

**ASPECTOS JURÍDICOS
FUNDAMENTALES
EN LOS ESTUDIOS DE
TÍTULOS INMOBILIARIOS**

JUAN CARLOS PELÁEZ AGUDELO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE - SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL INMUEBLE

1. Elementos para la determinación del inmueble
 - 1.1. Identificación del inmueble
 - 1.2. Descripción del inmueble
 - 1.3. Mutaciones del inmueble
 - 1.4. Régimen del inmueble

2. Figuras jurídicas que afectan la libre disposición del inmueble
 - 2.1. Embargo
 - 2.2. Inscripción de una demanda
 - 2.3. Gravamen de valorización
 - 2.4. Patrimonio de familia
 - 2.5. Afectación a vivienda familiar
 - 2.6. Hipoteca
 - 2.7. Anticresis
 - 2.8. Condición resolutoria expresa
 - 2.9. Reserva de dominio
 - 2.10. Pacto de retroventa
 - 2.11. Fideicomiso
 - 2.12. Usufructo
 - 2.13. Servidumbres

SEGUNDA PARTE - HISTORIA JURÍDICA DEL INMUEBLE

1. Problemas jurídicos visibles en la titulación del inmueble
 - 1.1. Nulidades formales
 - 1.2. Lesión enorme
 - 1.3. Condición resolutoria tácita
 - 1.4. Capacidad de sociedades
 - 1.5. Estado civil

2. Problemas jurídicos que no se detectan en la titulación del inmueble
 - 2.1. Incapacidad legal
 - 2.2. Vicios del consentimiento
 - 2.3. Causa ilícita

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En la vida cotidiana nos corresponde a los abogados intervenir en diversos negocios sobre bienes inmuebles, asesorando al interesado acerca de aspectos jurídicos que inciden en el éxito del acto celebrado.

Debido a lo anterior, dentro de nuestras actividades profesionales más delicadas se encuentra la realización del estudio de títulos cuando una persona desea adquirir un inmueble o cuando va a recibirlo en garantía hipotecaria.

En nuestro medio, generalmente sólo acuden al estudio de títulos algunas compañías constructoras interesadas en la adquisición de un lote de valor considerable, o ciertas entidades financieras que aprueban una solicitud de crédito hipotecaria. Desafortunadamente, otros adquirentes y otros acreedores hipotecarios desconocen la importancia que tiene un estudio de títulos, o tratan de omitirlo, ahorrando así pequeños costos y agilizando ingenuamente los respectivos trámites.

Este trabajo pretende describir las principales instituciones jurídicas que se aplican en el estudio de títulos y las diversas variantes que reviste cada una de ellas frente a situaciones concretas. Decidimos hacer referencia a las figuras que más se presentan en la actualidad ya que son las que despiertan verdadero interés en el lector.

Los destinatarios específicos de esta investigación son los profesionales del derecho y las personas que de una u otra manera, se desempeñan en la actividad inmobiliaria. Para el abogado, es útil comprender el manejo práctico de instituciones jurídicas básicas que se encuentran reguladas en distintas partes del ordenamiento jurídico. Para las demás personas, resulta conveniente conocer la trascendencia de ciertas figuras jurídicas en su patrimonio.

Debido al carácter heterogéneo de los lectores, hemos optado por abordar cada tema con un lenguaje sencillo y de fácil entendimiento, sustentando muchos de nuestros argumentos con las normas de nuestro derecho positivo vigente.

La disertación comprende los dos grandes aspectos que estructuran el estudio de títulos. La primera parte se refiere al análisis de la situación jurídica actual del inmueble, teniendo en cuenta los elementos que permiten deter-

minarlo y enfatizando en las figuras jurídicas más conocidas que afectan la libre disposición del bien. La segunda parte, tiene que ver con la historia jurídica del inmueble, describiendo algunos de los problemas jurídicos que más frecuentemente aparecen al estudiar cada uno de los títulos anteriores y explicando los efectos que pueden producir otros problemas jurídicos no detectados al momento de realizar el estudio.

Con este trabajo no aspiramos hacer un aporte a la erudición jurídica; modestamente, sólo queremos contribuir de manera didáctica a que el conocimiento fundamental del derecho logre estar al alcance de todos sus destinatarios.

PRIMERA PARTE

SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL INMUEBLE

1. ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL INMUEBLE

1.1. IDENTIFICACIÓN DEL INMUEBLE

Para identificar el inmueble se deben verificar los datos relativos a su ubicación o sea el municipio y departamento en que está situado. En nuestro país hay varios municipios que tienen el mismo nombre pero pertenecen a distintos departamentos, por lo tanto, es conveniente precisar a cuál de ellos corresponde el bien.

Los inmuebles rurales se identifican además, por la vereda o paraje en el que se encuentran situados e incluso, por la denominación que tienen, tal como ocurre con las haciendas y con las fincas de recreo.

Los inmuebles urbanos se identifican además, por el barrio en el que están situados. También se debe tener en cuenta el nombre con el cual se conoce el edificio, la urbanización o el conjunto residencial al que pertenece el edificio.

Otro elemento importante en la determinación de los inmuebles urbanos es la nomenclatura asignada. La nomenclatura externa corresponde a la calle o carrera frente a la cual está la puerta de acceso del inmueble y el número que tiene en la cuadra respectiva según la distancia en metros de la vía perpendicular inmediata. La nomenclatura interna corresponde al número que el apartamento o el parqueadero tengan asignado en el edificio.

Finalmente, los inmuebles, tanto urbanos como rurales, se individualizan con el folio de matrícula inmobiliaria o sea el número que indica la oficina de registro de instrumentos públicos a la que pertenece el inmueble y el que corresponda al orden consecutivo en que vaya originándose.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE

Además de los datos relativos a la identificación o individualización del inmueble, existen otros factores que permiten determinarlo, como los linderos, el perímetro y la cabida.

Un inmueble urbano debe tener como mínimo sus cuatro linderos que corresponden a los cuatro puntos cardinales, salvo que se trate de bienes de forma triangular de lo cual se debe dejar expresa constancia al describirlo. Ahora bien, un apartamento u otro bien situado en un edificio se alindera además por el nadir y por el cenit o sea, por debajo y por encima respectivamente, ya que están sometidos al régimen de propiedad horizontal. Cada uno de los linderos tiene una medida longitudinal que corresponde al perímetro. En ocasiones, los linderos se apoyan en los puntos señalados alfabéticamente o numéricamente en un plano que se protocoliza con la escritura pública en que se hizo la descripción.

Un inmueble rural generalmente tiene forma irregular y en su descripción inciden factores topográficos; por lo tanto, además de los puntos cardinales, desde tiempo atrás se ha utilizado alindarlo con base en una descripción detallada de lugares, accidentes geográficos o elementos físicos que sirvan de referencia, tales como ríos, montañas, caminos, hondonadas, cercas, etc.. Actualmente, se tienen en cuenta también las coordenadas geográficas, como un criterio técnico que evita confusiones e incluso, el soporte en planos y levantamientos aerofotográficos.

Finalmente, dentro de la descripción del inmueble es importante verificar la cabida o sea el área o extensión ya que muchas veces el precio del bien dependerá de la superficie, e incluso los errores en la misma pueden tener efectos jurídicos, tratándose de la venta de predios rústicos.

1.3. MUTACIONES DEL INMUEBLE

Al efectuar el estudio de títulos, se puede determinar que durante todo el tiempo se ha mantenido su identidad y descripción o que por el contrario, se han producido mutaciones o cambios, pero de todos modos, los documentos analizados deben corresponder a una historia jurídica completa en la que no debe existir solución de continuidad.

Confrontando los linderos, el área y el folio de matrícula inmobiliaria que aparecen en cada una de las escrituras públicas, se puede fácilmente concluir si se trata del mismo inmueble o de un bien que se originó en otro que hace parte de su historia jurídica.

Un inmueble se pudo haber originado en un predio de mayor extensión, cuando se efectúan unas declaraciones de reloteo, una segregación parcial o incluso cuando se somete un bien al régimen de propiedad horizontal. En tal caso, también se deben analizar todos los documentos que aparecen inscritos en el complemento del respectivo certificado de tradición y libertad, es decir, se debe estudiar detenidamente la historia jurídica del predio de mayor extensión del cual se originó el inmueble resultante del reloteo, segregación o reglamento.

También puede ocurrir que el inmueble se ha originado en varios predios de menor extensión, cuando se efectúa un englobe. En tal caso, también se deben analizar todos los documentos que aparecen inscritos en el complemento del respectivo certificado de tradición y libertad, es decir, se debe estudiar detenidamente la historia jurídica de cada uno de los predios de menor extensión que dieron origen al inmueble resultante del englobe.

1.4. RÉGIMEN DEL INMUEBLE

Dentro de los aspectos que se deben tener en cuenta para determinar el inmueble, se encuentra el régimen al que está sometido, es decir, si se trata de una propiedad común o si fue sometida al régimen de propiedad horizontal.

Cuando el inmueble está sometido al régimen de propiedad horizontal, es necesario analizar la escritura pública que contiene el respectivo reglamento, así como las reformas que posteriormente se le hayan introducido.

La descripción del inmueble objeto del estudio de títulos, debe coincidir con la que aparece en el reglamento de propiedad horizontal para los bienes de dominio particular.

En muchas ocasiones, el inmueble no se originó en el reglamento de propiedad horizontal sino en una posterior adición al mismo; en tal caso, es necesario verificar que la escritura pública mediante la cual se solemnizó la adición, haya sido suscrita por todas las personas que figuran como propietarias de los distintos bienes de dominio particular que conforman el edificio.

Si el nuevo inmueble surgió de una adición al reglamento de propiedad horizontal, es importante determinar si se desprende físicamente de un bien

de dominio particular o de un bien común a todos los copropietarios del edificio.

Puede ocurrir que el nuevo inmueble sea segregado exclusivamente de un bien de dominio particular, tal como ocurre cuando un apartamento del segundo piso se divide en dos. En tal caso, la adición al reglamento de propiedad horizontal debe ser suscrita por todos los copropietarios del edificio, pero del nuevo inmueble tienen dominio exclusivo los mismos propietarios del bien que fue dividido y son ellos quienes una vez realizada la adición, lo pueden enajenar e hipotecar libremente sin necesidad de obtener autorización de los demás copropietarios del edificio.

En otras ocasiones, el nuevo inmueble fue segregado de un bien común, tal como ocurre con el apartamento que se construye sobre la terraza de un edificio de dos pisos. En tal evento, la adición al reglamento de propiedad horizontal debe ser suscrita por todos los copropietarios del edificio quienes serán los propietarios del nuevo inmueble de dominio particular, una vez lo hayan desafectado del uso común.

2. FIGURAS JURÍDICAS QUE AFECTAN LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL INMUEBLE



2.1. EMBARGO

En el certificado de tradición y libertad puede aparecer anotada una medida cautelar denominada embargo, la cual tiende a garantizar plenamente los resultados de un proceso, colocando el bien por fuera del comercio jurídico. Generalmente se trata de un embargo previo decretado en un proceso ejecutivo, con base en el Código de Procedimiento Civil.

Es necesario distinguir entre dos situaciones que se pueden presentar cuando estamos frente a la anotación de un embargo. Puede ocurrir que la medida aún se encuentre vigente o que haya sido cancelada en algún momento.

En el evento de encontrarse vigente el embargo, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable para la celebración de cualquier acto dispositivo. Por lo tanto, el inmueble no puede ser vendido o enajenado de otra forma, ni ser aceptado en garantía hipotecaria mientras no aparezca completamente cancelada la medida cautelar. Se recomienda entonces, acudir ante a la autoridad que ordenó el embargo para determinar el estado actual del proceso, porque hay ocasiones en que se comprueba que ya fue ordenado el levanta-

tamiento de la medida, pero el oficio respectivo nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos. Ahora bien, si aún no se ha ordenado el desembargo, deben cumplirse las exigencias necesarias para lograrlo de acuerdo con el tipo de proceso; como sería el caso de pagar íntegramente la obligación cuando se pretenda terminar un proceso ejecutivo.

A pesar de encontrarse vigente el embargo, cabe también la posibilidad de realizar la enajenación del inmueble o la constitución de hipoteca sobre el mismo, cuando se obtiene la autorización del juez que ordenó el embargo o el consentimiento del acreedor que solicitó la medida cautelar. En ambos casos, el documento respectivo debe protocolizarse con la escritura pública para efectos probatorios.

De acuerdo con el numeral tercero del artículo 1521 del Código Civil, habría objeto ilícito cuando se enajena o se constituye hipoteca sobre el inmueble embargado, sin que exista en ese momento la autorización judicial o el consentimiento del acreedor. Un acto jurídico que tenga objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil, quedaría viciado de nulidad absoluta, la cual puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez al aparecer de manera evidente o puede alegarse por cualquier interesado, como un acreedor o un heredero del enajenante o del constituyente de la hipoteca.

De otro lado, cuando se observa que en el certificado de tradición y libertad se anotó un embargo pero fue cancelado posteriormente, antes de emitir un concepto favorable para el estudio de títulos, debe hacerse un análisis detenido de los actos jurídicos celebrados entre el momento en que se registró la medida cautelar y el momento en que se ordenó el desembargo. En nuestro medio es frecuente conceptuar favorablemente con la sola verificación del levantamiento del embargo, ignorando así los vicios jurídicos que afectan la titulación del inmueble durante el mencionado intervalo. A tal proceder contribuye el hecho consistente en que después del embargo, la anotación que seguramente aparecerá a continuación en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria es precisamente el desembargo, y por lo tanto, el error es inducido por mal manejo visual. Para evitarlo, se recomienda entonces dejar a un lado el orden de las anotaciones y tener en cuenta las fechas en que se ordenaron y registraron, tanto el embargo como el desembargo.

Una vez delimitados los actos jurídicos que se celebraron durante el lapso en que la medida cautelar estuvo vigente, podemos clasificarlos en distintas categorías; así encontraremos que la realización de ciertos actos como el arrendamiento por ejemplo, no afectan la favorabilidad del concepto ya que si bien el inmueble estaba fuera del comercio, nada impedía que el mismo fuera objeto de un contrato que no implica enajenación; tampoco la constitu-

ción de hipotecas durante ese lapso debe afectar el concepto favorable ya que si fueron canceladas posteriormente, carece completamente de sentido examinar los vicios jurídicos que tuvieron. Además, conviene tener en cuenta que la invalidez de tal hipoteca no perjudica a quien está interesado en adquirir el inmueble o en aceptarlo precisamente, en una garantía hipotecaria posterior.

El acto jurídico celebrado mientras estuvo vigente el embargo, sin autorización judicial ni consentimiento del acreedor, puede dar lugar a un concepto desfavorable cuando sirve de título de adquisición para alguno de quienes figuran en la historia de propietarios que ha tenido el inmueble. Para llegar a esta conclusión, se debe tener en cuenta que había un objeto ilícito en la respectiva enajenación y que por lo tanto, el acto jurídico quedó viciado de nulidad absoluta, la que en esta hipótesis no es saneable mediante ratificación de las partes de acuerdo con lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil. Sólo cabría entonces, la posibilidad de esperar que transcurra el lapso de 20 años, necesario para alegar la prescripción.

Desafortunadamente, en nuestro medio existe la falsa creencia de que en la compraventa o en cualquier acto jurídico de enajenación que recaiga sobre un inmueble embargado no hay objeto ilícito y por tanto, goza de plena validez, siempre y cuando el registro de la escritura pública se haya efectuado con posterioridad a la fecha de embargo. Esa apreciación errónea se basa en lo sostenido durante cierto tiempo por la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance de la palabra "enajenación" utilizada por el ya mencionado artículo 1521 del Código Civil; jurisprudencia que afortunadamente fue corregida hace varios años. Pensar de esa manera, equivalía en la práctica a sostener que casi nunca existía objeto ilícito frente a inmuebles embargados ya que obviamente, la respectiva escritura pública contentiva del acto jurídico no era admitida para su inscripción en el registro de instrumentos públicos mientras subsistiera la medida cautelar, haciendo entonces nugatoria la consagración legal del vicio jurídico correspondiente a tal evento. Es más, quienes aún defienden la validez de una compraventa de bienes embargados, desconocen abiertamente que el artículo 1866 del Código Civil sólo permite vender las cosas cuya enajenación no está prohibida por la ley.

Debido a lo anterior, podríamos concluir que si el artículo 1521 del Código Civil prohíbe enajenar "las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello", y el artículo 1866 del mismo estatuto sólo permite vender "todas las cosas corporales o incorporeales cuya enajenación no esté prohibida por la ley", entonces no está permitida la venta de bienes embargados.

2.2. INSCRIPCIÓN DE UNA DEMANDA

Otra figura que puede aparecer inscrita en el certificado de tradición y libertad es la inscripción de una demanda. Se trata de una medida cautelar consagrada en el Código de Procedimiento Civil para algunos procesos ordinarios.

La inscripción de la demanda se ordena en procesos en los que se disputa el dominio u otro derecho real de manera directa, consecencial o subsidiaria. También procede cuando la controversia se refiere a universalidades de bienes, de hecho o de derecho, tal como ocurre en los procesos sucesorales.

A diferencia del embargo, la inscripción de la demanda no pone el inmueble por fuera del comercio, pero el adquirente posterior queda sujeto a los resultados de la sentencia que se profiera en el proceso.

Debido a lo anterior, es necesario precisar el alcance que puede tener dicha medida para el concepto que se emita en un estudio de títulos ya que no es acertado darle idéntico tratamiento a un embargo y a una inscripción de la demanda.

De manera semejante al embargo, es necesario distinguir entre 2 situaciones que se pueden presentar: La inscripción de la demanda puede estar vigente o pudo haber sido cancelada. Cuando la inscripción de la demanda no aparece cancelada, se deben evitar las conclusiones apresuradas que lleven a la emisión de un concepto desfavorable o favorable sin argumentación suficiente.

Emitir un concepto desfavorable por la única razón de no haber aún sido cancelada la medida, significa que la inscripción de la demanda se está asimilando erróneamente al embargo y que hay objeto ilícito en la enajenación de especies litigiosas. Por otra parte, conceptuar favorablemente con base en que el bien no se encuentra por fuera del comercio, equivale a desconocer el riesgo que asume el adquirente o el acreedor hipotecario, quienes se sujetarían a los resultados de una decisión judicial que puede perjudicarles.

Teniendo en cuenta las razones expuestas, se recomienda acudir ante el juez que ordenó la inscripción de la demanda para comprobar si el respectivo proceso aún se encuentra vigente porque en ocasiones el proceso ya terminó pero el oficio en el que se ordena el levantamiento de la medida cautelar, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos.

En caso de encontrarse el proceso en trámite y que el juez no haya ordenado levantar la medida, se recomienda evaluar con asesoría especializada, qué probabilidades existen de una decisión a favor o en contra del demandante.

Si se concluye que no van a prosperar las pretensiones del demandante, consideramos que el adquirente o el acreedor hipotecario deben decidir si asumen o no el riesgo respectivo. Al respecto, conviene anotar que la mayoría de las entidades financieras no aceptan inmuebles sobre los que pesa una medida cautelar de inscripción de la demanda, porque mantienen el criterio de no financiar litigios con recursos provenientes del público.

Cuando se concluye que sí van a prosperar las pretensiones del demandante, consideramos que antes de emitir un concepto desfavorable se debe examinar hasta qué punto tiene o no importancia la decisión judicial, ya que en algunas ocasiones no quedará afectado con la sentencia la totalidad del inmueble, sino apenas una parte insignificante del mismo, tal como puede ocurrir en los predios rurales o incluso en lotes situados dentro de las áreas urbanas, frente a un proceso de deslinde y amojonamiento.

De otro lado, cuando la inscripción de la demanda ya fue cancelada, no es necesario cuestionar por ese motivo los actos jurídicos celebrados mientras duró vigente la medida. Es conveniente recordar que durante ese lapso, el inmueble estaba dentro del comercio y por lo tanto, no hubo objeto ilícito en la enajenación del bien en litigio, lo cual nos permite afirmar que por esta razón no se afecta la validez de los actos jurídicos que sirvieron como título de adquisición del inmueble, mientras la demanda estuvo inscrita.

2.3. GRAVAMEN DE VALORIZACIÓN

El Estado puede financiar total o parcialmente sus proyectos de uso público, mediante una contribución a cargo de los propietarios y poseedores de los inmuebles que se benefician económicamente de la ejecución de la obra.

De acuerdo con el Decreto 1604 de 1966, la contribución de valorización es un gravamen real que recae sobre el inmueble. Por lo tanto, se inscribe en el folio de matrícula inmobiliaria de todos los bienes gravados.

Cuando en el certificado de tradición y libertad aparezca registrado un gravamen de valorización, se debe primero verificar si ya fue cancelado o si aún figura como vigente.

En el evento de aparecer el gravamen de valorización debidamente cancelado, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable, y no es necesario cuestionar por ese motivo la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrita la contribución. Lo anterior, se debe a que un gravamen de valorización no saca totalmente el inmueble del comercio y por lo tanto, puede ser enajenado cumpliendo ciertos requisitos establecidos en el mencionado decreto.

En otras ocasiones, el gravamen de valorización fue debidamente cancelado por la entidad pública que lo había decretado, pero el oficio respectivo nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión, se soluciona simplemente con el trámite de hacer el registro correspondiente.

Ahora bien, cuando el gravamen de valorización aún está vigente, el concepto del estudio de títulos depende del interés del adquirente o del acreedor hipotecario en asumir el pago de dicha contribución. Por lo tanto, el concepto debe ser desfavorable en caso de pretender que el inmueble quede libre de esta obligación con el Estado.

Cuando el interesado en el estudio de títulos decide asumir el pago de la contribución, el concepto puede ser favorable, siempre y cuando la entidad pública que decretó el gravamen autorice expresamente la inscripción de la escritura pública de enajenación o de constitución de hipoteca. Para tal autorización, la entidad exige que el contribuyente esté a paz y salvo en el pago de las cuotas exigibles así esté pendiente el resto de la contribución. Sin este requisito no se puede inscribir en el registro de instrumentos públicos ninguna escritura pública o providencia que implique la disposición o constitución de gravámenes sobre el inmueble.

2.4. PATRIMONIO DE FAMILIA

Sobre muchos inmuebles de medio o bajo estrato socioeconómico recae el denominado patrimonio de familia inembargable y por lo tanto no hacen parte, en principio, de la prenda general de los acreedores ni pueden ser enajenados o hipotecados libremente.

Aunque actualmente la figura del patrimonio de familia tiene como fundamento el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, en realidad ha venido operando desde que fue establecida y regulada por la Ley 70 de 1931; ampliada en sus alcances mediante la Ley 91 de 1936, la Ley 9 de 1989 y la Ley 3 de 1991.

Respecto al patrimonio de familia, es necesario distinguir entre dos situaciones: Puede ocurrir que se constituya con posterioridad al estudio de títulos o que aparezca anotado en el certificado de tradición y libertad.

En realidad, al momento de efectuar el estudio de títulos puede observarse en el folio de matrícula inmobiliaria que el patrimonio de familia inembargable no recae aún sobre el inmueble, pero que de acuerdo con la ley, el bien quedará sometido a ese régimen especial como consecuencia de su adquisición. Por lo tanto, es conveniente tener en cuenta las principales reglas de su constitución y las consecuencias más destacables de esta figura.

El patrimonio de familia se puede constituir mediante un proceso judicial o en la misma escritura en que se adquiere el inmueble. En el primer caso, la constitución es voluntaria, se aplica para inmuebles de valor no superior a diez mil pesos y se rige por el trámite señalado en la Ley 70 de 1931, el cual no se utiliza hoy en día por obvias razones. En el segundo evento, la constitución es obligatoria y se debe efectuar, según la Ley 9 de 1989, cuando se compra o adquiere una vivienda de interés social a una persona jurídica, como sería el caso de sociedades constructoras o entidades de carácter oficial que adelantan planes de vivienda dirigidos a las clases populares.

De acuerdo con lo anterior, el patrimonio de familia no se tiene ni se puede constituir mediante escritura pública, cuando se compra una vivienda que por su apreciable valor, no se considera como de interés social, ni cuando se adquiere un inmueble que no se encuentra destinado a vivienda, como sería el caso de un parqueadero, un cuarto útil, una oficina, una bodega o un local comercial, etc. Tampoco se tiene ni se puede constituir, cuando adquiere una vivienda de interés social a una persona natural.

Es necesario precisar que el patrimonio de familia se debe constituir obligatoriamente a pesar de que el inmueble sea adquirido solamente por una persona soltera que no tiene hijos menores de edad. También se debe constituir obligatoriamente a pesar de que los adquirentes sean varias personas que entre ellas no tengan vínculo matrimonial vigente, unión marital de hecho o parentesco de consanguinidad, como ocurre cuando adquieren padre e hijo, dos hermanos, tres amigos o cinco compañeros de estudio.

También es conveniente anotar que el comprador o los beneficiarios no pueden, ni siquiera de común acuerdo, renunciar a la constitución del patrimonio de familia inembargable, en los casos en los que esta figura se establece de manera obligatoria en la escritura de adquisición. Además, el patrimonio de familia se debe constituir a pesar de que el comprador sea propietario de otros inmuebles y que sobre algunos de ellos ya se haya constituido patrimonio de familia.

Si debido a las anteriores circunstancias, sobre el inmueble se constituye patrimonio de familia, se debe tener en cuenta que el inmueble en principio es inembargable y que únicamente puede ser embargado por la persona que financió su adquisición, construcción o mejora; tal situación podría ocurrir con la corporación de ahorro y vivienda, la compañía en que labora el comprador y que le aprobó un crédito e incluso, la sociedad vendedora que concedió un plazo para el pago del precio estipulado. De esto último se deduce que el inmueble constituido en patrimonio de familia, no hace parte de la prenda general de los acreedores y que sólo es embargable excepcionalmente. En este orden de ideas, cuando una corporación de ahorro y vivienda o la compa-

ña en que labora el comprador tienen a su favor constituida una hipoteca sobre el inmueble, no pueden embargarlo para garantizar el pago de obligaciones originadas en créditos de consumo o de libre inversión.

De otro lado, si en el certificado de tradición y libertad aparece anotado el patrimonio de familia inembargable, se debe primero verificar si aún se encuentra vigente o si ya fue cancelado con anterioridad.

Si el patrimonio de familia inembargable aún está vigente, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable, mientras no se haya cancelado por todos los beneficiarios mediante escritura pública que debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos. Tal decisión se basa en que el bien sobre el que recae patrimonio de familia no puede ser enajenado ni hipotecado ya que habría objeto ilícito en el respectivo acto jurídico y por tanto, quedaría viciado de nulidad absoluta, la cual puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez al aparecer de manera evidente o puede alegarse por cualquier interesado, como un acreedor del enajenante o del constituyente de la hipoteca.

La escritura pública mediante la que se cancela el patrimonio de familia, debe ser suscrita por los compradores constituyentes, por sus respectivos cónyuges y por un curador ad hoc que actúa en nombre de los hijos menores de cada uno de los compradores. Dicho curador es designado por el juez de familia y para ello, se debe adelantar previamente un proceso de jurisdicción voluntaria. Tradicionalmente se viene exigiendo que dicho instrumento de cancelación también sea suscrito por el representante legal de la corporación de ahorro y vivienda que financió la adquisición del inmueble.

Respecto a los hijos menores, es necesario aclarar que son beneficiarios del patrimonio de familia, todos los hijos menores de cada uno de los compradores, tanto los que tenían al momento de adquirir el inmueble como los que tuvieron posteriormente. En ambos casos, cada hijo va dejando de ser beneficiario del patrimonio al momento en que llega a la mayoría de edad.

También se debe tener en cuenta que el patrimonio de familia subsiste a favor del cónyuge beneficiario, incluso después de la disolución del matrimonio o sea que no se extingue con la declaratoria de nulidad del vínculo, ni con el divorcio o la cesación de efectos civiles de cualquier tipo de matrimonio. Con mayor razón, el patrimonio de familia subsiste a favor del cónyuge beneficiario, a pesar de haberse efectuado la separación de cuerpos temporal o definitiva, o de haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal.

Ahora bien, resta comentar que en caso de producirse la muerte de uno de los cónyuges beneficiarios, el patrimonio de familia subsiste en favor del cónyuge sobreviviente y ante el evento de la muerte de ambos cónyuges be-

neficiarios, el patrimonio de familia también subsiste, si quedaron en ese momento hijos menores de alguno de ellos y sólo se extingue, cuando todos los hijos llegan a la mayoría de edad. Al respecto, se recomienda que la extinción del patrimonio de familia conste, de todos modos, en una escritura pública otorgada por el actual titular del derecho de dominio sobre el inmueble, la cual debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos para que ante terceros, el bien aparezca completamente libre de patrimonio de familia y no se inadmita la inscripción de actos jurídicos dispositivos sobre el mismo o se mantengan obstáculos a futuras negociaciones.

En algunas ocasiones, se puede presentar el caso de haberse cancelado debidamente el patrimonio de familia inembargable, pero en el certificado de tradición y libertad continúa figurando anotado; tal situación se puede originar quizás, en que la escritura pública mediante la cual se canceló el patrimonio, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión, se soluciona simplemente cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

De otro lado, cuando el patrimonio de familia inembargable ya aparece cancelado en el certificado de tradición y libertad, es conveniente analizar detenidamente la validez de los actos jurídicos celebrados entre el momento en que se registró el patrimonio y el momento en que fue cancelado. En nuestro medio, es frecuente conceptuar favorablemente con la sola verificación del levantamiento del patrimonio, ignorando así los vicios jurídicos que afectan la titulación del inmueble durante el mencionado intervalo. A tal proceder contribuye el hecho consistente en que después del patrimonio de familia, la anotación que seguramente aparecerá a continuación en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria es precisamente la cancelación del patrimonio y por lo tanto, el error es inducido por un mal manejo visual. Para evitarlo, se recomienda entonces dejar a un lado el orden de las anotaciones y tener en cuenta las fechas en que se celebraron y registraron cada uno de los actos.

Una vez delimitados los actos jurídicos que se celebraron durante el lapso en que el patrimonio de familia inembargable estuvo vigente, podemos clasificarlos en distintas categorías; así encontraremos que la realización de ciertos actos como el arrendamiento por ejemplo, no afectan la favorabilidad del concepto ya que si bien el inmueble estaba fuera del comercio, nada impide que el mismo sea objeto de un contrato que no implica enajenación; tampoco la constitución de hipotecas durante ese lapso debe afectar el concepto favorable ya que si fueron canceladas posteriormente, carece de sentido examinar los vicios jurídicos que tuvieron. Además, conviene tener en cuenta que la invalidez de tal hipoteca no perjudica a quien está interesado en adquirir el inmueble o en aceptarlo precisamente en una garantía hipotecaria posterior.

El acto jurídico celebrado mientras estuvo vigente el patrimonio, puede dar lugar a un concepto desfavorable cuando sirve de título de adquisición para alguno de quienes figuran en la historia de propietarios que ha tenido el inmueble. Para llegar a esta conclusión, se debe tener en cuenta que había objeto ilícito en la respectiva enajenación y que por lo tanto, al acto jurídico quedó viciado de nulidad absoluta, la que en esta hipótesis, no es saneable mediante ratificación de las partes, según lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil. Sólo cabría entonces, la posibilidad de esperar que transcurra el lapso de 20 años, necesario para alegar la prescripción.

2.5. AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR

En los últimos años, es frecuente encontrar muchos inmuebles de cualquier estrato socioeconómico afectados a vivienda familiar y por lo tanto, excluidos en principio de la prenda general de los acreedores y sólo pueden ser enajenados o hipotecados con el cumplimiento de ciertos requisitos.

En Colombia, la afectación a vivienda familiar fue establecida por la Ley 258 de 1996 y cumplió el doble propósito de ampliar el alcance legal del patrimonio de familia inembargable a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 y de evitar que se defraudara el régimen de sociedad conyugal o el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Por eso algunos conocen dicha norma como la "Ley de la doble firma".

Respecto a la afectación a vivienda familiar es necesario distinguir entre dos situaciones: puede ocurrir que se constituya con posterioridad al estudio de títulos o que aparezca anotada en el certificado de tradición y libertad.

En realidad, al momento de efectuar el estudio de títulos puede observarse en el folio de matrícula inmobiliaria, que el inmueble no se encuentra afectado a vivienda familiar, pero que por ministerio de la ley, quedará sometido a ese régimen como consecuencia de su adquisición. Por lo tanto, es conveniente tener en cuenta las principales reglas de su constitución y las consecuencias más destacables de esta figura.

La afectación a vivienda familiar puede constituirse, por ministerio de la ley al momento de adquirir el inmueble, o mediante un trámite notarial promovido de mutuo acuerdo, o mediante un procedimiento adelantado ante el juez de familia del lugar de ubicación del inmueble. De estas tres situaciones nos interesa detenernos en la primera, ya que es la que se puede presentar como consecuencia de la adquisición del inmueble objeto del estudio de títulos.

La afectación a vivienda familiar opera por ministerio de la ley respecto a cualquier clase de vivienda adquirida en su totalidad por una persona casada o en unión marital de hecho, siempre y cuando el bien esté destinado a la habitación de la familia. Por lo tanto, cuando se compra una vivienda que por su apreciable valor no se considera de interés social, el inmueble queda de todas maneras afectado a vivienda familiar desde que se cumplan los otros requisitos establecidos por la ley. Para la afectación a vivienda familiar, es indiferente que el vendedor sea una persona natural o una persona jurídica. Por el contrario, la afectación a vivienda familiar no opera por ministerio de la ley cuando se adquiere un inmueble que no se encuentra destinado a vivienda, como sería el caso de un parqueadero, un cuarto útil, una oficina, una bodega, un local comercial, etc... Tampoco opera la afectación cuando se adquiere una vivienda que no estará destinada a la habitación de la familia sino al arrendamiento a terceros o a la inversión para ser enajenada posteriormente.

Es necesario precisar que la afectación a vivienda familiar solamente opera cuando la totalidad del inmueble es adquirida por uno de los cónyuges o compañeros permanentes y con mayor razón, cuando la totalidad es adquirida por ambos cónyuges o compañeros permanentes. Por lo tanto, no opera la afectación cuando los adquirentes sean varias personas que entre ellas no tengan vínculo matrimonial vigente o unión marital de hecho, así exista parentesco de consanguinidad, como ocurre cuando adquieren padre e hijo, dos hermanos, tres amigos o cinco compañeros de estudio. Tampoco opera la afectación, cuando el comprador es soltero y no se encuentra en unión marital de hecho, aunque sí tenga uno o varios hijos menores de edad.

También es conveniente anotar que en la escritura pública mediante la cual se adquiera el inmueble, ambos cónyuges o compañeros permanentes sí pueden, de común acuerdo, renunciar a la afectación a vivienda familiar, pero si se omite la afectación sin que se haya renunciado conjuntamente, el acto jurídico que sirve como título de adquisición, queda viciado de nulidad absoluta, según lo dispuesto en el último inciso del artículo 60. de la Ley 258 de 1996.

Si debido a las anteriores circunstancias, el inmueble quedó afectado a vivienda familiar, se debe tener en cuenta que el inmueble en principio es inembargable y que únicamente puede ser embargado en ejercicio de la acción real derivada de una hipoteca constituida con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar o de una hipoteca constituida posteriormente para garantizar préstamos destinados a la adquisición, construcción o mejora de la vivienda; tal situación podría ocurrir con la incorporación de ahorro y vivienda que efectuó el desembolso de un crédito hipotecario, la compañía en que labora el comprador y que le hizo un crédito garantizado con hipoteca e incluso, el vendedor que concedió un plazo para el pago del precio estipulado

y lo garantizó con una hipoteca constituida a su favor por parte del comprador. De esto último se deduce que el inmueble afectado a vivienda familiar no hace parte de la prenda general de los acreedores y que sólo es embargable excepcionalmente. En este orden de ideas, cuando una corporación de ahorro y vivienda o la compañía en que labora el comprador tienen a su favor la hipoteca sobre el inmueble, constituida con posterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar, no pueden embargarlo para garantizar el pago de obligaciones originadas en créditos de consumo o de libre inversión.

De otro lado, si en el certificado de tradición y libertad aparece anotada la afectación a vivienda familiar, se debe primero verificar si aún se encuentra vigente o si ya fue cancelada con anterioridad.

Si la afectación a vivienda familiar aún se encuentra vigente, seguramente quienes sometieron el inmueble a ese régimen, son los actuales propietarios. En tal caso, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario exigir en todos los casos, que se cancele expresamente la afectación siempre y cuando la enajenación o la hipoteca del inmueble, cuente con el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros permanentes, lo cual se entiende expresado como la firma de cada uno de ellos en la respectiva escritura pública.

Es necesario aclarar que en el caso de la hipoteca constituida estando vigente la afectación a vivienda familiar, así la escritura pública sea otorgada con el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros permanentes, el gravamen sólo servirá para garantizar préstamos destinados a la adquisición, construcción o mejora de la vivienda. Por lo tanto, si se pretende con dicha hipoteca garantizar el pago de obligaciones originadas en créditos de consumo o de libre inversión, el concepto en el estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no se haya cancelado la afectación a vivienda familiar por parte de ambos cónyuges o compañeros permanentes, mediante escritura pública que debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos.

A pesar de lo expuesto, en los casos de enajenación del inmueble, se acostumbra en muchas notarías cancelar previa y expresamente la afectación a vivienda familiar. Con este trámite se pretende que el inmueble aparezca libre de la afectación en el certificado de tradición y libertad y se eliminen por completo obstáculos a futuras negociaciones.

Cuando un inmueble afectado a vivienda familiar se enajena o hipoteca por parte de uno solo de los cónyuges o compañeros permanentes, sin contar con el consentimiento del otro mediante la firma en la respectiva escritura pública, el acto jurídico queda viciado de nulidad absoluta, según lo dispuesto en el último inciso del artículo 60. de la Ley 258 de 1996.

De todos modos, es necesario advertir que la afectación a vivienda familiar puede ser cancelada en cualquier momento por ambos cónyuges o compañeros permanentes mediante escritura pública que se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos, quedando así en el certificado de tradición y libertad que el inmueble se encuentra libre de tal afectación. Debido a que los hijos menores de edad no son beneficiarios legales de la afectación a vivienda familiar para otorgar la escritura pública de cancelación, no se requiere, afortunadamente, la intervención de un curador ad hoc designado mediante previo proceso judicial. Tampoco se exige que dicho instrumento sea suscrito por el representante legal de la corporación de ahorro y vivienda que financió la adquisición del inmueble.

También debemos agregar que a solicitud de uno de los cónyuges, se puede levantar judicialmente la afectación a vivienda familiar cuando entre otras causales, se demuestre que existe otra vivienda afectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá, cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas por la ley, cuando se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges o compañeros permanentes, cuando judicialmente se declare la ausencia o incapacidad civil de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, etc. Igualmente, se puede solicitar el levantamiento judicial de la afectación a vivienda familiar demostrando un justo motivo, por parte de uno de los cónyuges, del ministerio público o cualquier tercero perjudicado o defraudado con la afectación. De acuerdo con lo anterior, judicialmente se puede levantar la afectación a vivienda familiar frente a situaciones como la nulidad del vínculo matrimonial, el divorcio o la cesación de efectos civiles de cualquier tipo de matrimonio y la separación de cuerpos definitiva, puesto que en tales eventos, se ordena la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Ahora bien, resta comentar que en el caso de producirse la muerte real o presunta de uno solo o de ambos cónyuges o compañeros permanentes, la afectación a vivienda familiar se extingue de pleno derecho sin necesidad de pronunciamiento judicial. Al respecto, se recomienda que la extinción de la afectación a vivienda familiar conste de todos modos, en una escritura pública otorgada por el actual titular del derecho de dominio sobre el inmueble, la cual debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos para que ante terceros, el bien aparezca completamente libre de la afectación a vivienda familiar y se eliminen obstáculos a futuras negociaciones.

En algunas ocasiones se puede presentar el caso de haberse cancelado debidamente la afectación a vivienda familiar, pero en el certificado de tradición y libertad continúa figurando como vigente; tal situación se puede originar quizás, en que la escritura pública mediante la cual se canceló la afectación, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal

omisión se soluciona simplemente cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

De otro lado, cuando la afectación a vivienda familiar ya aparece cancelada en el certificado de tradición y libertad, es conveniente analizar detenidamente la validez de los actos jurídicos celebrados entre el momento en que se registró la afectación y el momento en que se levantó.

Una vez delimitados los actos jurídicos que se celebraron durante el lapso en que la afectación a vivienda familiar estuvo vigente, podemos clasificarlos en distintas categorías; así encontraremos que la realización de ciertos actos como el arrendamiento por ejemplo, no afectan la favorabilidad del concepto ya que el inmueble no estaba fuera del comercio y nada impide que el mismo sea objeto de un contrato que no implica enajenación; tampoco la constitución de hipotecas durante ese lapso, debe afectar el concepto favorable ya que si fueron canceladas posteriormente, carece de sentido examinar los vicios jurídicos que tuvieron. Además conviene tener en cuenta que la invalidez de tal hipoteca no perjudica a quien está interesado en adquirir el inmueble o en aceptarlo precisamente, en una garantía hipotecaria posterior. En cambio, cuando el acto jurídico sirve de título de adquisición para alguno de quienes figuran en la historia de propietarios que ha tenido el inmueble, se debe comprobar que la enajenación haya contado con el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros permanentes, mediante la firma en la respectiva escritura pública; de no cumplirse este requisito, el acto jurídico está viciado de nulidad absoluta, según lo dispuesto en el último inciso del artículo 6o. de la Ley 258 de 1996.

2.6. HIPOTECA

En nuestro ordenamiento jurídico se puede hablar de la hipoteca no sólo como un contrato sino también como un derecho real mediante el cual un inmueble queda afectado al cumplimiento de una obligación propia o ajena, sin que tal gravamen implique la desposesión actual del propietario, de manera tal que ante el incumplimiento del deudor, pueda el acreedor embargar y rematar el bien en manos de quien lo posea y cobrar sobre el precio con preferencia a otros acreedores.

Dependiendo de la obligación garantizada, una hipoteca puede clasificarse en cerrada o abierta. La hipoteca cerrada garantiza una obligación claramente señalada en el acto constitutivo, como sería el caso de una suma de dinero entregada a título de mutuo o parte del precio pactado en un contrato de compraventa. La hipoteca abierta garantiza obligaciones presentes y futuras y puede ser limitada en su cuantía o por el contrario, ser de cuantía indeterminada.

nada. Por eso se habla de hipoteca abierta con límite de cuantía y de hipoteca abierta sin límite de cuantía.

Cuando en el certificado de tradición y libertad aparece anotada una hipoteca, se debe primero verificar si ya fue cancelada o si aún figura como vigente.

En el evento de aparecer la hipoteca debidamente cancelada, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo, la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrita la hipoteca. Lo anterior, se debe a que un gravamen hipotecario no saca el inmueble del comercio y por lo tanto, puede ser enajenado libremente e incluso hipotecado varias veces. En tal caso, existirán hipotecas de primer grado, segundo grado, tercer grado, etc., dependiendo del orden de inscripción en el registro de instrumentos públicos.

En muchas ocasiones la hipoteca que aparece como vigente en el certificado de tradición y libertad ya fue debidamente cancelada mediante escritura pública, pero el certificado de cancelación expedido por el notario nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión se soluciona simplemente con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura. Una forma práctica para determinar los datos relativos a la escritura de cancelación, consiste en acudir al protocolo de la notaría en que se constituyó la hipoteca y observar en la primera hoja de la respectiva escritura, un sello de cancelación que contiene la información requerida. También puede suceder que se trate de una hipoteca de mayor extensión cuya cancelación mediante escritura pública, fue inscrita únicamente en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al predio de mayor extensión, pero que tal anotación no se trasladó automáticamente al folio de matrícula inmobiliaria del bien segregado; tal omisión se soluciona simplemente formulando la respectiva solicitud de corrección ante el encargado del registro de instrumentos públicos.

Ahora bien, cuando se comprueba que la hipoteca no ha sido cancelada mediante escritura pública, se debe determinar si la obligación garantizada ya se extinguió o si todavía subsiste. Para este análisis se debe tener en cuenta la ya mencionada clasificación de la hipoteca en cerrada y abierta.

La obligación principal, garantizada con una hipoteca cerrada, se pudo haber extinguido por alguno de los modos establecidos por el Código Civil o sea, la solución o pago, la compensación, la confusión, la novación y la prescripción extintiva, entre otros.

De los modos extintivos de las obligaciones se presentan con mayor frecuencia, el pago o la prescripción extintiva y, por lo tanto, es conveniente detenerse en el tratamiento que se debe dar a cada uno de ellos.

Si la obligación garantizada con una hipoteca cerrada se extinguió por el pago íntegro o sea, por el cumplimiento de la prestación, se debe exigir al acreedor que suscriba la escritura pública en que declare extinguida la deuda y como consecuencia de ello cancele la hipoteca que la garantizaba. Dicha escritura debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos, para que así el inmueble aparezca completamente libre del gravamen en el certificado de tradición y libertad. Al respecto, cabe advertir que pudo haberse cedido el crédito hipotecario a un tercero distinto al acreedor inicial y en tal evento, será el cesionario la única persona legitimada para efectuar la cancelación. Por lo tanto, se debe comprobar que al momento de autorizar la cancelación, el notario dejó constancia de haber observado la primera copia de la escritura de hipoteca o sea la que presta mérito ejecutivo y que en ella constaba la nota de cesión. También puede haber fallecido el acreedor y en este caso, los herederos podrán efectuar la respectiva cancelación demostrando plenamente tal calidad.

Ahora bien, cuando es imposible localizar al acreedor para que suscriba la escritura pública de cancelación de una hipoteca cerrada, se puede obtener entonces una decisión judicial que la ordene, demostrando que ya se pagó la obligación principal que garantizaba. Copia de la providencia preferida por el juez, se protocoliza por el interesado con una escritura pública que luego debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos, para que así el inmueble aparezca completamente libre del gravamen en el certificado de tradición y libertad.

Cuando ya ha transcurrido el término establecido por la ley para que se pueda alegar la prescripción extintiva de la obligación principal garantizada con la hipoteca cerrada, se puede acudir a un proceso judicial que declare canceladas tanto la obligación como la hipoteca. En este caso, también debe el interesado protocolizar la providencia con una escritura pública e inscribir ésta en el registro de instrumentos públicos, constanding así en el folio de matrícula inmobiliaria, que el inmueble ya quedó libre del gravamen.

Si la obligación principal garantizada con una hipoteca cerrada todavía subsiste, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no se extinga por alguno de los modos establecidos por la ley. Debido a lo anterior, se puede sugerir al interesado el pago inmediato de la obligación al acreedor, al cesionario o a los herederos, según el caso, para que así les pueda exigir que suscriban la respectiva escritura pública de cancelación. También se puede recomendar al interesado que examine la posibilidad de extinguir la obligación garantizada, con los modos de confusión o compensación, si se reúnen los requisitos legales establecidos para ello, o esperar que transcurra el tiempo necesario para alegar la prescripción extintiva. Incluso se puede proponer al acreedor que acepte la sustitución de garantía cancelando la hipoteca

que recaer sobre el inmueble y aceptando que se constituya sobre otro diferente o que sea reemplazada por una garantía personal como la fianza o la solidaridad pasiva.

De otro lado, cuando la hipoteca es abierta puede ser factible que algunas de las obligaciones ya se hayan cancelado pero que otras aún subsistan. Por lo tanto, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable mientras el acreedor no declare expresamente mediante escritura pública, que fueron extinguidos todos los créditos a su favor y como consecuencia de ello, cancele la hipoteca respectiva. Dicha escritura debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos, para que así el inmueble aparezca completamente libre del gravamen en el certificado de tradición y libertad. Se observa con mucha frecuencia que en el folio de matrícula inmobiliaria aún figuran como vigentes hipotecas abiertas a favor de corporaciones de ahorro y vivienda o de otras instituciones financieras ya que con posterioridad al pago de la obligación, nunca se acudió ante la entidad para solicitar que autorizara la cancelación. En tal caso, debe hacerse el trámite completo, iniciando las diligencias en la respectiva entidad acreedora que corresponda a cada una de las hipotecas.

A pesar de lo explicado en los párrafos anteriores, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable aún estando vigente la obligación garantizada con una hipoteca. Esto se debe a que el interesado acepta que sobre el inmueble se constituya una hipoteca de segundo, tercer o cuarto grado, según el caso, sacrificando en parte, el orden de preferencia para el pago de su crédito. Por lo tanto, antes de adoptar una decisión en tal sentido, se deben tener en cuenta factores tales como el monto de las obligaciones garantizadas con las hipotecas de mejor grado, el carácter abierto o cerrado de las mismas y el avalúo comercial del inmueble.

También puede emitirse concepto favorable, cuando el interesado en el estudio de títulos es la misma persona que tiene la calidad de acreedor en la hipoteca que aparece anotada en el certificado de tradición y libertad. Al respecto es importante tener en cuenta la distinción entre hipoteca abierta con límite de cuantía e hipoteca abierta sin límite de cuantía ya que, dependiendo del caso, es factible evitar la constitución de otra hipoteca sobre el mismo inmueble por parte de la misma persona que como deudora adquirirá la nueva obligación.

Cuando se trata de hipoteca abierta con límite de cuantía, se debe determinar si la suma de las obligaciones vigentes y la nueva obligación se encuentra dentro de dicho límite. Si ello ocurre, se puede conceptuar que no es necesaria la constitución de una nueva hipoteca; en caso contrario, se puede escoger entre la ampliación del límite mediante una escritura pública sometida al registro de instrumentos públicos o la constitución de una hipoteca abier-

ta sin límite de cuantía sobre el mismo inmueble, evitando así posteriores ampliaciones del límite.

Cuando se trata de hipoteca abierta sin límite de cuantía, debido a que ésta garantiza todas las obligaciones presentes o futuras contraídas por el deudor a favor del acreedor, no es necesaria la constitución de una nueva hipoteca, desde que se compruebe que el avalúo comercial del inmueble es suficiente para cubrir el monto de todas las obligaciones vigentes.

Hasta el momento hemos analizado la situación consistente en que la obligación garantizada con la hipoteca aún se encuentra vigente y el gravamen recae únicamente sobre el inmueble objeto del estudio de títulos. Sin embargo, muchas veces la hipoteca se constituyó sobre varios inmuebles conjuntamente o sobre un predio de mayor extensión del cual se originó posteriormente el bien sometido al estudio.

Cuando la hipoteca recae sobre varios inmuebles, no es imprescindible exigir su cancelación ya que a pesar de subsistir la obligación principal, algunos de los inmuebles hipotecados pueden servir de suficiente garantía y por lo tanto, se puede solicitar al acreedor que mediante escritura pública sometida al registro de instrumentos públicos, libere parcialmente el inmueble que va ser adquirido o aceptado en garantía hipotecaria por otra persona. En tal caso, la hipoteca seguirá recayendo únicamente sobre los bienes que no fueron liberados expresamente, mientras que el inmueble objeto del estudio de títulos, debe aparecer libre de dicho gravamen en el respectivo certificado de tradición y libertad.

Cuando la hipoteca recae sobre un predio de mayor extensión, tampoco es imprescindible exigir su cancelación ya que a pesar de subsistir la obligación principal, los otros inmuebles que se originaron en el mismo pueden servir de suficiente garantía y, por lo tanto, se puede solicitar al acreedor que mediante escritura pública sometida al registro de instrumentos públicos, desafecte el inmueble que va a ser adquirido o aceptado en garantía hipotecaria por otra persona. En tal evento, la hipoteca de mayor extensión seguirá recayendo únicamente sobre los bienes que no fueron desafectados expresamente, mientras que el inmueble objeto del estudio de títulos debe aparecer libre de dicho gravamen en el respectivo certificado de tradición y libertad. Es de anotar que si el predio de mayor extensión hipotecado, fue sometido al régimen de propiedad horizontal, la hipoteca también seguirá recayendo sobre todos los bienes comunes del edificio o conjunto residencial, a pesar de haberse desafectado del gravamen alguno de los inmuebles de dominio particular, como un apartamento, un parqueadero o un cuarto útil.

Debido a que muchos inmuebles se edifican por sociedades constructoras que desarrollan el proyecto con recursos provenientes de corporaciones de ahorro y vivienda, se constituye para garantizar el crédito, una hipoteca sobre el lote de terreno en el cual se levanta el edificio y que con posterioridad al registro del reglamento de propiedad horizontal, empieza a figurar como hipoteca de mayor extensión en los folios de matrícula inmobiliaria que se abren. En este orden de ideas, se puede solicitar la desafectación del inmueble objeto del estudio de títulos, pagando a la entidad financiera la suma que a manera de prorrata corresponda a dicho bien en el monto total de la deuda.

2.7. ANTICRESIS

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio consagran la anticresis como una garantía mediante la cual, el acreedor puede pagar el crédito a su favor con los frutos que produzca el inmueble del deudor.

La anticresis ha sido una figura de poca utilización práctica, aunque se ha exigido como garantía complementaria de los préstamos aprobatorios por el Banco Central Hipotecario y por algunas corporaciones de ahorro y vivienda. Por lo general, la anticresis se constituía conjuntamente con la hipoteca a favor de la entidad acreedora.

Debido a que la anticresis es un contrato real, o sea que se perfecciona con la entrega de la cosa, algunas entidades financieras vienen acudiendo entonces, a la figura de promesa de anticresis, que implica un acto jurídico que no es objeto de la inscripción en el registro de instrumentos públicos, a pesar de la interpretación errónea que al respecto se sostuvo hasta hace poco.

Cuando en el certificado de tradición y libertad aparece anotada una administración anticrética, se debe primero verificar si ya fue cancelada o si aún figura vigente.

Si la administración anticrética aparece debidamente cancelada, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo, la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrita la anticresis. Lo anterior se debe a que ni una administración anticrética ni una promesa de anticresis, sacan el inmueble del comercio y, por lo tanto, puede ser enajenado libremente.

En muchas ocasiones la administración anticrética aparece como vigente en el certificado de tradición y libertad, ya que fue debidamente cancelada mediante escritura pública, pero el certificado de cancelación expedido por el notario nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos pú-

blicos; tal omisión se soluciona simplemente con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

Cuando la obligación garantizada con administración anticrética se extinguió por el pago al acreedor o por cualquiera de los otros modos establecidos por la ley y debido a que generalmente, la anticresis se constituyó como complemento de una garantía hipotecaria, se recomienda verificar si en la escritura mediante la cual se canceló la hipoteca se expresó que también se cancelaba la administración anticrética. Si se comprueba que se cancelaron ambas garantías, basta formular la respectiva solicitud de corrección ante el encargado del registro de instrumentos públicos. Cuando por el contrario, se demuestra que únicamente se canceló la hipoteca y se omitió hacer referencia a la administración anticrética, se debe exigir al acreedor que suscriba la escritura pública en que declare también cancelada la anticresis. Dicha escritura debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos para que así el inmueble aparezca libre de la garantía en el certificado de tradición y libertad.

De igual manera, cuando la obligación principal garantizada con una administración anticrética todavía subsiste, tampoco se habrá cancelado aún la respectiva hipoteca y, por lo tanto, se deberán tener en cuenta las mismas recomendaciones formuladas para dicho gravamen. Lo anterior se debe a que la vigencia de ambas garantías corre por lo general, en forma similar y paralela.

2.8. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

De acuerdo con nuestro Código Civil, la condición resolutoria se podría definir como el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho o una obligación.

La condición resolutoria se suele clasificar en expresa y tácita. La condición resolutoria es expresa cuando es señalada de manera explícita y seguramente aparecerá anotada en el certificado de tradición y libertad. La denominada "condición resolutoria tácita" se deriva del incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes que celebraron un contrato bilateral como la compraventa y, por lo tanto, no figura inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria, pero se detecta al momento de leer algunas de las escrituras públicas que conforman la historia jurídica del inmueble. Es por tal razón, que nos referiremos a esta última en otra parte del ensayo.

En cuanto a la condición resolutoria expresa, podemos decir que frecuentemente se utilizó en la venta de inmuebles por parte del entonces denominado Instituto de Crédito Territorial o de otras entidades de derecho públi-

co. Los hechos futuros e inciertos que daban lugar a la resolución de la compraventa consistían, entre otros, en el arrendamiento o la enajenación del inmueble por parte del adquirente dentro de cierto tiempo, sin autorización expresa de la entidad vendedora y la mora en el pago de una de las cuotas pactadas para cubrir el precio, etc...

Cuando se estipula la resolución del contrato de compraventa por el hecho consistente en que el comprador no paga el precio convenido, estamos frente a lo que se denomina pacto comisorio, el cual se encuentra regulado en nuestro Código Civil.

En el evento de aparecer en el certificado de tradición y libertad que la condición resolutoria expresa fue debidamente cancelada, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo, la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrita la condición. Lo anterior, se debe a que una condición no saca el inmueble del comercio y por lo tanto, puede ser enajenado e hipotecado libremente.

Por el contrario, si la condición resolutoria expresa aún aparece vigente en el folio de matrícula inmobiliaria, se recomienda analizar con diferentes criterios la condición resolutoria expresa en general y el pacto comisorio en particular.

Frente a la condición resolutoria expresa en general, podemos concluir que si se trata de hechos inciertos diferentes al no pago del precio pactado en una compraventa, cabe en principio la posibilidad de verificar de algún modo, si tal hecho se cumplió o no. Si el hecho prevuto para resolver el contrato se realizó efectivamente, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable porque en tal caso existe el riesgo de que se resuelva judicialmente el acto jurídico mediante el cual adquirió el inmueble alguno de los que figuran como propietarios en la historia jurídica del inmueble y de acuerdo con el artículo 1548 del Código Civil, esa resolución puede implicar que también se resuelvan las enajenaciones y gravámenes posteriores, lo cual significa que el actual adquirente puede ser despojado del inmueble y el acreedor hipotecario puede perder su garantía. Ahora bien, si se comprueba que el hecho incierto no se cumplió o que ya es cierto que no se va a cumplir, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable ya que se considera fallida la condición y por lo tanto, el respectivo contrato adquiere firmeza definitiva y sigue produciendo sus efectos hacia el futuro. En este caso, sería aconsejable que de todos modos se intentara obtener la cancelación expresa de la condición resolutoria mediante escritura pública y que esta se inscribiera en el registro de instrumentos públicos para que ante terceros, el inmueble aparezca completamente libre de condición. Finalmente, si se comprueba que el hecho incierto aún no ha tenido ocurrencia, se puede afirmar que la condición se en-



cuenta pendiente y por lo tanto, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no se cancele expresamente la condición por parte de quienes la estipularon. Dicha cancelación se efectúa mediante escritura pública, la cual se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos, para que así deje de aparecer como vigente la condición resolutoria en el respectivo certificado de tradición y libertad.

Respecto al pacto comisorio o sea, cuando el contrato de compraventa se resuelve porque el comprador no paga el precio dentro del plazo convenido, se debe en primer lugar verificar de cualquier manera si en realidad el comprador pagó o no pagó satisfactoriamente su obligación. Si se llega a comprobar que el comprador no pagó el precio dentro del término estipulado, el concepto de estudio de títulos debe ser desfavorable porque en tal caso, existe también el riesgo de que judicialmente se declare la resolución del acto jurídico mediante el cual adquirió el inmueble alguno de los que figuran como propietarios en la historia jurídica del inmueble y de acuerdo con el artículo 1548 del Código Civil, esa resolución puede implicar que también se resuelvan las enajenaciones y gravámenes posteriores, lo cual significa que el actual adquirente puede ser despojado del inmueble y el acreedor hipotecario puede perder su garantía.

Es conveniente anotar que nuestro Código Civil consagra en el artículo 1937 el pacto promisorio calificado, consistente en estipular que por no pagarse el precio al tiempo convenido se resuelve "ipso facto" el contrato. En tal caso, el comprador está facultado legalmente para hacer subsistir la compraventa, siempre y cuando pague el precio dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda. Por lo tanto, se recomienda que ante este evento, se contemple la posibilidad de evitar la resolución dando cumplimiento a lo exigido por la norma citada. Obviamente que para cumplir tal objetivo, será necesario entrar en contacto con el respectivo comprador y lograr que actúe en la forma indicada.

Cuando al momento de efectuar el estudio de títulos aún está pendiente el pago del precio estipulado, pero el respectivo comprador se encuentra dentro del término convenido para cumplir su obligación, el concepto debe ser desfavorable mientras no se cancele el pacto o condición resolutoria expresa por parte del respectivo vendedor, quien seguramente exigirá el pago de la totalidad del precio. Dicha cancelación se efectúa mediante escritura pública, la cual se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos, para que así deje de aparecer como vigente el pacto comisorio o la condición resolutoria expresa en el respectivo certificado de tradición y libertad.

Puede suceder que el comprador ya haya pagado la totalidad del precio dentro del plazo convenido, pero que en el certificado de tradición y libertad

continúe figurando el pacto comisorio o la condición resolutoria expresa. Esta situación se puede originar quizás, en que la escritura pública mediante la cual se canceló la condición, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión se soluciona simplemente, cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

En otros casos, el respectivo vendedor nunca otorgó la escritura pública de cancelación del pacto o condición resolutoria a pesar de haber recibido oportunamente la totalidad del precio convenido. Ante esta circunstancia, es recomendable obtener la cancelación mediante escritura pública, la cual se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos para que así el inmueble aparezca ante terceros como completamente libre de la condición. Ahora bien, si ello implica enorme dificultad, se podría emitir un concepto favorable si se obtiene al menos un documento privado mediante el cual, el vendedor declare recibido a entera satisfacción la totalidad del precio por parte del comprador. También se puede emitir concepto favorable cuando la obligación de pagar el precio fue garantizada con hipoteca constituida a favor del vendedor y se comprueba que tal hipoteca se canceló debido al pago de la obligación que garantizaba. Lamentablemente, estas dos soluciones prácticas propuestas no logran que ante terceros, el inmueble figure completamente de la condición resolutoria y por lo tanto, no eliminan definitivamente los obstáculos para negociaciones futuras.

2.9. RESERVA DE DOMINIO

El Código de Comercio permite expresamente que en un contrato de compraventa de inmuebles se estipule la no transferencia del dominio de la cosa vendida hasta tanto no se pague la totalidad del precio. El Código Civil en cambio, sólo consagra efectos a dicho pacto cuando recae sobre bienes muebles.

Cuando se presenta el pacto de reserva de dominio, el contrato de compraventa queda sometido a una condición resolutoria negativa, consistente en el no pago del precio, y la tradición del derecho real de dominio queda sujeta a una condición suspensiva positiva, consistente en el pago del precio. Por lo tanto, el vendedor continúa siendo propietario del inmueble a pesar de haberlo traidado y entregado materialmente al comprador.

Si al momento de efectuar el estudio de títulos aún está pendiente el pago del precio convenido, se debe emitir concepto desfavorable mientras no se cancele la reserva de dominio por parte del respectivo vendedor, quien seguramente exigirá el pago de la totalidad del precio y declarará extinguida

la obligación del comprador. Dicha cancelación se efectúa mediante escritura pública, la cual se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos, para que así el inmueble aparezca completamente libre de la reserva de dominio en el certificado de tradición y libertad.

Puede suceder que el comprador ya haya pagado la totalidad del precio dentro del plazo convenido, pero que en el certificado de tradición y libertad continúe figurando el pacto de reserva de dominio. Esta situación se puede originar quizás, en que la escritura pública mediante la cual se canceló el pacto, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión, se soluciona simplemente cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

En otros casos, el respectivo vendedor nunca otorgó la escritura pública de cancelación del pacto de reserva de dominio, a pesar de haber recibido oportunamente la totalidad del precio convenido. Ante esta circunstancia, de todos modos se debe exigir la cancelación mediante escritura pública, la cual se inscribe en el registro de instrumentos públicos, para que así el inmueble aparezca completamente libre de la reserva de dominio en el certificado de tradición y libertad. Cumpliendo con esta exigencia, el comprador podrá enajenar libremente el inmueble a un tercero o constituir hipoteca sobre el mismo ya que mientras tanto, carece de la facultad dispositiva que se radica el dueño o sea el vendedor, quien puede autorizar expresamente dicha enajenación.

2.10. PACTO DE RETROVENTA

El Código Civil permite que en el contrato de compraventa se conceda expresamente al vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida. Para lograr tal objetivo, deberá pagarle al comprador una suma de dinero convenida expresamente o en su defecto, el precio inicialmente recibido.

El pacto de retroventa se utilizó con frecuencia en la venta de inmuebles por parte del Banco Central Hipotecario, tal como ocurrió en la ciudad de Medellín al enajenar los inmuebles que conforman el conjunto residencial denominado “Nueva Villa de Aburrá”.

En caso de aparecer en el certificado de tradición y libertad que el pacto de retroventa fue debidamente cancelado, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo, la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrito el pacto.

Por el contrario, si el pacto de retroventa aún aparece vigente en el folio de matrícula inmobiliaria, se debe determinar en primer lugar, si el vendedor

puede o no ejercer la acción de recobro. Para tal efecto, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 1943 del Código Civil, el vendedor sólo puede readquirir el inmueble dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la escritura pública contentiva del contrato de compraventa o dentro de un término inferior a esos cuatro años que libremente hayan convenido las partes, el cual debe constar expresamente en el texto de tal instrumento.

En el evento de que aún estén corriendo los cuatro años del término inferior estipulado por las partes, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no se cancele expresamente el pacto de retroventa por parte de quienes lo celebraron. Dicha cancelación se debe hacer mediante escritura pública la cual se debe inscribir en el registro de instrumentos públicos para que así deje de aparecer como vigente el pacto de retroventa en el respectivo certificado de tradición y libertad.

Cuando ya se cumplió el término legal de cuatro años o el término inferior convenido por las partes, el concepto del estudio puede ser favorable si se comprueba que efectivamente no se ejerció la acción de recobro; de todos modos, es recomendable intentar que se cancele el pacto de retroventa mediante escritura pública y que ésta se inscriba en el registro de instrumentos públicos para que, ante terceros, el inmueble aparezca completamente libre del pacto de retroventa y se eliminen obstáculos a futuras negociaciones.

Finalmente, puede ocurrir que la escritura pública mediante la cual se canceló expresamente el pacto de retroventa, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión, se soluciona simplemente cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

2.11. FIDEICOMISO

Puede suceder que el derecho de dominio esté sujeto al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición; en tal evento, sobre el inmueble recae una limitación al dominio, denominada propiedad fiduciaria, conocida también como fideicomiso.

La persona que constituye el fideicomiso se llama fideicomitente; la persona que recibe el inmueble bajo condición, se conoce como propietario o fiduciario; y la persona a quien debe transferirse el dominio cuando se cumpla la condición, se denomina fideicomisario.

El fideicomiso implica entonces la sucesión de la titularidad del derecho de dominio a un hecho futuro e incierto. Dicha condición será resolutoria para el propietario o fiduciario y será suspensiva para el fideicomisario.

En el certificado de tradición y libertad puede aparecer anotado un fideicomiso. En tal caso se debe determinar si ya fue cancelado o si aún aparece como vigente.

En el evento de aparecer cancelado el fideicomiso, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrita la propiedad fiduciaria. Lo anterior se debe a que un fideicomiso no saca el inmueble del comercio y, por lo tanto, puede ser enajenado libremente. Lo importante en tal caso, es comprobar que antes de la cancelación del fideicomiso no se haya cumplido la condición resolutoria a la que estaba sujeto el derecho del propietario o fiduciario.

Al respecto, es conveniente anotar que el fideicomiso se puede extinguir, entre otras causales, por la resolución del derecho del fideicomitente, por la renuncia del fideicomisario antes de que se cumpla la condición y por confundirse en una misma persona, la calidad de propietario fiduciario y de fideicomisario.

Cuando se comprueba que el fideicomiso está vigente por estar pendiente la condición, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable porque en tal caso, existe el riesgo de que el adquirente del inmueble deba restituir el bien al fideicomisario cuando se cumpla la condición. De otro lado, la hipoteca debe ser autorizada judicialmente y para constituirla, se requiere obtener el consentimiento del fideicomisario.

Puede suceder que haya ocurrido una de las causales para extinguir la propiedad fiduciaria pero que en el certificado de tradición y libertad continúe figurando el fideicomiso. Esta situación se puede originar, quizás, en que la escritura pública mediante la cual se canceló la limitación al dominio, nunca se llevó para su inscripción en el registro de instrumentos públicos; tal omisión, se soluciona simplemente cumpliendo con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

2.12. USUFRUCTO

De acuerdo con nuestro Código Civil, el usufructo es un derecho real consistente en la facultad de usar y gozar una cosa. Por lo tanto, se debe considerar como una de las limitaciones al dominio.

El usufructo implica una desmembración del dominio. Por lo tanto, sobre un mismo inmueble dos personas tienen facultades diferentes. El nudo propietario conserva la facultad de disposición mientras que el usufructuario tiene la facultad de uso y goce.

Cuando en el certificado de tradición y libertad aparece anotado un usufructo, se debe primero verificar si ya fue cancelado o si aún figura vigente.

Si el usufructo aparece debidamente cancelado, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable y no es necesario cuestionar por ese motivo, la validez de los actos jurídicos que se celebraron mientras estuvo inscrito el usufructo. Lo anterior se debe a que dicha limitación al dominio no saca el inmueble del comercio y por lo tanto, el nudo propietario y el usufructuario pueden enajenar libremente sus respectivos derechos. Se debe tener en cuenta que si una persona figura como plena propietaria del inmueble, es porque adquirió el derecho real de dominio tanto al nudo propietario como al usufructuario o porque fue el nudo propietario quien consolidó su derecho adquiriendo el usufructo o incluso, fue el mismo usufructuario quien consolidó su derecho adquiriendo la nuda propiedad. Si por el contrario, una persona adquirió su derecho únicamente al usufructuario, no la podemos considerar como plena propietaria ya que le faltó adquirir la nuda propiedad y en tal situación, podrá enajenar posteriormente sólo su derecho de usufructo pero no la propiedad plena.

El usufructo pudo haberse cancelado, entre otros motivos, por cumplirse el plazo señalado para su duración o la condición resolutoria que se había fijado para su término, por la muerte del usufructuario, por la consolidación del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona, por la resolución del derecho del constituyente, por la prescripción y por la renuncia del usufructuario.

Cuando se compruebe que el usufructo se extinguió por los motivos establecidos en la ley, se recomienda que la extinción del usufructo conste de todos modos en una escritura pública otorgada por el actual titular del derecho de dominio sobre el inmueble, la cual debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos para que ante terceros, el bien aparezca completamente libre del usufructo y se eliminen obstáculos a futuras negociaciones.

En el evento de aún estar vigente el usufructo, no se debe emitir un concepto desfavorable para el estudio de títulos por ese motivo. Tampoco se debe exigir en todos los casos, que el usufructuario renuncie expresamente a su derecho o que mediante escritura pública se cancele esa limitación al dominio. Debido a que la propiedad está desmembrada, basta conceptuar que el inmueble debe ser enajenado o hipotecado de manera conjunta, o sea, por el nudo propietario y por el usufructuario. De esta manera el adquirente será propietario pleno y el acreedor hipotecario tendrá completa su garantía real.

En varias ocasiones, el usufructo que aparece vigente en el certificado de tradición y libertad fue debidamente cancelado mediante escritura pública,

pero ésta nunca se inscribió en el registro de instrumentos públicos; tal omisión se soluciona simplemente con el trámite de registrar una copia expedida por la notaría en que se encuentra protocolizada la escritura.

2.13. SERVIDUMBRES

En el Código Civil se consagra otro derecho real denominado servidumbre, en virtud del cual, un predio se grava en beneficio de otro predio de distinto dueño. El predio que recibe la utilidad se llama dominante y el predio gravado se conoce como sirviente.

Desde el punto de vista del predio dominante, se afirma que el inmueble goza de una servidumbre activa, mientras que desde el punto de vista del predio sirviente, se dice que el inmueble está gravado con una servidumbre pasiva.

En el certificado de tradición y libertad puede aparecer inscrita una servidumbre. Para emitir el concepto del estudio de títulos, se debe tener en cuenta la distinción entre servidumbre activa y servidumbre pasiva.

Tratándose de una servidumbre activa el concepto del estudio puede ser favorable, ya que su existencia no afecta al predio sino que, por el contrario, le aprovecha. Por lo tanto, no se debe exigir que se cancele dicha servidumbre activa ni se le debe considerar como gravamen sobre el predio dominante.

Ahora bien, puede ocurrir que la servidumbre activa sea indispensable para emitir concepto favorable, ya que sin ella el predio desmejora en su valor; tal es el caso de una servidumbre de tránsito de la cual goza un predio que no tiene salida directa a la vía pública. En situaciones como esta, se recomienda estudiar detenidamente la validez del título mediante el cual se constituyó la servidumbre. Al respecto, es conveniente anotar que una servidumbre se puede constituir mediante un negocio jurídico como un contrato de compra-venta o un testamento, por una sentencia judicial que la declare y reconozca, o por prescripción adquisitiva, en el caso de las continuas y aparentes.

Cuando se determina que la servidumbre es pasiva, o sea que el predio objeto del estudio de títulos es sirviente frente a otro, no se debe emitir un concepto de manera apresurada ya que es conveniente evaluar si el gravamen afecta considerablemente la adquisición del inmueble o su aceptación en garantía hipotecaria. Puede ocurrir que el inmueble sea adquirido con destino a desarrollar la construcción de un conjunto residencial, pero que esté afectado por una servidumbre pasiva de acueducto o de conducción de aguas lluvias, y negras que impida hacer excavaciones necesarias para construir los

bloques de edificios y los sótanos destinados a parqueaderos; también puede suceder que sobre el predio recaiga una servidumbre pasiva de tránsito que haga imposible el deseo del constructor de adelantar una urbanización cerrada. Por lo tanto, se recomienda analizar detenidamente las características físicas de la respectiva servidumbre y acudir a la asesoría de un perito que evalúe el alcance del gravamen y sus efectos en el desarrollo de la obra. Con base en dicho dictamen, se podrá emitir el respectivo concepto jurídico.

También es importante anotar que entre otras causales, la servidumbre se pudo haber extinguido por haberse cumplido el plazo para su duración o la condición resolutoria que se había fijado para su término, por la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un solo dueño, por la renuncia del dueño del predio dominante e incluso, por haberse dejado de gozar durante 20 años.

SEGUNDA PARTE

HISTORIA JURÍDICA DEL INMUEBLE

1. PROBLEMAS JURÍDICOS VISIBLES DEL INMUEBLE

1.1. NULIDADES FORMALES

En nuestro ordenamiento jurídico, los negocios jurídicos que implican disposición o gravamen de bienes inmuebles, se consideran solemnes porque su existencia y validez dependen del cumplimiento de ciertos requisitos legales establecidos tanto en consideración de la naturaleza del acto, como de la calidad de las partes intervinientes. Dichos negocios deben celebrarse por escritura pública otorgada ante un notario e incorporada al protocolo.

Debido a lo anterior, al estudiar una escritura pública contentiva de un contrato que verse sobre inmuebles, se debe verificar si el instrumento cumple con la plenitud de los requisitos formales ya que, de lo contrario, el acto jurídico puede estar viciado de nulidad y por lo tanto, el concepto de estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no sea subsanada la omisión del requisito.

La escritura estaría viciada de nulidad formal cuando el notario actúe por fuera de los límites territoriales del respectivo círculo notarial; tal es el caso de una escritura pública otorgada en Medellín ante un notario de Barranquilla que casualmente visita la ciudad. También sería nula cuando se

omita el lugar o fecha de autorización, o cuando no aparezca la denominación legal del notario.

De otro lado, hay nulidad formal cuando falta la comparecencia ante el notario de alguno de los contratantes, bien sea de manera directa o por medio de un representante, o cuando no aparezcan los comprobantes de representación, o cuando no se hayan identificado debidamente cada uno de los contratantes y sus representantes.

En algunas ocasiones no consta dentro del texto de la escritura pública que las partes se hayan presentado ante el notario para formular las declaraciones que el instrumento contiene; lo único que consta es los nombres de ellos y su firma, tal como ocurre en contratos de compraventa en los que al comienzo comparece el vendedor y manifiesta venderle al comprador, quien luego, y sin todavía comparecer, aparece declarando que acepta el contrato y declara recibido el inmueble. Es de anotar que en la comparecencia de cada contratante debe constar su nombre y apellidos completos, documento de identificación, estado civil, edad y domicilio.

Respecto a la comparecencia por medio de representante, debemos distinguir entre representación voluntaria por medio de apoderado y representación legal de personas jurídicas, pero en ambos casos se deben consignar todos los datos de las personas representadas y de sus respectivos representantes, así como presentar los documentos que acreditan tal calidad, para ser protocolizadas con la respectiva escritura pública.

Una persona puede ser representada para la celebración de un acto jurídico mediante un apoderado general o especial, y en tal caso, el respectivo poder se debe protocolizar con la escritura pública.

La mayoría de los poderes generales se otorgan mediante escritura pública, lo cual permite que antes de ser utilizados, se pueda exigir una constancia de su vigencia, es decir, de su no revocatoria por parte del poderdante. De todos modos, se debe determinar si el acto jurídico dispositivo que se piensa celebrar, está comprendido dentro de las facultades concedidas expresamente al apoderado.

Los poderes especiales constan, casi siempre, en un documento privado suscrito por el poderdante. Las firmas y el contenido de dicho documento, deben ser reconocidas por el poderdante ante un notario y si ello no se hizo, por lo menos se debe comprobar que el poder fue presentado personalmente a un notario por parte del poderdante. Si se trata de un poder especial para enajenar, gravar o limitar un inmueble, la ley exige que el bien sea identificado con el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, la nomenclatura o nombre y el lugar de ubicación.

Los representantes de las personas jurídicas acreditan su calidad por medio del certificado de existencia y representación expedido por la entidad competente, tal como lo hacen las cámaras de comercio en el caso de las sociedades. En dicho certificado, constarán las atribuciones del representante y las limitaciones o prohibiciones relativas a su ejercicio. Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del negocio exista una limitación estatutaria, se debe exigir un extracto del acta donde consta la expresa autorización por parte del órgano social competente como sería la junta directiva, la junta general de socios o la asamblea general de accionistas, dependiendo de cada caso.

Finalmente, habría nulidad formal cuando en la escritura pública no se consignan todos los datos necesarios para determinar el bien objeto del acto jurídico. Por lo tanto, se debe verificar que el inmueble aparezca completamente identificado por su lugar de ubicación, sus linderos y por su respectivo folio de matrícula inmobiliaria. En el caso de inmuebles urbanos, debe figurar además la nomenclatura correspondiente.

1.2. LESIÓN ENORME

Al revisar una escritura pública contentiva de un contrato de compraventa, se debe comprobar que el precio pactado no sea notoriamente desproporcionado, frente al justo valor del inmueble al momento en que se perfeccionó el contrato. Tratándose de un contrato de permuta, en el que una de las cosas sea inmueble, no debe existir un enorme desequilibrio entre el valor de los bienes objeto del contrato.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1947 del Código Civil, el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio estipulado es inferior a la mitad del justo precio del inmueble al momento del contrato; y el comprador sufre lesión enorme cuando el precio estipulado es superior al doble del justo precio del inmueble al momento del contrato.

Para concluir si en un contrato de compraventa o de permuta existe lesión enorme, se debe determinar, en primer lugar, el justo precio que tenía el inmueble al momento en que se celebró el respectivo contrato; para tal efecto, se debe acudir a la asesoría de un perito evaluador.

Cuando se determina que sí se vendió el inmueble por debajo de la mitad o por encima del doble de su justo precio, se debe evitar un concepto apresurado del estudio de títulos ya que varios factores pueden incidir en que sea favorable o desfavorable.

La lesión enorme en nuestro ordenamiento jurídico puede dar lugar a la rescisión del contrato, a solicitud de la parte lesionada o sea del vendedor que



recibió el precio inferior a la mitad del justo valor, o del comprador que pagó el precio superior al doble del justo valor; sin embargo, una vez que el juez verifique la existencia de la lesión y declare rescindido el contrato, el Código Civil faculta a la parte lesionante para que haga subsistir el contrato. Así las cosas, el comprador que pagó el precio inferior al justo valor, debe completar el justo precio del inmueble con deducción de una décima parte y el vendedor que recibió el precio superior al doble del justo valor, debe restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

A pesar de la posibilidad que da la ley de evitar la rescisión del contrato viciado de lesión enorme, no se debe emitir un concepto favorable del estudio de títulos, asumiendo el riesgo de la decisión del demandado en el respectivo proceso o de hacer unos reajustes a las condiciones del contrato inicialmente pactadas. Puede ocurrir que el contrato no se rescinda, pero el adquirente o el enajenante tendrán que hacer erogaciones de sumas de dinero para lograr que el contrato mantenga su firmeza.

El caso más frecuente es el de la persona que adquirió un inmueble pagando un precio inferior a la mitad de su justo valor y el estudio de títulos se requiere para constituir hipoteca a favor de un tercero. En tal evento, el respectivo vendedor sería la persona autorizada para pedir la rescisión y el acreedor hipotecario asumiría el riesgo de que se rescinda el contrato de compraventa y se pierda en consecuencia, la garantía o de que el comprador e hipotecante cuente con la suma de dinero necesaria para completar el justo precio de la cosa con deducción de una décima parte.

De otra parte, aunque se concluya que en uno de los contratos estudiados existió el vicio de la lesión enorme, se puede emitir concepto favorable, cuando desde la fecha de la respectiva escritura pública hayan transcurrido por lo menos cuatro años, ya que en tal evento, se podrá alegar la prescripción extintiva de la acción rescisoria y no se afecta la situación jurídica del inmueble. También se puede emitir concepto favorable, cuando el comprador enajenó el inmueble ya que en tal caso el vendedor lesionado sólo podrá reclamar el exceso entre lo que el comprador pagó y recibió por ella, hasta concurrencia de la cosa, con deducción de una décima parte.

Cuando el concepto del estudio de títulos es desfavorable por el vicio de lesión enorme, se debe tener en cuenta que en la escritura pública se pacta a veces una renuncia al ejercicio de la acción rescisoria pero esta estipulación no tiene valor, de acuerdo con lo expresamente establecido en el artículo 1950 del Código Civil. También es conveniente comentar, que en muchas ocasiones el precio que consta en la escritura pública no es el que realmente se pactó dentro del contrato de compraventa, ya que por razones fiscales y de ahorro en los gastos contractuales, se realiza una simulación relativa en cuanto a las

condiciones del negocio; en tal evento, se puede emitir un concepto favorable cuando se obtenga el documento privado en el cual consta el precio verdaderamente convenido y que produce plenos efectos entre las partes contratantes. Creemos eso sí, que no basta anexar la respectiva promesa de compraventa ya que ésta es un contrato preparatorio cuyas condiciones no necesariamente coinciden con el posterior contrato de compraventa celebrado.

1.3. CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA

En los contratos en que ambas partes se obligan de manera recíproca, la ley considera implícita una condición resolutoria en caso de no cumplir una de las contratantes sus obligaciones.

Debido a lo anterior, al estudiar un contrato de compraventa, se debe verificar que no haya quedado pendiente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del vendedor o del comprador, ya que el inmueble puede estar afectado por una condición resolutoria tácita derivada de la forma de entrega o de la forma de pago.

Cuando en la escritura pública aparece que el vendedor entregará el inmueble con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa y el comprador no declara recibido el inmueble a entera satisfacción, podemos concluir que existe una condición resolutoria tácita derivada de la forma de entrega. Para emitir un concepto favorable del estudio de títulos, muchas veces basta verificar que el comprador haya declarado en una escritura posterior que ejerce la posesión material del inmueble o incluso, acreditar que en realidad el inmueble se entregó materialmente y que en la actualidad es poseído por la persona que piensa enajenarlo o hipotecarlo. También puede ocurrir que en dicha escritura pública conste que el comprador haya renunciado expresamente a la condición resolutoria derivada de la forma de entrega, caso en el cual habrá un argumento indiscutible para la favorabilidad del concepto.

Si en la escritura pública consta que el comprador pagará la totalidad o parte del precio con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa, podemos concluir que existe una condición resolutoria tácita derivada de la forma de pago. Para emitir un concepto del estudio de títulos se debe verificar de cualquier manera, si en realidad el comprador pagó o no pagó satisfactoriamente el precio estipulado.

Si el comprador ya cumplió con su obligación de pagar la totalidad del precio al vendedor, el concepto del estudio de títulos puede ser favorable siempre y cuando se obtenga el recibo auténtico correspondiente. Es de anotar que muchas veces, el comprador garantiza el pago del precio constituyendo hipoteca.

teca a favor del vendedor sobre el inmueble adquirido; tal situación permite emitir un concepto favorable cuando dicha hipoteca se canceló debido al pago de la obligación que garantizaba.

En el evento de no demostrarse que el comprador ya cumplió su obligación o cuando aún está pendiente el término convenido para hacerlo, el concepto debe ser desfavorable hasta que el vendedor declare recibida la totalidad del precio a entera satisfacción o hasta que mediante escritura pública, el vendedor renuncie expresamente a la condición resolutoria derivada de la forma de pago. Tal decisión se basa en que si está vigente la condición resolutoria tácita, existe el riesgo de que judicialmente se resuelva el contrato mediante el cual adquirió el inmueble alguno de los que figuran como propietarios en la historia jurídica del inmueble y esa resolución puede implicar que también se resuelvan las enajenaciones y gravámenes posteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1548 del Código Civil. Lo anterior, significa que el actual adquirente puede ser despojado del inmueble y el acreedor hipotecario puede perder su garantía.

1.4. CAPACIDAD DE SOCIEDADES

Al estudiar una escritura pública en la que el adquirente del inmueble sea una sociedad, se debe determinar si la compañía podía celebrar válidamente dicho acto jurídico de acuerdo con su capacidad jurídica.

El Código de Comercio establece que la capacidad jurídica de una sociedad está limitada a su objeto. Por lo tanto, una compañía sólo podrá adquirir un inmueble cuando tal negocio esté comprendido dentro de las actividades establecidas en los respectivos estatutos.

Es posible que en los estatutos sociales se haya contemplado expresamente que la compañía tendría como objeto la adquisición y enajenación de inmuebles. En tal caso, la validez del negocio jurídico no debe ser cuestionada por motivos de la capacidad de la sociedad.

En otros casos, el objeto social de la compañía no tiene que ver con la adquisición del inmueble, tal como ocurre cuando una sociedad constituida sólo para la producción de bebidas pretende adquirir un apartamento destinado a vivienda. En tal evento, el concepto del estudio de títulos debe ser desfavorable mientras no se reformen los estatutos sociales en el sentido de ampliar su objeto a la adquisición de inmuebles y se ratifique posteriormente el negocio jurídico mediante el cual se adquirió el bien por parte de la compañía.

Es necesario aclarar que muchas veces, una compañía adquiere un inmueble destinado a desarrollar su actividad comercial o industrial, tal como

puede ocurrir con la sociedad constituida sólo para la producción de bebidas que pretende adquirir una bodega, un local o un lote de terreno para construir su fábrica. En esos casos, la validez del negocio jurídico no debe ser cuestionada por motivo de la capacidad de la sociedad.

También puede suceder que la mencionada compañía de bebidas quiera adquirir un apartamento destinado a la vivienda de alguno de sus funcionarios directivos. En tal evento, se puede emitir concepto favorable siempre y cuando conste tal motivo en el texto de la escritura pública o al menos, cuando la adquisición del inmueble con esa específica destinación conste en un acta de la junta directiva, junta general de socios o asamblea general de accionistas que se haya anexado a la respectiva escritura.

1.5. ESTADO CIVIL

Las personas que intervienen en el otorgamiento de una escritura pública, deben manifestar cuál es su estado civil y en caso de ser o haber sido casado, deben indicar si está vigente o disuelta la sociedad conyugal. Al estudiar los distintos actos jurídicos que hacen parte de la historia del inmueble, pueden presentarse al respecto varias situaciones que inciden en el concepto a emitir.

Si en una escritura pública, el adquirente del inmueble manifiesta que es casado con sociedad conyugal vigente y en otra escritura posterior, la misma persona enajena el bien declarando que continúa casado con sociedad conyugal vigente, puede emitirse concepto favorable ya que todo indica que el estado civil no afecta la titularidad del derecho de dominio.

Cuando en una escritura pública, el adquirente del inmueble declara que es soltero y en otra escritura posterior, la misma persona enajena el bien manifestando que es viudo o que se encuentra casado con sociedad conyugal vigente o con sociedad conyugal disuelta, también puede emitirse concepto favorable ya que si el inmueble fue adquirido antes del matrimonio, no hace parte de la sociedad conyugal y por lo tanto, el estado civil no afecta la titularidad del derecho de dominio.

Si en una escritura pública, el adquirente del inmueble manifiesta que es casado con sociedad conyugal vigente y en otra escritura posterior, la misma persona enajena el bien declarando que es soltero, o viudo, o que continúa casado pero tiene la sociedad conyugal disuelta, sólo se debe emitir concepto favorable si el bien fue adjudicado a esa persona dentro de la liquidación de la sociedad conyugal porque de lo contrario, habría una enajenación de cosa ajena que implica emitir concepto desfavorable.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE NO SE DETECTAN EN LA TITULACIÓN DEL INMUEBLE

2.1. INCAPACIDAD LEGAL

Puede ocurrir que la escritura pública sea suscrita por una persona que carezca de capacidad para obligarse por sí misma, ya que en los negocios jurídicos que celebre debe intervenir de una u otra manera un representante legal, sea tutor o curador o incluso, los padres en ejercicio de la patria potestad.

La ley considera como incapaces absolutos a los dementes, los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito y los impúberes. Se considera impúber al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce años. Los actos jurídicos celebrados directamente por estos incapaces, están viciados de nulidad absoluta que puede ser alejada por cualquier persona interesada o ser declarada de oficio por el juez cuando aparece evidente en la escritura pública. A pesar de lo anterior, en la mayoría de los estudios de títulos no se puede emitir concepto desfavorable porque no siempre es posible detectar que el acto fue celebrado por una persona que había perdido la razón o por alguien que no podía hablar, escuchar ni escribir o por quien tenía la edad de un impúber. Es de anotar que si el notario hubiera percibido que uno de los comparecientes era incapaz absoluto, no debió autorizar la escritura pública, pero si no logró hacerlo, tampoco podrá deducirse tal situación en el estudio de títulos, salvo que se tenga un conocimiento personal y directo de las condiciones de cada uno de los contratantes.

Se considera que son incapaces relativos los disipadores interdictos y los menores adultos o sea, aquellos varones que han cumplido catorce años, pero aún no han cumplido dieciocho años y las mujeres que han cumplido doce años pero aún no han cumplido dieciocho años. Los actos jurídicos celebrados directamente por estos incapaces sin contar con la autorización de su representante legal, están viciados de nulidad relativa que sólo puede ser alegada por tales representantes o por el incapaz cuando cesa el motivo de su incapacidad. A pesar de lo anterior, en la mayoría de los estudios de títulos no se puede emitir concepto desfavorable porque no siempre es posible detectar que el acto fue celebrado por una persona a quien se le había declarado como pródigo o por quien no había cumplido la mayoría de edad, salvo que se tenga un conocimiento personal y directo de las condiciones de los contratantes.

2.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Un negocio jurídico pudo haber sido celebrado por una de las partes al haber incurrido en un error, al haber sido inducida por el dolo, o al haber sido coaccionada por la fuerza; en tales eventos, es posible que se vicie el consentimiento y por lo tanto, el afectado pueda alegar la nulidad relativa del acto respectivo.

El error se presenta cuando la realidad no concuerda con la idea concebida por la persona que celebra el negocio jurídico, pero tal equivocación sólo vicia el consentimiento cuando recae sobre la clase de negocio celebrado, sobre la identidad de la cosa, sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa, sobre las calidades accidentales de la cosa que constituyan el principal motivo para que una de las personas celebre el acto jurídico y sea conocido por la otra parte, sobre la persona con quien se tiene intención de contratar desde que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato, o sobre los motivos determinantes para celebrar el negocio.

El dolo es el engaño o maniobra fraudulenta que una de las partes realiza para inducir a la otra a un error determinante que provoca su adhesión al negocio jurídico. Una conducta dolosa puede revestir diversas modalidades como maquinaciones complejas, falsas afirmaciones, omisión de la verdad o incluso, frases ambiguas.

La fuerza puede consistir en una conducta humana o en un fenómeno natural que coarta la libertad de una de las personas para celebrar el negocio jurídico. Para que tal fuerza vicie el consentimiento, debe ser intensa e injusta y no es necesario que sea ejercida por la otra parte contratante.

A pesar de que los vicios del consentimiento generan la nulidad relativa del negocio jurídico, en la mayoría de los estudios de títulos no se puede emitir concepto desfavorable porque no siempre es posible detectar situaciones que hacen parte del ámbito subjetivo de los contratantes.

2.3. CAUSA ILÍCITA

En algunos negocios jurídicos el motivo que indujo a una de las partes a celebrarlo puede ir contra la ley, el orden público o las buenas costumbres y ese motivo ha sido conocido por la otra parte. En tal evento, el acto tendría causa ilícita y por lo tanto estaría viciado de nulidad absoluta, que puede ser alegada por cualquier interesado o ser declarada de oficio por el juez cuando aparece evidente en la escritura pública. Debido a ello, serían nulos los contratos de compraventa de inmuebles cuando el comprador desea que en el local funcione un establecimiento dedicado a la comercialización de sustancias alucinógenas y el vendedor conoce tales intenciones.

A pesar de lo anterior, en la mayoría de los estudios de títulos no se puede emitir concepto desfavorable porque no siempre es posible detectar los motivos que tienen las personas que celebran un acto jurídico, teniendo en cuenta que hacen parte del ámbito subjetivo de los contratantes.

CONCLUSIONES

El estudio de títulos tiene como finalidad determinar si un inmueble puede ser adquirido o aceptado en garantía hipotecaria.

El inmueble objeto de estudio debe ser plenamente identificado por su ubicación, nomenclatura, área, linderos, y folio de matrícula inmobiliaria. Debe tenerse en cuenta, además, el régimen al que está sometido y las mutaciones que ha sufrido a lo largo de su existencia jurídica.

En el certificado de tradición y libertad aparecen figuras que impiden o dificultan la libre disposición del inmueble. Entre ellas, se destacan principalmente el embargo, la inscripción de una demanda, el gravamen de valorización, el patrimonio de familia inembargable, la afectación a vivienda familiar, la hipoteca, la anticresis, la condición resolutoria expresa, la reserva de dominio, el fideicomiso, el usufructo y las servidumbres.

Dichas figuras pueden estar canceladas o aún encontrarse vigentes. Si la cancelación ya fue inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria, no es necesario, generalmente, detenerse a examinar los actos jurídicos celebrados ante la cancelación, salvo en el caso del embargo o del patrimonio de familia. Si la figura aún se encuentra vigente, el concepto del estudio de títulos dependerá de las consecuencias que cada una pueda implicar para el interesado.

En el estudio de títulos se analizan cada una de las escrituras públicas y demás documentos que aparecen inscritos en el certificado de tradición y libertad. De esta manera se pueden encontrar problemas jurídicos en la historia del inmueble, entre los cuales se destacan las nulidades formales, la lesión enorme, la condición resolutoria tácita, la capacidad de sociedades y las modificaciones en el estado civil. Dichos problemas generalmente afectan la titularidad sobre el inmueble y por lo tanto, pueden implicar un concepto desfavorable. Desafortunadamente, otros problemas jurídicos de gravedad como la incapacidad de ejercicio, los vicios del consentimiento o la causa ilícita, no es posible detectarlos y en tal evento, se emite un concepto favorable sin conocer el riesgo que se asume.

Un estudio de títulos bien realizado no garantiza completamente que el inmueble está libre de problemas jurídicos. Sin embargo, es importante hacerlo para evitar lamentables consecuencias patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. "Los principales contratos civiles y comerciales". Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Librería del profesional. Decimosegunda edición. 1997. 666 páginas.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro "Los principales contratos civiles y comerciales", Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Librería del profesional. Decimosegunda edición. 1995. 419 páginas.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. "Teoría General del Negocio jurídico". Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. Quinta edición. 1998. 621 páginas.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. "Régimen general de las obligaciones. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición. 1996. 1353 páginas.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. "Código Civil" Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. 1996. 1353 páginas.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. "Bienes". Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. Séptima edición. 1998. 453 páginas.