

INFORMACIÓN GENERAL

Fecha: 2021-07-22 13:14:58
Ciudadano: Sr. (a) NANCY MILENA RUIZ RODRIGUEZ
E-mail: nancymilena77@hotmail.com
Dirección: NO ESPECIFICA
Solicitud: SNR2021ER062832
Respuesta: SNR2021EE063036



RESPUESTA

Consulta ante la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro

Señora
NANCY MILENA RUÍZ RODRÍGUEZ
Correo electrónico: nancymilena77@hotmail.com
La ciudad.

Asunto: Respuesta petición modalidad de concepto. Cancelación patrimonio de familia por parte del acreedor hipotecario.
Número de radicado SNR2021ER062832. CN - 4

Respetada señora Nancy Milena,

En atención a su petición elevada a la Superintendencia de Notariado y Registro, la Oficina Asesora Jurídica procede a dar estudio y respuesta a la misma respecto a los supuestos de hecho narrados en su escrito, donde se interpretará que su inquietud está encaminada a resolver lo que le fue indicado en la nota devolutiva por parte de la oficina de registro de instrumentos públicos al expresarle que “*para proceder a la cancelación del patrimonio de familia debe protocolizarse la autorización del acreedor hipotecario inscrito (art. 22 de la Ley 546 de 1999)*” bajo el entendido de que el acreedor hipotecario, que es el mismo permutante, ha fallecido , esta oficina emite respuesta en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Sobre el particular, resulta preciso manifestar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, lo que indica que, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución por parte de quien realiza la consulta. Aquellos, simplemente reflejan el criterio jurídico que sobre una materia en especial ostente esta entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 2723 de 2014, que sobre el particular, señala:

“(…) ARTÍCULO 14. FUNCIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes: (...)”

3. Atender y resolver las consultas o solicitudes que formulen en materia jurídica de competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro.”

Así mismo, se pone de presente que, las respuestas brindadas a las consultas remitidas a esta Oficina se profieren de manera general con respeto al problema jurídico manifestado dentro de las competencias asignadas y no van encaminadas a resolver conflictos o diferencias de orden particular.

Por lo anterior, esta Oficina procederá a abordar de manera general la inquietud planteada, entendiendo que su inquietud, se reitera, está destinada a dilucidar cual es el procedimiento a seguir si el permutante de un bien inmueble (el cual falleció), permutó un bien inmueble sobre el cual se había constituido patrimonio de familia, siendo obligación del acreedor hipotecario inscrito autorizar la cancelación de este y así, continuar con la permuta celebrada por usted. Así las cosas, a efectos de dar una debida contestación, se realizará bajo los siguientes parámetros:

1.
Del patrimonio de familia
2.
De la cancelación del patrimonio de familia

Marco Jurídico

•

Decreto 2723 de 2014

- Ley 546 de 1999
- Ley 70 de 1931
- Ley 91 de 1936
- Ley 3 de 1991
- Código civil
- Código General del Proceso
- Jurisprudencia Nacional

1. *Del patrimonio de familia*

Sea primero esclarecer algunos aspectos relevantes sobre la constitución del patrimonio de familia inembargable, donde la Corte Constitucional[1] lo ha definido como:

“el 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”

Acto seguido es importante destacar, algunas características esenciales del patrimonio de familia determinadas en la Ley 70 de 1931 por la cual se *“autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables”*. Del régimen de la figura jurídica en mención, es dable destacar los siguientes aspectos

normativos a fin de orientar mejor su situación:

“Artículo 23. 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 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 a.C.

(...)

Artículo 25. Puede sustituirse un patrimonio de familia por otro, pero si entre los beneficiarios hay mujer casada o menores, el marido o el constituyente no puede hacer la sustitución sin licencia judicial previo conocimiento de causa.

La escritura pública respectiva debe inscribirse en el libro especial de que trata el artículo 18, dentro del término de los noventa días señalados en el mismo texto.

(...)

Artículo 27. El patrimonio de familia subsiste después de la disolución del matrimonio, a favor de cónyuge sobreviviente, aun cuando no tenga hijos.

Artículo 28. Muertos ambos cónyuges, subsiste el patrimonio de familia si quedaren alguno o más hijos legítimos o naturales menores, reconocidos por el padre. En tal caso subsiste la indivisión mientras que dichos hijos no hayan salido de la menor edad.

Artículo 29. Cuando todos los comuneros lleguen a la mayoría se extingue el patrimonio de familia , y el bien que lo constituye queda sometido a las reglas del derecho común”. (Subrayado fuera del texto original).

Frente a las anteriores disposiciones normativas, es claro que (i) un patrimonio de familia puede enajenarse o cancelarse por el propietario; con el consentimiento previo del cónyuge y los hijos menores de edad siendo estos últimos representados por un curador; (ii) puede sustituirse un patrimonio de familia por otro; de existir mujer casada o menores de edad, deberá hacerse bajo autorización judicial; (iii) la muerte de uno de los cónyuges no afectará la constitución del patrimonio de familia y por último, (iv) si los dos cónyuges fallecen, el patrimonio de familia subsistirá si hay menores de edad, en todo caso se extinguirá al momento en que estos alcancen la mayoría de edad.

Aunado a lo anterior, el alto tribunal constitucional[2] ha señalado los dos modos de constitución del patrimonio de familia ya sea de manera voluntaria u obligatoria por ministerio de la Ley, en los siguientes términos:

“La constitución voluntaria está originalmente prevista en la Ley 70 de 1931, según los términos anotados. Igualmente, se prevé en la Ley 861 de 2003, normatividad que en su artículo 1º determina la posibilidad que la madre cabeza de familia constituya patrimonio de familia respecto del único bien inmueble urbano o rural que le pertenezca, y a favor de sus hijos menores existentes y de los que estén por nacer. Esta facultad fue extendida a favor de los padres cabeza de familia, según el fallo de exequibilidad condicionada C-722 de 2004, al advertirse que debía prodigarse idéntica protección al grupo familiar dependiente tanto de la madre exclusivamente, como del padre en la misma condición. Otra posibilidad de conformación voluntaria del patrimonio de familia es la prevista por el artículo 22 de la Ley 546 de 1999, disposición la cual prevé que los deudores de créditos de vivienda individual estipulados en dicha normatividad podrán constituir patrimonio de familia inembargable por el valor total del respectivo inmueble. Esto a condición que el crédito haya sido otorgado por al menos el 50% del valor del inmueble. Además, el patrimonio de familia así constituido perderá su vigencia cuando el saldo de la deuda represente menos del 20% de dicho valor. Por último, la constitución voluntaria del patrimonio de familia también opera respecto de las viviendas de interés social construidas como mejoras en predio ajeno, según lo dispone el artículo 5º de la Ley 258 de 1996. Esta norma permite tal constitución a través de registro en el folio de matrícula inmobiliaria, pero solo respecto de la vivienda y sin perjuicio de los derechos del propietario del predio respectivo. La constitución obligatoria y por ministerio de la ley del patrimonio de familia está prevista para el caso de las viviendas de interés social. En este caso, el artículo 1º de la Ley 91 de 1936 señala la obligación de los compradores del inmueble para que, sin sujeción a las formalidades de procedimiento previstas en el Capítulo 10 de la Ley 70 de 1931, constituyan patrimonio de familia inembargable a través de su inscripción en el registro inmobiliario, sin límite de cuantía en lo que respecta al valor del bien, esto último en los términos del artículo 3º de la Ley 9ª de 1989. Por ende, el inmueble solo puede ser perseguido por las entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda, según lo dispone el artículo 60 de la mencionada ley”.
(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Pues bien, la constitución voluntaria del patrimonio de familia como consecuencia de lo señalado en el artículo 22 de la Ley 546 de 1999 **“Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”**, precisó ciertas condiciones para constituir patrimonio de familia inembargable cuando el bien inmueble haya sido adquirido con crédito teniendo en cuenta lo previsto en la citada Ley:

“ARTICULO 22. PATRIMONIO DE FAMILIA. Los deudores de créditos de vivienda individual que cumplan con lo previsto en la presente ley podrán constituir, sobre los inmuebles adquiridos, patrimonio de familia inembargable por el valor total del respectivo inmueble, en la forma y condiciones establecidas en los artículos 60 de la Ley 9a. de 1989 y 38 de la Ley 3a. de 1991.

Lo previsto en el inciso anterior sólo tendrá efecto cuando el crédito de vivienda haya sido otorgado por un valor equivalente como mínimo al cincuenta por ciento (50%) del valor del inmueble. El patrimonio de familia así constituido perderá su vigencia cuando el saldo de la deuda represente menos del veinte por ciento (20%) de dicho valor.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, una vez constituido el patrimonio de familia inembargable y mientras que la deuda se encuentre vigente, éste no podrá ser levantado sin la autorización del acreedor hipotecario. Dicha autorización deberá protocolizarse en la escritura pública mediante la cual se solemnice el acto”.(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Ante este escenario, es preciso traer a colación lo señalado en el artículo 60 de la Ley 9 de 1989 que al respecto señala:

“ARTICULO 60. 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 2o, 4o, y 5o, de la Ley 91 de 1936[3].

El patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda”. (Subraya fuera del texto original)

De esta manera, se concluye que el patrimonio de familia constituido en los términos señalados en el artículo 22 de la Ley 546 de 1999, si y sólo si, podrá ser levantado por el titular del derecho real de dominio mediante escritura pública con la autorización del acreedor hipotecario, que, según lo descrito en su petición, recaería en el Banco Davivienda, sin embargo, y siguiendo las disposiciones normativas en líneas atrás descritas, incluso deberá sujetarse a las condiciones allí previstas, es decir, con plena observancia de los derechos que concede dicha constitución al cónyuge y a los hijos menores de edad si los hubiere.

2.

Del trámite de cancelación del patrimonio de familia por parte de los herederos y/o cónyuge supérstite.

Para ilustrar mejor es necesario mencionar que el fallecimiento de una persona conlleva la apertura del trámite sucesoral donde una vez se dé inicio al juicio de sucesión de los asignatarios o causahabientes les será asignado no solo los activos del causante (difunto), sino que de manera paralela sucede frente a los pasivos. Es decir *“el heredero como sucesor jurídico del difunto, como su representante, le sucede no solo en sus bienes, sino también en sus obligaciones transmisibles[4]”*.

Determinado lo anterior, es dable aclarar el momento en que se adquiere la calidad de heredero. Pues bien, la calidad de heredero está determinada bajo dos supuestos: (i) vocación hereditaria: es decir de los vínculos de sangre que ligan a la persona con el causante o de aquella derivada frente a las disposiciones testamentarias y (ii) la aceptación de la herencia que es aquella expresión de la voluntad de aceptarla inequívocamente.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que la calidad de heredero *“no se adquiere simplemente por los lazos de sangre o por el hecho de instituirse tal en un testamento. Además de esto se requiere de la clara e inequívoca voluntad del interesado de recoger la herencia, manifestada en forma expresa o tácita, según se tome el título de heredero o se ejecute un acto que suponga necesariamente la intención de aceptarla, cumplido lo cual no es dable rescindir esa manifestación, salvo fuerza, dolo o lesión grave (artículos 1289 y 1292 del Código Civil)”[5]*.

A partir de allí, atendiendo los presupuestos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, la acreditación de la calidad de heredero se puede demostrar de las siguientes maneras:

- *“Copia, debidamente registrada del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria.*
- *Copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso.*
- *Copia del auto en que se haya hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo*

De lo anterior, se infiere que, una vez se acredite la calidad de heredero, este podrá responder por las cargas que se deriven en favor de la herencia.

La Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha expresado que con la copia del acta del registro civil de nacimiento es viable acreditar la calidad de heredero, pese a ello y ante la presencia de un crédito hipotecario activo y/o vigente, se hace necesario adelantar un juicio de sucesión en el cual se reconozcan los herederos, determinar cuántos son, llamar a terceros con interés para actuar en el referido juicio, lo anterior, con el propósito de que les sea adjudicado la obligación naciente del crédito hipotecario y en su calidad de herederos, realizar los trámites que consideren necesarios, como lo es, verbigracia, dar por extinta la misma, si a ello hay lugar.

Cabe entonces reiterar, que no basta con demostrar que se tiene vocación hereditaria, sino que, además de ello, manifestar su aceptación o repudio -rechazo-.

Así las cosas, bajo el entendido de que el crédito hipotecario hace parte del patrimonio del causante, toda actuación que se derive de aquel, deberá ser adelantada por los herederos reconocidos como tal en el juicio sucesoral, dado que el permutante y o causante no alcanzó a culminar los trámites necesarios para la permuta celebrada.

Si bien es cierto que en los bienes a permutar por usted y el permutante fallecido no está prohibido por ley celebrar contratos de permuta, no es menos cierto que, recae sobre uno de ellos una condición para levantar el patrimonio de familia, y continuar con el acto celebrado, ya que se necesita autorización expresa del acreedor hipotecario para su procedencia dado que sin esta no se puede realizar algún acto jurídico, pues como ya se dijo, la constitución del patrimonio de familia tiene una finalidad de protección que recae en los beneficiarios de este.

En virtud de lo anterior se infiere:

1. Puede celebrarse contrato de permuta sobre un bien inmueble que tenga patrimonio de familia y recaiga sobre él gravamen hipotecario siempre y cuando se cumpla la condición señalada en la Ley 546 de 1999 -artículo 22-, lo que indica: autorización del acreedor hipotecario para la cancelación del patrimonio de familia, dado que el mencionado gravamen constituye una garantía real para el acreedor respaldando de esta manera la obligación contraída.
2. En caso de que sea autorizado por el acreedor hipotecario, deberá observarse los demás procedimientos señalados en la Ley para levantar el patrimonio de familia, en el sentido de obtener el consentimiento del cónyuge y los menores de edad -si los hubiere-, sin olvidar que estos últimos deberán estar representados por un curador. En tal sentido, deberá acudir al juez competente e iniciar un proceso de jurisdicción voluntaria con la presencia de un defensor de familia[6]
- 3.

Finalmente, dado que uno de los permutantes falleció y estuvo a la espera de la autorización del acreedor hipotecario para levantar el patrimonio de familia, los trámites siguientes deberán ser realizados por los herederos del causante (fallecido) y/o beneficiarios del patrimonio de familia.

En los anteriores términos se da respuesta a su petición, quedando prestos a inquietudes adicionales.

Atentamente,

[1] Sentencia C 107 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] Sentencia C 107 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[3] Ley 91 de 1936. "Por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social"

ARTÍCULO 2°. El patrimonio se considerará siempre establecido no sólo a favor del beneficiario designado, sino de su cónyuge y de los hijos que lleguen a tener.

ARTÍCULO 4°. Los patrimonios de familia así constituidos, sometidos al régimen que se determina en el Capítulo II de la Ley 70 de 1931, con estas excepciones:

a) Los inmuebles que sean objeto de ellos pueden gravarse con hipoteca a favor del vendedor para garantizar el pago del precio o parte de él que el comprador quede a deber; y

b) El vendedor puede obtener el embargo y el remate de tales inmuebles en las acciones que promueva para el pago de dicho precio o parte de él que se le deba, y ejercitar todas las acciones que como tal le competen, dirigiéndolas solamente contra el comprador o sus sucesores.

ARTÍCULO 5°. Los patrimonios que autoriza esta Ley se entienden constituidos por el registro de la escritura de compraventa del inmueble hecha en la forma establecida por el artículo 18 de la Ley 70 de 1931, y no causan los impuestos establecidos en el artículo 20 de la misma Ley.

[4] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11 de abril de 1975.

[5] Corte Suprema de Justicia. Exp. C-0500131100112004-00787-01. 8 de Julio de 2009. M.P. Jaime Arrubla Paucar.

[6] Ley 1098 de 2006. Artículo 82.

SHIRLEY PAOLA VILLAREJO PULIDO
Jefe - Oficina Asesora jurídica
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Proyecto
CATALINA BECERRA CARREÑO
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO