

PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE - Interpretación de la ley 019 de 2012. Constitución. Sustitución. Cancelación / SUSTITUCION Y CANCELACIÓN VOLUNTARIA DE PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE - Trámite notarial. Restricción al tratarse de menor de edad

La ley 70 de 1931 estableció, por regla general, que para la constitución o sustitución voluntarias del patrimonio de familia inembargable era menester licencia judicial (artículos 11, 24, 25 y 26). Y al ocuparse de la cancelación o enajenación voluntaria del patrimonio de familia, la precitada ley 70 la condicionó a que en el evento de existir hijos menores de edad, era necesario el consentimiento de estos que se ha de producir a través de curador, bien el que tengan, ora el que se les designe para el caso específico, y que por eso la disposición denomina *ad hoc* (...) Desde el año de 2006, por medio de la expedición del decreto 2817, se reglamentó el trámite de constitución voluntaria de patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, autorizado en el artículo 37 de la ley 962 de 2005. Y posteriormente el decreto ley 019 de 2012 amplió las posibilidades en este ámbito al establecer, "*sin perjuicio de la competencia judicial*" en la materia, el trámite tanto de la sustitución como la cancelación voluntarias del patrimonio de familia también ante notarios. La habilitación legal para que los notarios adelanten estos trámites no tiene por efecto la desjudicialización total de la materia, dado que el interesado podrá escoger entre la vía judicial o la vía notarial, a su libre elección, según considere una u otra más adecuada y conveniente a sus propósitos e intereses. Por supuesto, cuando no hay acuerdo en la cancelación sino discrepancias entre los intervinientes, se dirime mediante un proceso judicial contencioso. Respecto de la cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable, cuando existen menores de edad en calidad de beneficiarios del patrimonio, en este caso específico, de ninguna manera se desjudicializa el trámite en cuestión, pues, como se anotó, la designación de un curador *ad hoc* es indispensable para evitar el conflicto de intereses que puede surgir entre los constituyentes y los menores beneficiarios. Además, no es dable a los notarios la posibilidad de designar curadores de este tipo por no estar investidos de función judicial. Es decir, cuando se quiere únicamente cancelar o levantar el patrimonio de familia y aún hay hijos menores de edad este procedimiento se hace ante juez, dado que es este quien debe designar curador *ad hoc* y, en últimas, autorizar dicho acto, en protección de los derechos de aquellos. En consecuencia, es pertinente concluir que fue intención manifiesta e inequívoca del legislador extraordinario la de autorizar el trámite de la cancelación y sustitución voluntarias del patrimonio de familia inembargable ante los notarios, excepto cuando en la cancelación intervienen menores de edad, caso en el cual está excluido el trámite notarial. Finalmente, reitera la Sala que el presente concepto solo cobija lo relativo a la cancelación o sustitución voluntarios del patrimonio de familia inembargable y no los patrimonios de familia facultativos u obligatorios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 INCISO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 51 / CONSTITUCION POLITICA - 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 1474 DE 2011 - ARTICULO 74 PARAGRAFO 1 / LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 84 / LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 85 / LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 86 / LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 87 / LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 88 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 21 NUMERAL 4 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 557 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 581 / DECRETO 2272 DE 1989 - ARTICULO 5 LITERAL F

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00252-00(2151)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Referencia: Interpretación de los artículos 84, 85, 86 y 87 del decreto ley 019 de 2012, referentes a las figuras de cancelación y sustitución del patrimonio de familia inembargable.

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública formula a la Sala una consulta sobre la forma como se deben interpretar los artículos 84, 85, 86, 87 y 88 del decreto ley 019 de 2012, referentes a las figuras de cancelación y sustitución del patrimonio de familia inembargable, teniendo en cuenta que se han presentado divergentes posturas interpretativas respecto de las normas mencionadas, por parte de los defensores de familia y los notarios del país.

I. ANTECEDENTES

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública relacionó los siguientes antecedentes:

1. Citó y transcribió los artículos 84, 85, 86, 87 y 88 del decreto ley 019 de 2012, artículos que hacen referencia a la sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable, y que se encuentran ubicados en el capítulo V del mencionado decreto ley cuando regula los *“Trámites, Procedimientos y Regulaciones del Sector Administrativo de Justicia y del Derecho”*, así:

“Artículo 84. Sustitución y cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable. Sin perjuicio de la competencia judicial, los notarios podrán sustituir o cancelar mediante escritura pública el patrimonio de familia constituido sobre un bien inmueble.

Artículo 85. Contenido de la solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia. La solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, expresará:

- a. La designación del notario a quien se dirija;
- b. La identificación, nacionalidad y domicilio del solicitante;
- c. Lo que se pretende;

- d. La exposición de los hechos que sirven de fundamento a las solicitudes;
- e. La identificación, nacionalidad y domicilio de los padres del menor beneficiario, y de este último;
- f. La dirección del inmueble, ubicación, cédula o registro catastral, folio de matrícula inmobiliaria y tradición del inmueble al que se le quiere cancelar o sustituir el patrimonio;
- g. La dirección o nombre del inmueble, ubicación, cédula o registro catastral, folio de matrícula inmobiliaria y tradición del inmueble al que se le constituye el patrimonio en sustitución;
- h. Que el nuevo bien sobre el que se constituye y no lo posee con otra persona proindiviso;
- i. Que el valor catastral del nuevo inmueble no supere los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes;
- j. Que el inmueble no está gravado con censo o anticresis, ni con hipoteca, salvo que esta última se vaya a constituir para la adquisición del inmueble;
- k. Que el inmueble se encuentra libre de embargo;
- l. Las razones por las cuales se pretende cancelar o sustituir el patrimonio de familia.
- m. Relación de los documentos en que se fundamenta la solicitud.

Artículo 86. Anexos a la solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable. A la solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable deben anexarse:

- a. Copia del registro civil del menor beneficiario;
- b. Copia de la escritura pública mediante la cual se constituyó;
- c. Certificado de Libertad y Tradición de los inmuebles objeto del trámite; y,
- d. Avalúo catastral del inmueble.

Artículo 87. Intervención del defensor de familia en el proceso de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable. Recibida la solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable el notario comunicará al Defensor de Familia para que 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 pronuncie 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 con el trámite para el otorgamiento de la escritura pública en la que dejará constancia de lo ocurrido.

El defensor de familia competente será el del lugar de la ubicación del bien inmueble.

Artículo 88. La escritura pública de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable. La Escritura Pública de sustitución o cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable incluirá, además de las formalidades legales, las siguientes:

- a. Los generales de ley de los constituyentes otorgantes;
- b. La identificación del inmueble por su dirección, folio de matrícula inmobiliaria, su cédula de o registro catastral si lo tuviere, por el paraje o localidad donde están ubicados, por el nombre como es conocido y por sus linderos.
- c. Razones por las cuales se cancela o sustituye el patrimonio de familia.

- d. *En tratándose de sustitución de patrimonio de familia, la descripción completa del nuevo bien o bienes inmuebles que remplazan al sustituido.*

Con la escritura pública se protocolizará la solicitud y sus anexos y toda la actuación.”

2. Preciso que con base en las facultades extraordinarias conferidas por el párrafo 1º del artículo 75 de la ley 1474 de 2011, se expidió el decreto ley 019 de 2012 “[p]or el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración pública”. En este sentido, los artículos 84 a 88 del ya mencionado decreto ley, regularon las figuras de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable, permitiendo que estos procedimientos pudieran llevarse a cabo ante los notarios del país.
3. Indicó que la manera como se redactaron las normas objeto de la presente consulta, en las que se utilizaron indistintamente las expresiones “cancelación y sustitución” y “cancelación o sustitución” del patrimonio de familia inembargable, ha desembocado en posturas diversas, lo que se ve reflejado en interpretaciones y aplicaciones diferentes que de las figuras en mención han venido haciendo notarios y defensores de familia. Señala que para un sector de notarios y defensores de familia, con una visión más amplia, es procedente por vía notarial tanto la figura de la cancelación del patrimonio de familia inembargable, así como la de cancelación y sustitución del mismo; mientras que para otro sector y de manera limitativa, únicamente procede ante los notarios la cancelación y sustitución del patrimonio de familia inembargable, disparidad de criterios que ha dificultado los trámites en estas materias en contraposición a lo que pretendía el decreto ley 019 de 2012.

Con base en lo anterior y aunque no se propuso un interrogante de manera expresa, la solicitud de consulta se puede concretar en las siguientes

PREGUNTAS:

- a) De acuerdo con los artículos 84 a 88 del decreto ley 019 de 2012, ¿pueden los notarios dar trámite tanto a las solicitudes de cancelación, así como a las de cancelación y sustitución del patrimonio de familia inembargable establecidas en el mencionado decreto ley, o existe algún tipo de restricción en cuanto a la procedencia y trámite de las figuras en cuestión?
- b) Las calidades de los constituyentes y los beneficiarios, ¿tienen incidencia en el trámite de cancelación y sustitución del patrimonio de familia inembargable por parte de los notarios del país?

II. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los antecedentes de la consulta, la Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en determinar el alcance de los precitados artículos del decreto ley 019 de 2012, que regulan el trámite de las figuras de

sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, a fin de resolver los interrogantes planteados.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

Vale la pena indicar que, como se expresó en la consulta, la disparidad de criterios en la aplicación de las figuras de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable se suscitó con ocasión de la forma como se redactaron las normas que regulan el tema en el decreto ley 019 de 2012, lo que sugeriría una interpretación para absolverla a partir del mero análisis gramatical de los textos legales cuya precisión hermenéutica se demanda. Sin embargo, la hermenéutica jurídica exige no solo en este caso sino en general en todos aquellos en los que exista un grado de incertidumbre en su entendimiento, la utilización de los métodos interpretativos que permitan encontrar la solución perseguida con base en la correcta aplicación de las normas.

En efecto, recuérdese que la interpretación de una norma consiste en desentrañar, precisar y determinar el alcance de su contenido y su relevancia jurídica; y, aún siendo claro el sentido idiomático, literal o textual de las palabras empleadas en ella, se impone esta tarea frente a toda divergencia a propósito de su entendimiento. Es decir, la interpretación de la norma es necesaria no solo cuando sus términos son oscuros, ambiguos, imprecisos, insuficientes o contradictorios, sino también cuando siendo claros su lenguaje y términos, se le atribuye un significado o entendimiento divergente o diferente por varios operadores. En esta tarea, el operador jurídico realiza una labor que no está encaminada a remplazar o suplantar la autoridad del creador de la norma, ni a modificar, tergiversar o desvirtuar sus efectos, pero que no se reduce a la de simple reproductor de la exégesis de su contenido, por cuando la actividad hermenéutica no es estática sino dinámica y se dirige a la consecución prudente, racional y reflexiva del sentido de la disposición jurídica, para determinar sus efectos definitivos.

Por eso, son diferentes las reglas de interpretación que pueden ser tenidas en cuenta al momento de interpretar las normas jurídicas. Cuando la redacción del texto normativo sea claro y las expresiones en él contenidas son el fiel y exacto reflejo de la voluntad del órgano que la elabora, se debe acudir primeramente a él con el propósito de entenderlo y aplicarlo jurídicamente, sin que sea necesario consultar su espíritu (gramatical)¹. Pero, si aún siendo claro el texto de la norma en todo o en parte no expresa la intención o finalidad ni su verdadero sentido, o resulta oscuro o confuso, en tal evento puede recurrirse a su espíritu (*voluntad legislador*) claramente manifestado en la misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento para armonizar y atemperar su rigor gramatical, teniendo en cuenta su origen y, por ende, entre otros elementos, las discusiones, estudios y en general los antecedentes que precedieron su elaboración (histórica)². O se puede acudir al contexto de la ley para ilustrar el sentido de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía; dicho de otro modo, que de la interpretación de unas normas y otras pueda fijárseles el sentido que mejor convenga en su totalidad, o ilustrarse a partir del contenido de otras normas que

¹ Es claro que las máximas romanas -“*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, D.32, 25,1 PAULO*”- y medieval -“*in claris non fit interpretatio*”-, incorporadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico -C.C.: “*Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu...*”, no son las únicas reglas hermenéuticas que hoy se aplican ante los problemas de interpretación de normas jurídicas.

² Código Civil “*Artículo 27.- (...) Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*”

versen sobre los mismos asuntos (sistemática o coherente)³. Incluso, también tiene cabida el criterio según el cual entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse el primero (efecto útil).

Por consiguiente, aun cuando la consulta objeto de estudio está guiada por la exégesis de las normas en comento, el alcance y los efectos de estas trasciende a su mera literalidad y de ahí que el análisis de la aplicación extensiva o limitativa de las figuras de la sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable por los notarios, contenidas en las mismas, no puede agotarse solamente en su significado gramatical ni estar atado a su letra -algo así constituiría claramente una visión reducida y errática de esta labor-, sino sugiere a la Sala discernir mediante un proceso hermenéutico más amplio y con sujeción a las reglas de interpretación antes enunciadas.

En este sentido, para resolver el problema jurídico que se le plantea a la Sala respecto a la correcta aplicación de los artículos 84, 85, 86 y 87 del decreto ley 019 de 2012, se estudiarán las figuras de constitución, sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable, así como la actividad notarial y el ejercicio de funciones públicas, con énfasis en el ámbito de esta consulta y con aplicación de las reglas hermenéuticas enunciadas.

1. Constitución del patrimonio de familia inembargable

Aunque parte de la doctrina ubica la aparición del patrimonio de familia como figura protectora de los intereses del grupo familiar en sociedades como la hebrea o en la antigua Roma, parece haber coincidencia en el hecho de identificar al “*Homestead Exemption*”, de creación estadounidense y específicamente del estado de Texas⁴ durante el siglo XIX, como la figura moderna que buscó la protección de la vivienda familiar, mediante la sustracción de un bien inmueble con el fin de prevenir la persecución que los acreedores pudieran emprender cuando de exigir el cumplimiento de una obligación se tratara.

Así mismo, los ordenamientos jurídicos de países europeos y latinoamericanos adoptaron el esquema protector para el patrimonio de familia con función de salvaguarda, bajo la misma lógica que impuso la aparición del “*Homestead Exemption*” en Estados Unidos. En este sentido, en Francia la ley del 12 de julio de 1909 insertó en su ordenamiento jurídico la figura del “*Bien de Famille*” que buscó un beneficio a favor de la familia y consistente en la protección de un bien inmueble con carácter inembargable.

En Colombia la ley 70 de 1931⁵ estableció la figura del patrimonio de familia inembargable, como la configuración a favor de la familia de un bien que se

³ Código Civil: “Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. Bien decían también en los romanos: “*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*” D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley. Interpretación sistemática de la norma que debe guardar armonía con “el espíritu general de la legislación y la equidad natural” (art. 32 Código Civil).

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 5 de mayo de 2010. Pág. 26. Al respecto se indicó: “En su origen próximo, la figura *Homestead Exemption* se estableció por primera vez en el Estado de Texas, en donde se promulgó la Ley de enero 26 de 1839, que establecía que el domicilio de un ciudadano y su familia quedaba exento de ser embargado si se declaraba ante la autoridad.”

⁵ Ley 70 de 1931. “Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables.”

sustraer o excluir de medidas jurídicas que lo afecten a través de acciones promovidas por terceros con interés jurídico, es decir, como aquel patrimonio que no hace parte de la prenda general de los acreedores consagrada en el artículo 2488 del Código Civil y que, por lo mismo, no es susceptible de medidas cautelares de embargo y secuestro ni de remate para el pago de una acreencia⁶. La institución jurídica del patrimonio de familia inembargable surgió en esta ley como una herramienta con un carácter especial⁷, constituido por un bien inmueble que se mantiene fuera del comercio, protegiendo a la familia frente a eventuales inconvenientes causados por la insolvencia o quiebra de los constituyentes del mismo. El bien objeto de la medida y constituido en favor de toda la familia, no sale del patrimonio del constituyente pero queda sometido a un régimen jurídico especial.

Esta figura fue luego consagrada a nivel constitucional en la reforma de 1936 (art. 35 C.N. de 1886) y después se retomó en el inciso 2º, artículo 42, de la Constitución Política de 1991, que erige a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y establece de manera clara este mecanismo de protección confiando a la ley erigir el patrimonio de familia inalienable e inembargable⁸, con la finalidad de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo en condiciones de dignidad y salvaguardando su vivienda (art. 51C.P).

Por consiguiente, desde la expedición de la ley 70 de 1931 (modificada por las leyes 495 de 1999 y 861 de 2003), se dotó a la familia como institución básica de la sociedad, de este valioso mecanismo, que consiste en la afectación de un bien inmueble sobre el cual se tenga la propiedad plena (no proindiviso), para que no pueda ser embargado, ni hipotecado, ni dado en anticresis, ni vendido con pacto de retroventa, con el fin laudable de proteger a la célula familiar en sus intereses y necesidades, frente a la insolvencia o quiebra de los responsables de la misma. Esta ley, que reguló el patrimonio de familia en Colombia, encuentra una similitud evidente con la normativa francesa antes mencionada tanto en su concepción como en su contenido. Por una parte reguló lo atinente a la constitución del patrimonio de familia, como una forma de afectar el derecho de propiedad en su atributo de disposición con los fines indicados, su procedimiento, los intervinientes y el valor del bien inmueble al momento de su constitución; y de otra parte determinó el régimen del patrimonio de familia, la imposibilidad de establecer cualquier tipo de gravamen y la posibilidad de sustituir o cancelar esta figura de acuerdo con las pautas que la misma ley indica.

Cabe advertir que esta ley regula la constitución voluntaria del patrimonio de familia y no los patrimonios de familia de carácter obligatorio consagrados en las normas sobre vivienda de interés social previstos en la Ley 91 de 1936 y los artículos 60 de la Ley 9ª de 1989 y 38 de la Ley 3ª de 1991, ni los facultativos de que tratan el artículo 22 de la Ley 546 de 1999 y la Ley 861 de 2003⁹, a los cuales, por lo demás, no se refiere este concepto.

⁶ Al respecto la Corte Constitucional, en la Sentencia C-317 de 5 de mayo de 2010. Pág. 35, indicó: “[D]esde el momento mismo en que fue creada esa institución, el bien objeto de constitución del patrimonio de familia queda excluido del derecho de los acreedores a su persecución judicial para obtener la satisfacción de créditos insolutos. /Es decir, la prenda general del patrimonio del deudor en beneficio de sus acreedores se ve disminuida, en cuanto el bien objeto de patrimonio de familia no puede ser afectado con medidas cautelares de embargo y secuestro ni sometido al remate para el pago de una acreencia, con lo que se disminuye el alcance de la prenda general que en beneficio de los acreedores establece el artículo 2488 del Código Civil.”

⁷ *Ibid.*, p. 35

⁸ El artículo 42 de la Constitución Política dispone que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable”.

⁹ Esto es los siguientes: 1. Patrimonio de familia constituido por la vivienda adquirida por mujer u hombre cabeza de familia -Ley 861 de 2003: “El único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer u hombre cabeza de familia, se constituye en patrimonio familiar inembargable a favor de sus hijos menores existentes y de los que estén por nacer.” 2. Patrimonio de familia por la vivienda adquirida mediante el sistema de

Respecto de la constitución del patrimonio de familia inembargable de carácter voluntario, el artículo 1º de la ley 70 de 1931 estableció:

“Artículo 1º. Autorízase la constitución a favor de toda la familia, de un patrimonio especial, con la calidad de no embargable, y bajo la denominación de patrimonio de familia.”

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2 de la ley 70 de 1931¹⁰ se distinguen los intervinientes en la constitución del patrimonio de familia inembargable: quien realiza la afectación de patrimonio de familia se denomina constituyente bien sea el marido, la mujer, ambos de común acuerdo, o un tercero¹¹ y a favor de quienes se constituye adquieren la calidad de beneficiarios¹². Los constituyentes deben tener dominio pleno del bien inmueble¹³ sobre el cual se constituye patrimonio de familia, de manera que no debe estar gravado con hipoteca o anticresis.

Además, la ley 70 de 1931 prevé la posibilidad de constitución voluntaria de patrimonio de familia inembargable, por acto testamentario o por acto entre vivos. Esta última forma mediante la cual se constituye la mencionada figura jurídica, estuvo sujeta a la autorización dada por el Juez del circuito del domicilio del interesado en su constitución¹⁴. La precitada ley reguló un proceso judicial específico y propio que debería adelantarse a fin de constituir el beneficio a favor de la familia.

financiación y ahorro que se consagra en la Ley 549 de 1999: *“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.”* 3. Patrimonio de familia consagrado por ministerio de la ley, cuando se trata de vivienda de interés social (VIS), regulada mediante las Leyes 91 de 1936, 9ª de 1989 y 3ª de 1989, cuyo tope límite esta atado al valor máximo de una vivienda de interés social.

¹⁰ Ley 70 de 1931, artículo 2: *“Denominase constituyente aquel que lo establece. Llámese beneficiario aquel a cuyo favor se constituye. En la constitución de un patrimonio de familia pueden concurrir varios constituyentes y varios beneficiarios.”*

¹¹ El artículo 5 de la ley 70 de 1931 establece quien puede constituir el patrimonio de la familia, así: a) Por el marido sobre sus bienes propios o sobre los de la sociedad conyugal; b) Por el marido y la mujer de consuno, sobre los bienes propios de ésta, cuya administración corresponda al primero, y c) Por la mujer casada, sin necesidad de autorización marital, sobre los bienes cuyo dominio y cuya administración se hubiere reservado en las capitulaciones matrimoniales, o se le hubieren donado o dejado en testamento en tales condiciones. Sin embargo, el artículo 1º del decreto 2817 de 2006 establece que pueden constituir patrimonio de familia el padre, la madre, los dos o un tercero.

¹² Ley 70 de 1931, artículo 4: *“El patrimonio de familia puede constituirse a favor: a) Modificado por el art. 2, Ley 495 de 1999. De una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de estos y aquellos menores de edad./ b) Modificado por el art. 2, Ley 495 de 1999. De familia compuesta únicamente por un hombre o mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente./ c) De un menor de edad, o de dos o más que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o natural. La Corte Constitucional se refirió a la constitucionalidad del artículo mencionado anteriormente en su sentencia C-029 de 2009, en la cual declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la ley 495 de 1999, en el entendido de que la protección del patrimonio de familia se extiende en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo que hayan conformado unión marital de hecho según lo establecido en la ley 54 de 1990.”*

¹³ De acuerdo con la ley 495 de 1999 (art. 1), el valor del bien no debe exceder de 250 salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la constitución. Además, solo puede constituirse a favor de una familia un solo patrimonio de familia a menos que el bien afectado no alcance a valer 250 salarios mínimos mensuales vigentes, caso en el cual puede constituirse sobre el dominio de otros bienes para integrar este valor.

¹⁴ Ley 70 de 1931, artículo 12. *“Quien desee constituir un patrimonio de familia por acto entre vivos, debe solicitar la autorización judicial por medio de un memorial dirigido al juez de circuito que corresponda a su domicilio...”*

Posteriormente, tal y como lo determinó la Corte Suprema de Justicia, con la expedición del Código de Procedimiento Civil, la constitución por acto entre vivos del patrimonio de familia quedó sujeta al proceso de jurisdicción voluntaria ante el juez de familia. La Corte Suprema se expresó en el siguiente sentido:

“1) La constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implicaba declaraciones de voluntad pertinentes, y la intervención judicial del caso (como simplemente actuación o proceso de jurisdicción voluntaria), salvo algunas excepciones legales.

2) Puede efectuarse mediante un acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario. En aquel caso, se requiere autorización judicial con conocimiento de causa. Si la obtención de esta autorización judicial tuvo inicialmente un trámite propio, con la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, quedó comprendido en los procesos de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que la ley especial (Ley 70 de 1.931) requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia, que también puede afectar a los menores. Este proceso pasó de la jurisdicción civil a la especializada de familia. Por regla general resulta indispensable el adelantamiento del proceso correspondiente de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción de familia, a fin que con la eventual intervención de los interesados pueda autorizar la constitución de esta modalidad específica del gravamen.”¹⁵

Luego, la ley 962 de 2005 “[p]or la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, en su artículo 37 estableció:

“Artículo 37. También serán de competencia de los notarios las siguientes materias: constitución del patrimonio de familia inembargable; capitulaciones, constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes; matrimonio civil e inventario de bienes de menores que se encuentren bajo patria potestad cuando los padres estén administrándolos y quieran contraer matrimonio.”

Este artículo 37 de la ley 962 de 2005 fue reglamentado mediante el decreto 2817 de 2006¹⁶, según el cual si bien existe la posibilidad de constitución del patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, esto no excluye la competencia judicial que existe para dicha constitución. En realidad, como puede apreciarse, se dotó a los interesados de dos vías distintas para arribar a la misma finalidad: la notarial y la judicial. En efecto, el artículo 1º del decreto 2817 de 2006 determinó:

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Auto 125 de 1º de junio de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Gaceta Judicial, Tomo CCXXII No.2461, pág.562.

¹⁶ El párrafo del artículo 1º de este decreto señala que “[e]l patrimonio de familia de que trata este decreto es el de carácter voluntario regulado por la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999. Quedan excluidos de esta reglamentación los patrimonios de familia de carácter obligatorio consagrados en las normas sobre vivienda de interés social, a los que se refieren la Ley 91 de 1936 y los artículos 60 de la Ley 9ª de 1989 y 38 de la Ley 3ª de 1991, y facultativos de que tratan el artículo 22 de la Ley 546 de 1999 y la Ley 861 de 2003, patrimonios que continuarán constituyéndose ante Notario en los términos previstos en las leyes citadas.”

“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;

b) Que su valor catastral no sea superior a 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes; que no esté gravado con censo o anticresis, ni con hipoteca, salvo que esta última se haya constituido para la adquisición del inmueble;

c) Que no esté gravado con censo o anticresis, ni con hipoteca;

d) Que se encuentre libre de embargo.

Parágrafo. El patrimonio de familia de que trata este decreto es el de carácter voluntario regulado por la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999. Quedan excluidos de esta reglamentación los patrimonios de familia de carácter obligatorio consagrados en las normas sobre vivienda de interés social, a los que se refieren la Ley 91 de 1936 y los artículos 60 de la Ley 9ª de 1989 y 38 de la Ley 3ª de 1991, y facultativos de que tratan el artículo 22 de la Ley 546 de 1999 y la Ley 861 de 2003, patrimonios que continuarán constituyéndose ante Notario en los términos previstos en las leyes citadas.”

2. Formas de terminación del patrimonio de familia y su regulación en las normas del decreto 019 de 2012

La ley 70 de 1931 contempla tres maneras de terminar un patrimonio de familia: (i) la cancelación voluntaria y directa del constituyente subordinada a la aquiescencia de su cónyuge y al consentimiento de los hijos menores dado por medio de curador si lo tienen o de uno nombrado *ad hoc* (art. 23); (ii) la sustitución del inmueble que soporta el patrimonio de familia por otro que debe ser gravado con el patrimonio (art. 25), y (iii) la extinción de la limitación por llegar los menores a la mayoría de edad cuando solo ellos quedaban como beneficiarios del patrimonio de familia, o sea en forma *ipso iure* por la verificación de esta condición de la cual pende y que implica el regreso del bien gravado al régimen del derecho común (art. 29).

De antemano cabe anotar que la sustitución contempla dos fenómenos distintos aunque coetáneos o coexistentes: la cancelación del primer gravamen y la creación de otro que vendrá a sustituirlo con todas las garantías y beneficios previstos por la ley. 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.

Dentro de este marco se observa que el objetivo perseguido con la presente consulta se concreta en la determinación e interpretación de las normas que de acuerdo con el decreto ley 019 de 2012 regularon el trámite que ante notario se puede seguir para sustituir y cancelar el patrimonio de familia inembargable. La disparidad de criterios surgidos entre notarios y defensores de familia aparece como consecuencia de la redacción de las normas atendiendo solamente a un criterio exegético de interpretación jurídica.

El artículo 84 del decreto ley 019 de 2012 es claro al regular la sustitución y la cancelación del patrimonio de familia, al indicar que “(...) los notarios podrán sustituir o cancelar mediante escritura pública el patrimonio de familia constituido sobre un bien inmueble.” La voluntad del legislador, entonces, es inequívoca. En efecto, en el sentido de que los notarios podrán adelantar tanto la sustitución como la cancelación. De acuerdo con los artículos 85 y 86 *ejusdem*, la solicitud de “sustitución y cancelación” del patrimonio de familia inembargable debe ser presentada por los interesados bajo la gravedad del juramento, en la que se expresará la identificación, nacionalidad y domicilio del solicitante, lo que pretende, una síntesis de los hechos en que se fundamenta, la identificación, nacionalidad y domicilio de los padres del menor de edad beneficiario y los datos de éste último, la dirección del inmueble al que se le quiere cancelar o sustituir el patrimonio de familia, su ubicación, la cédula catastral y matrícula inmobiliaria y del nuevo inmueble dependiendo del caso, con indicación que el inmueble se encuentra libre de censo o anticresis, hipoteca o embargos, así como las razones por las cuales se pretende cancelar o sustituir el patrimonio de familia; además, deberá presentarse copia auténtica del registro civil de nacimiento del menor de edad y copia de la escritura pública mediante la cual se constituyó el patrimonio de familia el avalúo catastral de los inmuebles.

En igual sentido, la letra l. del artículo 85 del ya precitado decreto ley cuando determina el contenido de la solicitud de la sustitución o de la cancelación, indica que deberá contener: “l. Las razones por las cuales se pretende cancelar o sustituir el patrimonio de familia.” Así también el artículo 87, cuando regula la intervención del defensor de familia para las figuras en mención establece que “(...) el notario comunicará al Defensor de Familia para que 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 pronuncie aceptando, negando o condicionando la cancelación o sustitución del patrimonio de familia (...).”

De lo anterior nótese que no resulta suficiente hacer un análisis puramente gramatical relativo a la utilización indiscriminada en la redacción de las normas en comento -tanto en sus títulos como sus contenidos- al referirse a las figuras de la “Sustitución” y/o “Cancelación” de la conjunción copulativa “y” o de la conjunción disyuntiva “o”¹⁷, para dilucidar el problema jurídico que se plantea en esta consulta respecto de la posibilidad de realizar dichos actos por vía notarial y las restricciones que puedan existir. La hermenéutica jurídica supone, como atrás se indicó, interpretar las normas para otorgarles un alcance en el cual produzcan efectos coherentes con el orden jurídico, en este caso, en armonía con las demás disposiciones que definen las figuras de cancelación y sustitución del patrimonio

¹⁷ Por sabido se tiene que la conjunción copulativa tiene como función unir o vincular las palabras u oraciones en sentido afirmativo, mientras que la conjunción disyuntiva denota diferencia o separación entre estas.

de familia¹⁸, en forma sistemática, de conformidad con su espíritu general y la intención manifiesta del legislador¹⁹, según se expone a continuación.

2.1. Sustitución del patrimonio de familia inembargable

La ley 70 de 1931 consagró la figura de la sustitución de un patrimonio de familia en su artículo 25. El precitado artículo determina:

“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 de los 90 días señalados en el mismo texto.”

Si bien la norma expresa de manera clara que debe mediar una autorización judicial cuando en la sustitución de un patrimonio por otro, aparezcan como beneficiarios la mujer casada o menores de edad, el procedimiento para obtener esta autorización no se encuentra regulado en la ley 70 de 1931. Fue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que indicó el régimen procesal que la figura de sustitución del patrimonio de familia inembargable debía seguir ante los jueces de familia, así:

“Cuando hay acuerdo para la sustitución, la intervención judicial, se efectúa mediante proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a nombrar el curador ad hoc para que consienta o no el levantamiento del patrimonio de familia de un bien, y la autorización para que otro bien lo reemplace en ese patrimonio de familia inembargable...”²⁰

Ahora bien, el decreto ley 019 de 2012 en su artículo 84 señaló:

“Artículo 84. Sustitución y cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable. Sin perjuicio de la competencia judicial, los notarios podrán sustituir o cancelar mediante escritura pública el patrimonio de familia constituido sobre un bien inmueble.”

En este sentido se abrió la posibilidad de tramitar la sustitución de patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, y el mencionado decreto ley en su artículo 87²¹ impone además la intervención del defensor de familia con la finalidad

¹⁸ Como se señaló, uno de los métodos de hermenéutica (sistemático) acude al contexto de la ley para ilustrar su sentido.

¹⁹ Para determinar su alcance a partir de la intención manifiesta de legislador (*voluntas legislatoris*) que emana de la misma disposición o se determina con base en el elemento histórico, esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, regla también atrás anotada.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Auto 125 de 1º de junio de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Gaceta Judicial, Tomo CCXXII No.2461, pág. 562.

²¹ *“Artículo 87. Intervención del defensor de familia en el proceso de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable. Recibida la solicitud de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable el notario comunicará al Defensor de Familia para que 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 pronuncie 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 con el trámite para el otorgamiento de la escritura*

de que este último se pronuncie ya sea aceptando, negando o condicionando dicha figura jurídica para garantizar los derechos de los beneficiarios. Aunque la ley 70 de 1931 supedita la sustitución del patrimonio de familia a la autorización judicial y esta se tramita bajo el proceso de jurisdicción voluntaria, es también viable hacer el trámite ante notario, según voluntad expresa del legislador extraordinario, porque de lo que se trata en este caso particular es de cambiar el inmueble objeto de protección por otro que va a ser amparado bajo la misma prerrogativa. En realidad, la intervención del defensor de familia tiene como función garantizar los intereses de la familia y de los menores de edad que pudieran resultar afectados con la decisión de sustitución, mediante la rendición de un concepto sobre el cual no cabe ningún recurso y, por tanto, de carácter vinculante para el notario, de manera que en el evento de ser negativo, perdería este competencia, caso en el cual el interesado estará en libertad de acudir ante la Jurisdicción de Familia.

2.2. Cancelación de 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 posibilidad de cancelación del patrimonio de familia inembargable contempla dos hipótesis bien definidas, de un lado, cuando en consonancia con la norma exista vínculo matrimonial, el consentimiento del cónyuge es indispensable y *“no se requiere de intervención judicial porque basta la intervención solemne de los interesados”*²², y por el otro, cuando haya hijos menores de edad, 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.

Es necesario distinguir entonces, la cancelación de patrimonio de familia inembargable del procedimiento para 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 la órbita íntima del núcleo familiar. Por su parte, la

pública en la que dejará constancia de lo ocurrido./ El defensor de familia competente será el del lugar de la ubicación del bien inmueble.”

²² Corte Suprema de Justicia, Auto 125 de 1º de junio de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Gaceta Judicial, Tomo CCXXII No.2461, pág.562. Al respecto se indicó: /5) *No se requiere intervención judicial porque basta la intervención solemne de los interesados, en los siguientes casos: (...)/ b) En la cancelación del patrimonio de familia inembargable por el constituyente, con el consentimiento del cónyuge, cuando no hay hijos, o habiéndolos han llegado a la mayoría de edad.*

designación del curador *ad hoc* únicamente adquiere relevancia cuando en la cancelación del patrimonio de familia resulta indispensable proteger los intereses de 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 voluntaria²³. La razón del nombramiento del curador *ad hoc* se encuentra fundada en el 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 edad²⁴.

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 del remedio 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 “[p]or 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:

²³ Corte Suprema de Justicia, Radicado No. 9330 de 19 de julio de 2000, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, en la cual se reitera este criterio al citar in extenso el auto de junio 1° de 1993, así: “lo dicho acompasa con la tesis que ha sostenido de antes esta Corporación, sobre el punto, en uno de cuyos apartes se lee que, ‘no se trata en este caso de una mera actuación de designación de plano del curador ad hoc, sino que se trata de una curaduría especial, para un asunto determinado, que de común acuerdo se le solicita al juez. Se trata de un asunto de jurisdicción voluntaria, que por carecer de trámite diferente debe adelantarse por el correspondiente al proceso de jurisdicción voluntaria (...), en que el juez, con base en las pruebas aportadas o exigidas al respecto debe evaluar la necesidad, utilidad y conveniencia de la cancelación que se proyecta efectuar, a fin de que este curador ad hoc que se designe pueda adoptar bajo su responsabilidad el comportamiento correspondiente...’ (Auto de junio 1° de 1993)”. Además, esta providencia se precisa que, en efecto, “[e]l trámite previsto en la ley para la designación de curador ad hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable, está dado por la norma residual establecida en el numeral 12 del artículo 649 del Código de Procedimiento Civil, que somete al proceso de jurisdicción voluntaria, ‘cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente’, evento que se da cuando no hay discrepancia, porque de haberla se dirime mediante proceso contencioso, como así lo ha definido sin ninguna dificultad la jurisprudencia...”

²⁴ LAFONT PIANETTA, Pedro. En *Derecho de familia contemporáneo menores, juventud y discapacitados, régimen sustancial y procedimental*. Librería ediciones del profesional Ltda., Segunda edición, 2012, pág. 581.

(...)

4. *De la autorización para cancelar el patrimonio de familia inembargable, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.*”

La norma precitada entrará en vigencia a partir del primero de enero de 2014, 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 “[e]n 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, vigentes a partir del 1 de octubre del 2012, según el numeral 4 del artículo 627 de la Ley 1564 de 2012, se desprende a las claras que los asuntos mencionados en las mismas no solo se ventilan en jurisdicción voluntaria, sino 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. No obstante, respecto de la cancelación del patrimonio de familia inembargable dos hipótesis merecen análisis:

(i) La primera, cuando el constituyente tiene la voluntad de cancelar el patrimonio de familia inembargable, con el consentimiento del cónyuge, y no hay hijos o habiéndolos han alcanzado la mayoría de edad, ningún procedimiento o autorización judicial se establece para hacer efectiva la cancelación, razón por la cual no existe impedimento para que la figura jurídica bajo análisis pueda 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.

(ii) La segunda, cuando en el trámite de cancelación de patrimonio ante notario, se encuentra de por medio el interés de menores de edad en calidad de beneficiarios. En este caso no es posible la desjudicialización del trámite pues, como se dijo, el procedimiento para la designación del curador *ad hoc* para la cancelación del patrimonio de familia inembargable, tiene la función esencial de proteger el interés

superior de los menores de edad frente al posible conflicto que surge cuando el constituyente actúa en interés propio y al mismo tiempo en el de los menores de edad. Así, teniendo en cuenta que la competencia para la asignación del curador *ad hoc* está radicada de manera expresa y limitativa en la jurisdicción de familia, y escapa al ejercicio de funciones de los notarios dicha asignación -como se expondrá más adelante-, el trámite correspondiente respecto de esta hipótesis debe permanecer bajo los presupuestos del proceso judicial, es decir, quien conoce este asunto es el juez de familia. En estos casos, cuando se ha surtido el proceso de jurisdicción voluntaria para la designación del curador *ad hoc* para que este concurra al respectivo proceso luego del análisis que el juez hace de la juridicidad de la figura, la intervención o el concepto del defensor de familia se circunscribe a la verificación de la conveniencia de la cancelación respecto del interés de los intervinientes objeto de protección especial (menores de edad).

3. La actividad notarial y el ejercicio de funciones públicas

Para reforzar lo sostenido en precedencia, vale la pena abordar un último aspecto relacionado con el ejercicio de funciones públicas por parte de los notarios. La Corte Constitucional al referirse a la actividad notarial la calificó como un servicio público reflejo de la figura de la descentralización por colaboración²⁵. Igualmente, la Corte Constitucional analizando el papel de los notarios en el ejercicio de funciones jurisdiccionales ha sido enfática al indicar que aunque los notarios ejercen una función pública, de ninguna manera pueden ser sujetos investidos de función jurisdiccional:

“En lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución según el cual “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades”.²⁶

Al reiterar que los notarios ejercen una función pública que se enmarca dentro del esquema de la fé pública, y que no están investidos de autoridad para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional se pronunció en un caso en el que se declaró la inexequibilidad de algunas normas del decreto 1183 de 2008

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-863 de 25 de octubre de 2012, págs. 23-24. Al respecto se indicó: “(...) la actividad notarial es un servicio público dado que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial. Su atribución a los notarios constituye una expresión de la figura de la descentralización por colaboración, la cual se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración. El notariado es así mismo una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da fe por haber ocurrido en su presencia. La gestión notarial implica el ejercicio de autoridad atributo necesario para revestir de autenticidad a los actos y atestaciones que presencia, como depositario que es de la fe pública. Sin embargo, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución, según el cual de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a determinadas autoridades.”

²⁶ *Ibíd.*, p. 22

que le permitían a los notarios la posibilidad de declarar la prescripción adquisitiva del dominio. Se indicó que si bien a los notarios no es posible atribuirles funciones jurisdiccionales, es viable asignarles funciones relativas a procesos de jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta que estos tienen naturaleza administrativa²⁷.

Así las cosas, es viable afirmar que tanto la constitución del patrimonio de familia inembargable, como la sustitución y la cancelación del mismo, figuras atadas al proceso de jurisdicción voluntaria, fueron asignadas para su trámite a los notarios del país, pero no así la designación de un curador *ad hoc* cuando se trate de cancelación del patrimonio, en protección del interés de menores de edad que estén involucrados en el acto, caso en el cual amerita el estudio en relación con la procedencia de la medida por parte del juez de familia.

4. Conclusiones

La ley 70 de 1931 estableció, por regla general, que para la constitución o sustitución voluntarias del patrimonio de familia inembargable era menester licencia judicial (artículos 11, 24, 25 y 26). Y al ocuparse de la cancelación o enajenación voluntaria del patrimonio de familia, la precitada ley 70 la condicionó a que en el evento de existir hijos menores de edad, era necesario el consentimiento de estos que se ha de producir a través de curador, bien el que tengan, ora el que se les designe para el caso específico, y que por eso la disposición denomina *ad hoc*. Esta designación, según reiterada jurisprudencia, es asunto propio de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el que el juez, con base en las pruebas aportadas o exigidas al respecto debe evaluar la necesidad, utilidad y conveniencia de la cancelación que se proyecta efectuar, procurando salvaguardar así los intereses del menor que podrían resultar vulnerados por el interés de aquellos en obtener la cancelación del gravamen; es decir, le corresponde al juez determinar si la cancelación resulta viable.

Desde el año de 2006, por medio de la expedición del decreto 2817, se reglamentó el trámite de constitución voluntaria de patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, autorizado en el artículo 37 de la ley 962 de 2005. Y posteriormente el decreto ley 019 de 2012 amplió las posibilidades en este ámbito al establecer, "*sin perjuicio de la competencia judicial*" en la materia, el trámite tanto de la sustitución como la cancelación voluntarias del patrimonio de familia también ante notarios.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1159 de 26 de noviembre de 2008. Al respecto se señaló: "*En estas condiciones, debe concluirse que los notarios, por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional de declarar la prescripción adquisitiva de dominio de que tratan las normas demandadas./Adicionalmente, si con otro criterio o con un nuevo examen se considerara que las funciones notariales son administrativas, aunque estrictamente no den lugar a la expedición de actos administrativos que creen, modifiquen o extingan relaciones o situaciones jurídicas, por ser esas funciones de manera general de naturaleza meramente declarativa o testimonial, debería también considerarse que, por tratarse de una atribución excepcional de competencia, el Art. 116 de la Constitución autoriza la asignación de funciones jurisdiccionales únicamente a las autoridades administrativas en un sentido subjetivo u orgánico, o sea, a las entidades y órganos que forman parte de la estructura de la Administración Pública de conformidad con las normas legales pertinentes, en particular la Ley 489 de 1998²⁷, por ser ellos los titulares originarios y ordinarios de las funciones administrativas, y que, por ende, aquel precepto superior no autoriza tal atribución en un sentido funcional o material, y en forma extensiva, a los particulares que ejercen funciones administrativas./ Así, con base en tal examen se concluiría también que el Art. 116 superior no autoriza la atribución de funciones jurisdiccionales a los notarios, que contemplan las normas demandadas./En este sentido, se insiste en que el legislador, por las razones antes indicadas, no puede atribuir a los Notarios funciones que sean materialmente jurisdiccionales, como lo son las examinadas en este asunto. En cambio, sí puede asignarles funciones relativas a procesos de jurisdicción voluntaria, ya que éstos, como se señaló, conforme al criterio predominante de la doctrina procesal, tienen naturaleza administrativa y no jurisdiccional".*

Ahora bien, la habilitación legal para que los notarios adelanten estos trámites no tiene por efecto la desjudicialización total de la materia, dado que el interesado podrá escoger entre la vía judicial o la vía notarial, a su libre elección, según considere una u otra más adecuada y conveniente a sus propósitos e intereses. Por supuesto, cuando no hay acuerdo en la cancelación sino discrepancias entre los intervinientes, se dirime mediante un proceso judicial contencioso.

Además es razonable y se ajusta al espíritu garantista y proteccionista del núcleo familiar y, en especial del interés superior de los menores de edad que anima el ordenamiento constitucional (art. 44 C.P.) y legal (ley 70 de 1931 y demás leyes que la han modificado) la posibilidad del trámite de la sustitución del patrimonio de familia inembargable ante los notarios del país, teniendo en cuenta que el contenido de la solicitud debe indicar las razones por las cuales se pretende sustituir y que se exige la intervención del defensor de familia mediante un concepto de carácter vinculante en dicho trámite que tiene por objetivo proteger los derechos de la familia y de los menores de edad (niños, niñas y adolescentes).

No obstante, respecto de la cancelación voluntaria del patrimonio de familia inembargable, cuando existen menores de edad en calidad de beneficiarios del patrimonio, en este caso específico, de ninguna manera se desjudicializa el trámite en cuestión, pues, como se anotó, la designación de un curador *ad hoc* es indispensable para evitar el conflicto de intereses que puede surgir entre los constituyentes y los menores beneficiarios. Además, no es dable a los notarios la posibilidad de designar curadores de este tipo por no estar investidos de función judicial. Es decir, cuando se quiere únicamente cancelar o levantar el patrimonio de familia y aún hay hijos menores de edad este procedimiento se hace ante juez, dado que es este quien debe designar curador *ad hoc* y, en últimas, autorizar dicho acto, en protección de los derechos de aquellos.

En consecuencia, es pertinente concluir que fue intención manifiesta e inequívoca del legislador extraordinario la de autorizar el trámite de la cancelación y sustitución voluntarias del patrimonio de familia inembargable ante los notarios, excepto cuando en la cancelación intervienen menores de edad, caso en el cual está excluido el trámite notarial.

Finalmente, reitera la Sala que el presente concepto solo cobija lo relativo a la cancelación o sustitución voluntarios del patrimonio de familia inembargable y no los patrimonios de familia facultativos u obligatorios.

Conforme a lo expuesto, la Sala

RESPONDE:

- a) De acuerdo con los artículos 84 a 88 del decreto ley 019 de 2012, ¿pueden los notarios dar trámite tanto a las solicitudes de sustitución como a las de cancelación de patrimonio de familia inembargable establecidas en el mencionado decreto ley, o existe algún tipo de restricción en cuanto a la procedencia y trámite de las figuras en cuestión?

Los artículos 84 a 88 del decreto ley 019 de 2012 regularon el trámite de la sustitución y cancelación de patrimonio de familia inembargable. La naturaleza jurídica de las figuras reguladas por los artículos del mencionado decreto ley

permite afirmar que los notarios del país, a solicitud de los interesados, pueden dar trámite tanto a la sustitución como a la cancelación voluntarias del patrimonio de familia inembargable. La única restricción se refiere a la cancelación voluntaria del patrimonio cuando existen menores de edad, caso en el cual la protección de los derechos e intereses de los menores supone el trámite judicial de nombramiento de curador *ad hoc* ante el juez de familia.

- b) Las calidades de los constituyentes y los beneficiarios, tienen incidencia en el trámite de sustitución y cancelación del patrimonio de familia inembargable por parte de los notarios del país?

De acuerdo con el análisis de las normas objeto de estudio, las calidades de los constituyentes no tienen incidencia en el trámite de sustitución y cancelación voluntarias del patrimonio de familia inembargable. Por su parte y de manera conexas con el proceso de cancelación, ser menor de edad en el ámbito propuesto, implica la no desjudicialización del proceso de asignación del curador *ad hoc* y, de contera, el estudio acerca de la viabilidad de la cancelación, con el objetivo ya determinado de protección de los intereses de los menores.

Remítase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala