador ad hoc para la cancelación de patrimonio de familia. La cancelación del patrimonio de familia de forma genérica, es la renuncia a la prerrogativa que la ley estableció tendiente a proteger un inmueble de propiedad del núcleo familiar. Por su parte, la designación del curador ad hoc únicamente es necesaria cuando en la cancelación del patrimonio de familia existen menores de edad. Además, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, no se trata solamente de una designación de plano sino que implica el análisis del juez respecto de la necesidad, utilidad y conveniencia de la cancelación, mediante el adelantamiento de un proceso de jurisdicción voluntaria.

La razón para que se deba nombrar un curador ad hoc es el hecho de que se pueda presentar un conflicto de intereses que podría resultar para los padres que cancelan al actuar en su propio interés y al mismo tiempo en interés de los menores de edad. Es decir, la cancelación es un acto fruto de la autonomía privada de los constituyentes y su realización solo está limitada por la ley cuando existen menores de edad, caso en el cual, por su incapacidad, necesitan de la representación ejercida a través del curador que tengan o, en su defecto, por el que el juez competente les designe. La ley, en este caso, excluye la representación que por ley les corresponde a los padres, para salvaguardar los intereses del menor que podrían resultar vulnerados por el interés de estos en obtener la cancelación del gravamen.

La asignación del curador ad hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable está atribuido a la jurisdicción de familia de acuerdo con lo establecido por el decreto 2272 de 1989 en su artículo 5° literal f), que establece: “*Artículo 5° Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos: En única instancia. (...) f) De la designación de curador ad hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable;*” Ahora bien, la ley 1564 de 2012 “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”, determinó en su artículo 21 la competencia de los jueces de familia en única instancia y respecto de la cancelación del patrimonio de familia inembargable estableció: “*Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 4. De la autorización para cancelar el patrimonio de familia inembargable, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.*” La norma se encuentra actualmente en vigencia, sin embargo, resulta importante señalar que aunque presenta diferencias respecto a lo expresado por el literal f del artículo 5 del decreto 2272 de 1989, según el cual los jueces de

familia son competentes en única instancia para la designación de curador ad hoc a efectos de la cancelación del patrimonio de familia inembargable, no implica una modificación de la exigencia del artículo 23 de la ley 70 de 1931, según la cual la autorización para cancelar el patrimonio de familia inembargable cuando existan menores de edad beneficiarios de dicho patrimonio, requiere la designación de un curador ad hoc para proteger los intereses de estos y, finalmente, la autorización del juez.

Adicionalmente, el artículo 557 del Código General del Proceso señala que se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria, entre otros asuntos: “8. *La autorización para levantar patrimonio de familia inembargable*”, y “9. *Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente.*” Igualmente, el artículo 581 ibídem, ordena que “*En la solicitud de licencia para levantamiento de patrimonio de familia inembargable o para enajenación de bienes de incapaces, deberá justificarse la necesidad y expresarse la destinación del producto, en su caso.*” Del texto de estas disposiciones, se desprende que los asuntos mencionados corresponden a la jurisdicción voluntaria, y que requieren de la autorización o licencia del juez de familia, quien, como lo ha manifestado la jurisprudencia, debe analizar la necesidad, utilidad y conveniencia de la cancelación a efectuar. Teniendo en cuenta la distinción a la cual se hace alusión, es necesario señalar que además del proceso para la designación de curador ad hoc en caso de cancelación o levantamiento de patrimonio de familia en la que existan menores de edad (niños, niñas y adolescentes), el trámite también precisa la intervención del defensor de familia, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 82 de la ley 1098 de 2006. Ahora bien, como atrás se señaló, el decreto ley 019 de 2012 estableció en su artículo 84 que al igual que la sustitución de patrimonio de familia inembargable, los notarios del país pueden tramitar la cancelación de la mencionada figura jurídica.

Respecto de la cancelación del patrimonio de familia inembargable como ya se dijo, si el constituyente tiene la voluntad de cancelar el patrimonio de familia inembargable, con el consentimiento del cónyuge o compañero permanente y no hay hijos menores de edad o habiéndolos han alcanzado la mayoría de edad, no se exige de ningún procedimiento o autorización judicial para que se lleve a cabo la cancelación, por lo que la misma puede ser tramitada por los notarios del país, con la intervención del defensor de familia, tal como está establecido en el artículo 87 del decreto ley 019 de 2012.

Ahora bien, hablando específicamente de la facultad de los notarios en la cancelación del patrimonio, hay opiniones encontradas de la Corte Suprema con conceptos dados por la propia Superintendencia de Notariado y Registro, ya que para la Corte, teniendo en cuenta que el fin

principal es la protección de los menores, los notarios no tendrían la facultad para hacer el nombramiento del curador; sin embargo, para la Superintendencia, no solo pueden manejar casos en los que intervengan menores de edad, sino que pueden prescindir del nombramiento del curador, así lo dispone la Circular Nro. 941 de fecha 13 de Noviembre de 2012, dirigida a los Notarios, en la cual, en su parte pertinente señala: "*Por lo anterior, agradezco tener en cuenta y dar cumplimiento a lo siguiente: r.) 5).- De acuerdo al Decreto 019 de 2012, el trámite voluntario de la cancelación o sustitución de patrimonio de familia, que se adelante por vía notarial, no requiere de nombramiento de un curador.*"

Se conserva intacto el hecho de que se debe oficiar al Defensor de Familia, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 82 de la ley 1098 de 2006 en los dos casos.

Sin embargo y a manera ilustrativa, se aporta modelo de cancelación de patrimonio de familia inembargable con hijos menores de edad.

MODELO DE DEMANDA DE CANCELACIÓN O LEVANTAMIENTO DE PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE

SEÑOR

JUEZ DE FAMILIA DE _..... (REPARTO)

E. S. D.

_....., mayor y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando como apoderado de los Señores _..... y _....., ambos mayores y vecinos de esta ciudad, esposos entre sí, comedidamente me permito invocar ante su despacho demanda de cancelación (o levantamiento) de Patrimonio de Familia inembargable sustentada en los siguientes:

HECHOS

Primero: Los señores _.... y _....., contrajeron matrimonio por el rito católico, civil, o tienen una unión marital de hecho desde el día _.... de _..... de _..... en esta ciudad.

Segundo: Del anterior matrimonio o unión matrimonial se procrearon los siguientes hijos: _....., _.....y _....., de los cuales los dos primeros son mayores de edad y la última es una menor.

Tercero: Mis poderdantes adquirieron de _.., un inmueble ubicado en la _..... de esta ciudad, tal como consta en la Escritura Pública Número del de _.... de _....., de la Notaría del Círculo de e

inscrita en el folio de Matrícula Inmobiliaria Número _..... de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Círculo.

Cuarto: sobre el inmueble anteriormente mencionado, mis poderdantes constituyeron patrimonio de familia inembargable, tanto en su favor como en el de sus hijos, ya referidos.

Quinto: Por cambio de residencia a la ciudad de _....., mis poderdantes tienen el propósito de adquirir en dicha ciudad otro inmueble, o por mejora del inmueble, porque puede estar ubicado en la misma ciudad...

Sexto: El inmueble adquirido a _....., y sobre el cual pesa hoy día el patrimonio de familia, ya fue pagado en su totalidad a la mencionada entidad.

PETICIONES

Teniendo en cuenta los hechos anteriormente narrados, respetuosamente solicito a su despacho:

Primero: Que previo los trámites del proceso legal correspondiente, proceda usted a decretar, mediante sentencia, la cancelación (o levantamiento) del patrimonio de familia constituido por mis poderdantes mediante la escritura pública número _.. del... de..... de _....., otorgada en la Notaría _.... del Círculo de y registrada en el folio de Matrícula Inmobiliaria Número _..... de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Círculo, correspondiente al inmueble ubicado en la _... de esta ciudad, patrimonio de familia constituido en favor de los esposos o compañeros permanentes _..... y _....., así como de sus hijos _... _.. Y _.....

Segundo: Ordenar, a costas de mis poderdantes la expedición de las copias necesarias dirigidas a la protocolización con la escritura de cancelación (o levantamiento) del patrimonio de familia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamento de derecho los artículos 23 de la Ley 70 de 1931 y 649 y 653 del Código de Procedimiento Civil (artículos 577 y 561 del Código General del Proceso) y demás normas concordantes.

PRUEBAS

Solicito se practiquen y tengan como tales las siguientes:

Documentales: 1. Copia auténtica de la escritura pública Número _..... del de _..... de _..de la Notaría _... de _.... 2. Folio de Matrícula Inmobiliaria Número _..... 3. Registro Civil de Matrimonio de mis poderdantes y Registro Civil de Nacimiento de los hijos. 4. Certificado de paz y salvo expedido por _..... (entidad).

Testimoniales: Recepcionar los testimonios a las señoras _...., _... y _.... para que declaren lo que les conste respecto de los hechos de esta demanda, así como la necesidad y conveniencia del negocio.

ANEXOS

Me permito anexar los documentos aducidos como pruebas, poder a mi favor, copia de la demanda para archivo del juzgado y otra, con sus anexos, para el traslado, en caso de que fuere necesario.

PROCESO Y COMPETENCIA

A la presente demanda se le debe dársele el trámite de un proceso de jurisdicción voluntaria.

Por la naturaleza del proceso, el domicilio de los interesados y el lugar de ubicación del inmueble, es usted competente, Señor Juez, para conocer de esta demanda.

NOMBRAMIENTO DE CURADOR

Por existir una menor entre los beneficiarios del patrimonio de familia constituido, solicito el nombramiento de un curador, a fin de que represente sus intereses.

NOTIFICACIONES

Mis poderdantes en _.....

El suscrito en la Secretaría del Juzgado o en _.....

Del Señor Juez,

Atentamente,

_.....

C.C. No. ... de ...

T.P. No.

¿PUEDEN COEXISTIR EL PATRIMONIO DE FAMILIA INMEMBARGABLE Y LA AFECTACION A VIVIENDA FAMILIAR?

Con respecto a este punto en particular, no hay norma alguna que prohíba la constitución de las dos figuras en un mismo inmueble aunque el fin práctico sea casi el mismo, (ver diferencias y similitudes de las dos figuras en cuadro comparativo del presente trabajo) y la entidad que maneja el registro de estas dos figuras, es decir, la Superintendencia de Notariado y Registro, no se ha pronunciado sobre este particular, razón por la que no hay impedimento actualmente, que impida la coexistencia de las dos figuras.

CONCLUSIÓN

Es evidente, que la voluntad del legislador, siempre ha sido la de proteger los inmuebles que hacen parte del patrimonio de familia, de ahí la creación de las dos figuras que aunque similares, tiene efectos diferentes legalmente hablando, sin embargo, con la presente monografía, se pretende dar a conocer más a fondo la figura del patrimonio de familia, sus efectos, sus formas de constitución, las causales de extinción, pero sobre todo los beneficios que tiene el hecho de constituirlo, puesto que protege a los cónyuges, compañeros permanentes incluyendo las parejas del mismo sexo, a los hijos menores de edad que existan al momento de la constitución, y los que se llagaran a procrear incluyendo nietos, en casos excepcionales, por lo que las virtudes de la figura saltan a la vista.

Si bien es cierto, que para la cancelación cuando hay hijos menores, se requiere de abogado en ejercicio y de acudir ante la jurisdicción voluntaria, también es cierto, que con el fin de hacer la figura más accesible, se da ahora la posibilidad de acudir ante el notario para dicha cancelación, evitando el trámite del nombramiento del curador, pero cuidando de igual forma los intereses de los menores mediante el concepto que debe ser emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es más usada la figura del patrimonio de familia obligatorio, ya que en cualquier tipo de proyecto que incluya viviendas de interés social, debe constituirse esta limitación al dominio, sin embargo, la afectación a vivienda familiar ha tenido un auge por el hecho de que pedagógicamente, la Superintendencia de Notariado y Registro ha realizado campañas para incentivar el uso de las figuras de constitución de patrimonio de familia voluntario y de la propia afectación a vivienda familiar, por lo que considero que es un tema actual que se espera en un futuro sea usado con mayor frecuencia por las parejas que quieran tener una protección adicional en su inmueble de habitación.

BIBLIOGRAFÍA

PATRIMONIO FAMILIAR BENJAMÍN AGUILAR LLANOS PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ.

CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 INCISO 2, ARTICULO 44, ARTICULO 51, ARTICULO 116 INCISO 3.

CODIGO CIVIL - ARTICULO 2488.

LEY 70 DE 1931.

LEY 495 DE 1999, ARTICULO 1

LEY 861 DE 2003

LEY 962 DE 2005, ARTICULO 37

DECRETO 2817 DE 2006, ARTICULO 1

LEY 1098 DE 2006, ARTICULO 82 NUMERAL 11

LEY 019 DE 2012, ARTICULO 84, ARTICULO 85, ARTICULO 86, ARTICULO 87, ARTICULO 88 /

LEY 1564 DE 2012, ARTICULO 21 NUMERAL 4, ARTICULO 557, ARTICULO 581
DECRETO 2272 DE 1989, ARTICULO 5 LITERAL F

CIRCULAR NRO. 941 DE FECHA 13 DE NOVIEMBRE DE 2012 DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.