

INFORMACIÓN GENERAL

Fecha: 2018-12-17 11:39:06

DIRECCION: CALLE 34 A NO 11A - 39 OF 300
Solicitud: SNR2018ER080616
Respuesta: SNR2018EE064124



RESPUESTA

Bogotá, 17 de diciembre de 2018

Señor(a)

ASUNTO: Respuesta al radicado SNR2018ER080616

Respetado Doctor. (a);

En atención a su escrito en el que solicitó información sobre patrimonio de familia y derechos herenciales:

"1. Existe algún trámite judicial por el cual se pueda efectuar la cancelación del patrimonio de familia inembargable del deudor por parte de un acreedor o un tercero, siendo los hijos menores de edad.

2. Es posible hacer la inscripción del embargo de los derechos herenciales sobre un bien inmueble que le corresponden o que le puedan corresponder al deudor, en un trámite de sucesión en el cual es heredero pero no ha iniciado la sucesión. En caso afirmativo o negativo, indicar en que cuerpo normativo se encuentra legislado."

Marco Jurídico

- Ley 70 de 1931
- Código Civil
- Ley 1579 de 2012
- Código General del Proceso
- Sentencias Corte Suprema de Justicia



GDE - GC - FR - 08 V.02 17-07-2018

Superintendencia de Notariado y Registro
CALLE 34 A NO 11A - 39 OF 300
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA
TEL: (57) (01) 334 5000
WWW.REGISTRODEBOGOTA.GOV.CO

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

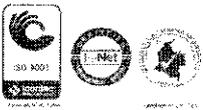
Patrimonio de Familia inembargable

En Colombia la Ley 70 de 1931 estableció la figura del patrimonio de familia inembargable, como la configuración a favor de la familia de un bien que se sustrae o excluye 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 acreencia.

La institución jurídica del patrimonio de familia inembargable surgió en esta Ley como una herramienta con un carácter especial, 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 inembargable, 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.

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 2º de la Ley 70 de 1931 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 tercero y a favor de quienes se constituye adquieren la calidad de beneficiarios.

Los constituyentes deben tener dominio pleno del bien inmueble 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 constitución. La precitada ley reguló un proceso judicial específico y propio que debería adelantarse a fin de constituir el beneficio a favor de la familia.

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."

Luego, la Ley 962 de 2005 "por 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 2006, 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:

"Artículo 1º. 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."

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."

Así las cosas doctor Aguirre, en su caso en particular, para esta oficina no es dable la cancelación del patrimonio de familia de su deudor el señor Téllez, ya que como lo determina la ley sólo podría cancelarse el patrimonio de familia en los casos descritos anteriormente.

Derechos de herencia

La palabra herencia tiene dos acepciones fundamentales. La primera de ellas hace referencia a la herencia



como masa herencial[1] y la otra a un derecho real, el cual se tiene sobre una cosa sin consideración a determinada persona.

En esta medida, “la palabra herencia considerada subjetivamente, representa el acto de heredar y equivale a sucesión[2]; y considerada objetivamente representa la universalidad del patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que constituyen su objeto”[3].

La herencia sería por tanto “un derecho que comprende el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, que recaen sobre las cosas materiales o inmateriales que constituirían el patrimonio objeto de la sucesión”.[4]

A partir de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha definido el derecho de herencia como “un derecho real sobre una universalidad de bienes, con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes de los que constituyen la comunidad universal llamada herencia”[5].

En este sentido, “el derecho de herencia establece relación directa entre el nuevo titular y el patrimonio hereditario”[6]. Sin embargo, “el heredero o herederos no adquieren en su cabeza, por el solo hecho de la muerte del causante los derechos singulares que éste

concretamente tuviera sobre los bienes relictos, sino, según ya quedó expresado, un derecho real distinto cuyo objeto es la universalidad jurídica o patrimonio de aquel”[7].

El derecho de herencia tiene, por tanto, cuatro características fundamentales[8]:

1. Es *real*, dado que se ejerce sobre la masa herencial (Artículo 665, inc. 2° C.C.).
2. Es *incorporal*, por cuanto se proyecta sobre una universalidad de bienes o una cuota de ellos. Sin embargo, el derecho solo se determina hasta cuando se efectúa la partición.
3. Es *perpetuo*, ya que perdura en cabeza del heredero, por un mínimo de diez años, al cabo de los cuales prescribe si no se ha ejercido (Artículo 1°, Ley 791 de 2002).
4. Es *patrimonial*, en la medida en que es cesible a cualquier título.

En virtud de lo anterior doctor Aguirre, al ser los derechos de herencia una mera expectativa de obtener mediante una adjudicación en sucesión un derecho real sobre una universalidad de bienes, al no haberse hecho apertura de la sucesión, según usted lo describe en su pregunta No 2, al bien o parte de él del cual tendría derecho su deudor, no es posible inscribir ninguna medida, toda vez que no ha sido adjudicado mediante



decisión judicial o a voluntad de las partes.

En los anteriores términos se da respuesta a su interrogante, seguiremos atentos a cualquier inquietud adicional.

Atentamente,

DANIELA ANDRADE VALENCIA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

[1] En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha definido la herencia como “una comunidad sui generis sobre la universalidad de los bienes del causante, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios, respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia junio 19 de 1950, M.P.: Manuel José Vargas).

[2] En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “si la sucesión mortis causa es el fenómeno por medio del cual se sustituye al causante a título universal o singular en un conjunto de relaciones patrimoniales de distinta índole que se denomina herencia, relaciones en las cuales, no obstante el cambio de titular se mantiene su continuidad, es claro que por derechos sucesorales debe entenderse los que de manera concreta conciernen con esa aptitud para sustituir al *de cuius*”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia Mayo 28 de 1996, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles).

[3] CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Tomo XIII, Santiago, Editorial Nacimiento (1945), pp. 19-20. En: SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Temis (2003), p. 25.

[4] *Ibid.*

[5] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia Agosto 13 de 1940, M.P.: Daniel Anzola



[6] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia Septiembre 30 de 1955, M.P.: José Hernández Arbeláez

[7] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia Enero 30 de 1970, M.P.: Guillermo Ospina Fernández

[8] SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Op.cit.*, p. 26.

Daniela Andrade Valencia
Jefe - Oficina Asesora jurídica
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Proyecto
Luis Fernando Martínez Gómez
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO



GDE - CC - ER - 08 V 02 27-07-2010

Superintendencia de Notariado y Registro
Calle 100 No. 100-100, Bogotá, D.C.
Teléfono: (57) (1) 234 2000
Fax: (57) (1) 234 2001
www.superintendencia.gov.co