

Doctor
LUIS FERNANDO SANDOVAL BARRETO
Juez Promiscuo Municipal de Rondón
Jo1prmpalrondon@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA - CANCELACIÓN
PATRIMONIO DE FAMILIA Y LEVANTAMIENTO DE
AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR
DEMANDANTE: ERNI FLOREZ PEREZ
DEMANDADOS: DORA GARZÓN Y MARÍA DAZA
RADICADO: 2022-00005

ASUNTO: OTORGAMIENTO PODER

DORA JANETH GARZÓN, persona mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Tunja-Boyacá, identificada con cedula de ciudadanía No. 23.875.548 de Pauna Boyacá, por medio del presente escrito confiero poder especial, amplio y suficiente a la abogada **EDITH YANIRE BAUTISTA RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 40 045.448 expedida en Tunja, titular de la T.P. No. 226.429 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de Defensora Pública adscrita a la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, para que en mi nombre y representación me represente dentro del proceso de la referencia.

Mi apoderada cuenta con todas las facultades inherentes para el ejercicio del presente poder en especial las de continuar con la defensa conciliar, transigir, sustituir, retirar, recibir, desistir, renunciar, interponer recursos, nulidades, incidentes, aportar pruebas, solicitar documentos y las demás facultades señaladas en el artículo 77 del C.G.P., y además todas aquellas que tiendan al buen y fiel cumplimiento de su gestión.

Sírvase, señor Juez reconocerle personería jurídica para actuar a la apoderada, en los términos y para los efectos del presente mandato.

Atentamente,


23.875.548
DORA JANETH GARZÓN
C.C. No. 23.875.548 de Pauna Boyacá
Correo electrónico: janethga_1204@hotmail.com
Teléfono: 3134676742

ACEPTO,

EDITH YANIRE BAUTISTA RODRIGUEZ
C.C. No. 40.045.448 de Tunja
T.P. No. 226429 del C.S.J
Correo electrónico: edbautista@defensoria.edu.co y edithybr@hotmail.com
Celular: 3112340818

PROCESO: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA - CANCELACIÓN
PATRIMONIO DE FAMILIA Y LEVANTAMIENTO DE
AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR
DEMANDANTE: ERNI FLOREZ PEREZ
DEMANDADOS: DORA GARZÓN Y MARÍA DAZA
RADICADO: 2022-00005

EDITH YANIRE BAUTISTA RODRÍGUEZ mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.045.448 de Tunja y Tarjeta Profesional No. 226429, obrando en calidad de apoderada presentar escrito de contestación de la demanda en los siguientes términos: de la señora Dora Janeth Garzón , encontrándome dentro del término me permito

I. SOLICITUD DE AMPARO DE POBREZA

La señora **DORA JANETH GARZÓN** , manifiesta que no se encuentra en capacidad de sufragar los costos que conllevan un proceso judicial debido a que no cuenta con recursos económicos; razón por la que solicito el beneficio de amparo de pobreza consagrado en el artículo 151 del Código General del Proceso.

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Este extremo procesal se opone a la totalidad de pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que **(i)** la parte demandante como propietaria del bien no autoriza el levantamiento de la media cautelar, y **(ii)** no se configuran la causales de terminación de la afectación al patrimonio de familia al existir una menor de edad.

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).

II. FRENTE A LOS HECHOS

Conforme a lo señalado por la parte actora y la documental que reposa en el plenario, me permito contestar los hechos de la demanda así:

Respecto a los hechos **primero, segundo**, son ciertos.

El hecho **tercero**, es parcialmente cierto, toda vez que, conforme a la escritura pública No. 1604 del 2 de junio de 2016, otorgada en la Notaria Segunda de Tunja – matrícula inmobiliaria No. 070-205576 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Tunja, el patrimonio de familia se constituyó a favor de los señores Erni Flórez Pérez y Dora Janeth Garzón y sus dos (2) hijas menores de los señores, conforme se advierte a continuación:

Que igualmente CONSTITUYEN PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE, a favor del comprador, ERNI FLOREZ PEREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. c.c. No. 91.439.543 DE BARRANCABERMEJA, de su esposa DORA JANETH GARZON con C.C. No.23.875.548 DE PAUNA y de sus menores hijos y los que llegaren a tener, en obediencia al artículo 3 de la Ley 70 de 1931, en concordancia con el artículo 60 de la Ley 9 de 1989 y el artículo 38 de la Ley 3ª de 1991.

El hecho **cuarto**, no es cierto, la casa ha sido habitada por la señora Dora Janeth Garzón y sus dos hijas, sin embargo por cuestiones laborales de la demandante y debido a que es docente, en periodos ha tenido que desplazarse al Municipio de

Ramiriquí.

Ahora bien de conformidad con la Ley 70 de 1931, existen tres (3) causales para que se termine el 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).

El hecho **quinto**, no me consta, que se pruebe. Sin embargo se precisa que la afectación de patrimonio familiar se hizo sobre un bien que se consiguió en vigencia del matrimonio que existió entre los señores Erni Flores Perez y Dora Yaneth Garzón.

El hecho **sexto**, no es un hecho corresponde a una apreciación subjetiva de la parte actora

El hecho **séptimo**, es cierto en lo que corresponde a la inexistencia de vínculo matrimonial entre los señores Dora Janeth Garzón y Erni Flores. Respecto a la inexistencia de vínculo matrimonial entre la señora María Dioselina Daza Galindo y el señor Erni Flores no me consta. Según lo manifestado por la actora entre ellos existe un vínculo de convivencia

El hecho **octavo**, no es un hecho, corresponde a un negocio jurídico que involucra a los señores Dora Janeth Garzón y Erni Flores y no a las hijas de estos.

El hecho **noveno**, no es un hecho. Es un requisito de la ley en este tipo de procesos.

III.FUNDAENTOS DE DERECHO

Con el fin de desatar el problema jurídico planteado, se hace necesario abordar los siguientes temas (i) Constitución del patrimonio de familia, (ii) cancelación de patrimonio de familia inembargable y (iii) formas de terminación del patrimonio de familia.

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 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 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.

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

“ARTICULO 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.

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:

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;

) 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 1. 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: “1. 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 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 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 esta 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 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:

(...)

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), (sic) 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 (sic) 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)¹. (...)

¹ Concepto Sala de Consulta C.E. 2151 de 2013 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

IV. EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Teniendo en cuenta que conforme al artículo 28 del CGP, por competencia territorial, será competente el juez del domicilio de la demanda y la señora Dora Janeth Garzón reside en la carrera 4ª No. 3 Sur -2-42 casa 47 de la ciudad de Tunja – Boyacá; en consecuencia solicito se declare probada esta excepción y s remota al competente.

V. PRUEBAS

Solicito señor juez tener como prueba las siguientes pruebas:

- **Documentales:**
- Copia de los registros civiles de nacimiento de Stepania Florez Garzón y Sara Helen Flórez Garzón
- INTERROGATORIO DE PARTE:

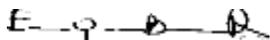
Se llame en interrogatorio de parte al señor ERNI FLOREZ PÉREZ, -, para que absuelva las preguntas sobre los hechos de la demanda que le formularé en interrogatorio de parte de forma oral o mediante sobre cerrado.

VI. NOTIFICACIONES

A la suscrita en la carrera 4ª No. 61-20 Tunja- Boyacá-, correo electrónico: edbautista@defensoria.edu.co y edithybr@hotmail.com celular 3112340818.

A la demandada en la Carrera 4ª No. 3 Sur -2-42 casa 47 de la ciudad de Tunja – Boyacá; correo electrónico: janeth_204hotmail.com. Teléfono; 3134676742

Con respeto,



EDITH YANIRE BAUTISTA RODRÍGUEZ
Apoderada Judicial parte demandada
C.C. 40.045.448 de Tunja
T.P. 226429 del C.S. de la J

