

**Consulta 1260 de 2013 ante la Oficina Asesora Jurídica
De la Superintendencia de Notariado y Registro**

Para: Señora
Monica Alejandra Reyes Hernandez
Monica75710@yahoo.es

Asunto: Cancelación Afectación a Vivienda Familiar
Escrito con radicados SNR2013ER013519 y SNR2013ER014462
CR-001 limitaciones y afectaciones

Señora Monica Alejandra:

Atendiendo el escrito radicado con el número de la referencia mediante el cual eleva consulta a esta Superintendencia a través de la formulación del siguiente interrogante:

¿Es posible que un certificado de tradición presente una afectación a vivienda familiar, habiendo una afectación anterior a la misma sin ser cancelada?.

Marco Jurídico

- Ley 258 de 1996l
- Ley 1579 de 2012

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

Sobre el particular, es necesario precisar que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 (Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), esto es, no son de obligatorio acatamiento o ejecución por los Registradores de Instrumentos Públicos y/o Notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el decreto 2163 de 2011.

En atención a su escrito considero pertinente antes de entrar a absolver su inquietud manifestarle que si bien las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, la Constitución Política y la Ley les otorga a los Registradores autonomía en el ejercicio de su función registral; en concordancia con ello el Decreto 2163 de 2011 en su artículo 30 establece:

"(..) Artículo 30. Registradores de Instrumentos Públicos. Los registradores de instrumentos públicos son los responsables del funcionamiento técnico y administrativo de las respectivas oficinas.

Además de las funciones que les señale la ley, cumplirán las que establezca el Gobierno Nacional, con arreglo a lo dispuesto en este decreto. Los registradores principales ejercerán la coordinación técnica y administrativa de las oficinas seccionales que de él dependan, de conformidad con los reglamentos que se expidan."

De igual forma fundamenta la competencia de las Oficinas de Registro de Instrumentos, el Estatuto de Registro (Ley 1579 de 2012) que consagra:

"Artículo 1º.- El registro de la propiedad inmueble es un servicio público prestado por el estado por funcionarios denominados Registradores de Instrumentos Públicos, en la forma aquí establecida y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes."

El Decreto 2163 de 2011 establece que a la Superintendencia de Notariado y Registro, le compete la inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos de registro y de notariado; así como la segunda instancia ante la Dirección de Registro, respecto de los actos administrativos expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos. (Agotamiento de Vía Gubernativa). Queriendo ello decir que la forma directa de debatir las decisiones de los Registradores de Instrumentos Públicos es a través de los recursos de reposición y apelación.

Teniendo en cuenta que esta Oficina Asesora carece de competencia para debatir las decisiones de los Registradores de Instrumentos Públicos, el presente concepto corresponde a una postura jurídica sobre el caso inicialmente planteado.

La ley 258 de 1996 establece la afectación a vivienda familiar, donde en materia de cancelación o levantamiento dispone:

ARTÍCULO 4o. LEVANTAMIENTO DE LA AFECTACIÓN. *Ambos cónyuges podrán levantar en cualquier momento, de común acuerdo y mediante escritura pública sometida a registro, la afectación a vivienda familiar.*

En todo caso podrá levantarse la afectación, a solicitud de uno de los cónyuges, en virtud de providencia judicial en los siguientes eventos:

- 1. Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificadas por el juez.*
- 2. Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución de carácter público.*

3. Cuando judicialmente se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges.
4. Cuando judicialmente se declare la ausencia de cualquiera de los cónyuges.
5. Cuando judicialmente se declare la incapacidad civil de uno de los cónyuges.
6. Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley.
7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.

PARÁGRAFO 1o. En los eventos contemplados en el numeral segundo de este artículo, la entidad pública expropiante o acreedora del impuesto o contribución, podrá solicitar el levantamiento de la afectación.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo modificado por el artículo 2 de la Ley 854 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afectación a vivienda familiar se extinguirá de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial, por muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges, salvo que por una justa causa los herederos menores que estén habitando el inmueble soliciten al juez que la afectación se mantenga por el tiempo que esta fuera necesaria. De la solicitud conocerá el Juez de Familia o el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, en defecto de aquel, mediante proceso verbal sumario.

La anterior medida no podrá extenderse más allá de la fecha en que los menores cumplan la mayoría de edad o se emancipen, caso en el cual, el levantamiento de la afectación opera de pleno derecho, o cuando por invalidez o enfermedad grave, valorada por el Juez, al menor le sea imposible valerse por sí mismo.

(...)

*ARTÍCULO 9o. PROCEDIMIENTO NOTARIAL. Cuando sea necesario constituir, modificar o **levantar la afectación a vivienda familiar, el cónyuge interesado acudirá ante un notario** del domicilio de la familia con el objeto de que tramite su solicitud, con citación del otro cónyuge.*

*Si **ambos cónyuges** estuvieren de acuerdo, se procederá a la constitución, modificación o **levantamiento de la afectación a vivienda familiar mediante escritura pública**, en el evento de no lograrse el acuerdo, podrá acudir al juez de familia competente.*

ARTÍCULO 10. PROCEDIMIENTO JUDICIAL. Para la constitución, modificación o levantamiento judicial de la afectación a vivienda familiar será competente el juez de familia del lugar de ubicación del inmueble, mediante proceso verbal sumario.

La constitución de la afectación a vivienda familiar y su modificación o levantamiento podrán acumularse dentro de los procesos de declaratoria de ausencia, muerte presunta o por desaparecimiento, interdicción civil del padre o de la madre, pérdida o suspensión de la patria potestad, divorcio, separación de cuerpos o de bienes y liquidación de la sociedad conyugal. En tales casos, será competente para conocer de esta medida el juez que esté conociendo de los referidos procesos. Negrilla fuera de texto.

La generalidad establecida por la ley es que la afectación a vivienda familiar se cancela por vía notarial cuando existe común acuerdo entre las partes o de lo contrario la cancelación de la misma se adelantará por vía judicial.

Al encontrarse vigente una afectación a vivienda familiar en un folio de matrícula inmobiliaria, a la luz de la ley 258 de 1996 resulta improcedente la inscripción de cualquier acto de disposición, modificación o limitación al derecho real de dominio hasta tanto se realice su cancelación. Con fundamento en ello y de conformidad con el Principio Registral de Legalidad¹, no resulta procedente la inscripción de una compraventa y constitución de una nueva afectación a vivienda familiar sin haberse cancelado la limitación que venía vigente; en caso de que así sucediere el Registrador de Instrumentos Públicos puede entrar a corregir el folio de matrícula inmobiliaria dando aplicación a lo dispuesto por la ley, esto es solicitando a los interesados la correspondiente escritura pública de cancelación de afectación a vivienda familiar a efecto de sanear la tradición del bien inmueble, o en su defecto deberá proceder a dejar sin valor ni efecto jurídico registral todas las anotaciones que se estén publicitando con posterioridad a la afectación a vivienda familiar y que riñan con lo dispuesto por la ley, de la forma dispuesta en los artículos 59 y 60 del Estatuto Registral (Ley 1579 de 2013).

¹ Artículo 3° Principios. Las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral son los principios de:

a) Rogación. Los asientos en el registro se practican a solicitud de parte interesada, del Notario, por orden de autoridad judicial o administrativa.

El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice;

b) Especialidad. A cada unidad inmobiliaria se le asignará una matrícula única, en la cual se consignará cronológicamente toda la historia jurídica del respectivo bien raíz;

c) Prioridad o rango. El acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad, aunque el documento haya sido expedido con fecha anterior, salvo las excepciones consagradas en la ley;

d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;

e) Legitimación. Los asientos registrales gozan de presunción de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario;

f) Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.

Aunado a lo anterior es necesario citar lo dispuesto por el Estatuto Notarial en su artículo 12 que dispone:

"ARTICULO 12. <ACTOS QUE REQUIEREN SOLEMNIDAD>. Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad."

Queda claro entonces que el Registrador de Instrumentos Públicos carece de competencia para realizar anotaciones de oficio, cualquier acto que se pretenda publicar en un folio de matrícula inmobiliaria deber estar otorgado mediante escritura pública o corresponderá a una orden judicial o administrativa.

Por lo anterior espero que sus interrogantes hayan sido absueltos de la mejor manera y seguiremos atentos a cualquier inquietud.

Atentamente,



MARCOS JAHER PARRA OVIEDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Maria Esperanza Venegas Espitia
Profesional Universitario
Revisó: Carlina Gomez Duran
Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico Registral