ACLARACIÓN DE VOTO.

PROVIDENCIA: SENTENCIA DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2021.
PROCESO: VERBAL. PERTENENCIA.
DEMANDANTE: AURA ROSA TORRES RUA.
DEMANDADOS: HERNANDO BECERRA Y PERSONAS INDETERMINADAS.
RADICADO: 05001 31 03 008 **2017 00269-01**.
PONENTE: DRA. MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Con el respeto acostumbrado, nos permitimos **aclarar el voto**, por cuanto si bien compartimos la decisión de segunda instancia, que mantuvo la negación de las pretensiones, disentimos del procedimiento observado en el proferimiento de la sentencia, en cuanto se hizo por escrito aplicando el Decreto 806 de 2020, cuando por ser un recurso de apelación admitido con antelación al cuatro de junio de 2020, debía realizarse audiencia de sustentación y fallo en los términos del artículo 327 del Código General del Proceso, así como tampoco compartimos el argumento de que el bien cuya prescripción se reclama corresponde a un baldío, conforme a las razones que procedemos a esbozar:

1.0. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

Desde la expedición del Decreto 806 de 2020, y hasta el uno (1) de diciembre de 2021, sostuve en la Sala de Decisión que conformaba con la DRA. MARTHA CECILIA LEMA VILLADA y el DR. LUIS ENRIQUE GIL MARÍN, que los procesos verbales en los cuáles se había admitido el recurso de apelación con anterioridad al cuatro (4) de junio de 2020, debían

tramitarse bajo la cuerda oral, o sea, que la sustentación del recurso de apelación y la sentencia debían desarrollarse dentro de audiencia pública. Como la mayoría de la Sala de Decisión, acogió el trámite escrito, procedí a efectuar aclaración de voto, dado que, habiéndose garantizado el derecho de defensa de las partes, con los traslados para las partes para sustentar el recurso de apelación, se había saneado cualquier irregularidad. Para el efecto adujimos:

En nuestro sentir, se debió sustentar el recurso de apelación desarrollando los reparos concretos formulados ante el juez de primera instancia, dentro de la audiencia que para el efecto debió señalar el Magistrado Ponente, para que luego la parte contraria descorriera el traslado y previa discusión de la Sala, se profiriera sentencia.

En principio, el trámite irregular dado a la segunda instancia comportaría un trámite inadecuado, pero como el mismo desapareció como causal de nulidad insubsanable en el Código General del Proceso, constituiría una simple irregularidad, subsanada por el silencio de las partes.

En cuanto a lo que sí configuraría una nulidad, como sería el pretermitir la oportunidad para alegar o sustentar el recurso de apelación, fue contrarrestada con los traslados que se dieron a las partes para presentar sus argumentos por escrito.

No existiendo nulidad, sino irregularidades generadas por el mismo Tribunal, es que consideramos forzoso, aclarar el voto, para consignar las razones que en varias ocasiones se han expuesto ante la Sala de Decisión, que se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. El Decreto 806 de 2020, no estableció una aplicación retroactiva y todos los argumentos que expone en las consideraciones son para justificar que del cinco de junio en adelante la segunda instancia se hará escritural en su totalidad, o sea sustentación, alegatos y sentencia. No es cierto que el artículo 14 del Decreto 806, modificara las reglas de aplicación de la ley procesal en el tiempo introducidas desde la Ley 153 de 1887 y todo lo que explica sobre la salud y los problemas de las audiencias virtuales para las partes, va en contravía del Decreto 806, que propugna por la utilización de los medios tecnológicos y en especial las audiencias virtuales. De hecho, estipula que si la audiencia no se puede hacer virtual previa justificación del juez deberá hacerse presencialmente.

2. El artículo 624 del Código General del Proceso, que mantuvo en esencia el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, precisándolo, no fue tocado, ni expresa, ni tácitamente por el Decreto 806, que no solo reguló el área civil, sino también tocó las áreas de laboral, familia y contenciosa administrativa. Por ende, si el recurso fue admitido en vigencia del Código General del Proceso, la segunda instancia deberá rituarse conforme al artículo 327, fijándose audiencia de sustentación y fallo.

3. El hecho de que el artículo 14 del Decreto 806, exija que cuando se decreten pruebas en la segunda instancia las mismas deberán practicarse en audiencia, evacuándose dentro de la misma la sustentación, las alegaciones de la contraparte y la sentencia, demuestran que la oralidad prevalece en el trámite de la segunda instancia y la escrituralidad es la excepción.

4. La invocación de los argumentos expuestos en la parte motiva del Decreto 806, precisamente pretenden permitir que en los próximos

dos (2) años, contados a partir del cinco de junio de 2020, se evacúen todos los procesos que estaban represados por la suspensión de términos que levantaron inicialmente desde el uno de julio de 2020. O sea, conjura la consecuencia de la pandemia y busca evitar hacia el futuro que se tengan que suspender los términos en los procesos, ante la imposibilidad de las partes, los apoderados y los jueces a comparecer a las audiencias de manera presencial, regula el futuro, no el pasado.

5. El adoptar la escrituralidad para la sustentación, alegatos y sentencia en la segunda instancia, no obedeció a la pandemia, sino que se había planteado desde hace varios años, ante las dificultades operacionales de los Tribunales Superiores, que demandaban la intervención de los tres magistrados que conforman la Sala de Decisión en las audiencias, así como el proferimiento de la sentencia en audiencia, lo que resta celeridad y eficacia a la segunda instancia. En materia penal, la segunda instancia fue modificada, para que las alegaciones se hagan por escrito y un solo magistrado efectúe la lectura del fallo. Lo que hizo el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias fue introducir una reforma al Código General del Proceso, que estaba en mora de hacer y qué sino hubiese sido por la emergencia económica y social hubiera tenido que someter a trámite ordinario ante el Congreso. Surge entonces con más fuerza la aplicación de la ley procesal en el tiempo, de acuerdo con la etapa en que se está surtiendo.

6. En cuanto a que se utilice la posibilidad de la sentencia anticipada consagrada en el artículo 278 del Código General del Proceso, nos preocupa que en el Decreto 806, no se hubiera referido a ella en materia civil, sino solamente en el Contencioso Administrativo y allí exigió expresamente en el artículo 13 que antes de dictarla se diera a

las partes la posibilidad de presentar alegaciones bien fuera oralmente dentro de la audiencia o por escrito. De otro lado, en mi sentir la sentencia anticipada en segunda instancia debe seguir la norma general del artículo 327 del Código General del Proceso, porque si se profiere por escrito sin dar oportunidad a las partes de sustentar el recurso de apelación o descorrer su traslado, se incurriría en la nulidad del numeral sexto del artículo 13 del Código General del Proceso, que, aunque es saneable, no puede ser patrocinada por el juez o magistrado, so pretexto de proferir una sentencia escrita. La única opción sería que las partes pidieran la sentencia anticipada y renunciaran expresamente a la oportunidad para presentar la sustentación del recurso y descorrer el traslado de este. Y ahí nuevamente surge otro problema: Si la parte solo presentó los reparos concretos, sin mayores argumentos, ¿cómo define el Tribunal sin sustentación?

7. Otra razón para sustentar que no se puede dictar sentencia anticipada sin alegatos de conclusión, es el numeral siete del artículo 133 del Código General del Proceso, porque si es nula la sentencia que profiere un fallador de segunda instancia cuando la sustentación del recurso de apelación la escuchó otro Magistrado, con más razón se configura nulidad si ninguno de los miembros de la Sala de Decisión, escuchó la sustentación.

8. Si ya el recurso de apelación fue admitido e incluso se había fijado audiencia para la sustentación y fallo, no se entiende con cuál fundamento normativo se va a proferir un nuevo auto concediendo traslados para sustentar y descorrer el traslado del recurso, si éste desapareció con la introducción del Código General del Proceso y desconoce la regulación del Decreto 806 de 2020, que tiene como

punto de partida el auto admisorio del recurso, el cual para la fecha ya se encontraba ejecutoriado y en firme, más aún cuando existe una providencia cuyo cumplimiento fue suspendido, pues señaló fecha de audiencia sustentación y fallo, misma que se encuentra pendiente de evacuación.

9. Los argumentos de conveniencia presentados por los demás integrantes de la Sala, pierden fuerza ante el análisis de la totalidad del Decreto 806 de 2020, que mantuvo la oralidad para la primera instancia, cuyo trámite es más complicado e impuso como regla general la utilización de cualquier medio tecnológico para la evacuación de las diferentes instancias del proceso, agregando como principio la informalidad, para permitir el impulso de éstos, en lo posible de manera virtual, para así no poner en peligro a todos los que intervienen en él. En suma, si con la sentencia escrita se protege la salud y la vida de los actores procesales, con la audiencia virtual también se logra este cometido, sin que la falta de capacitación tecnológica sirva de excusa, porque esa es la realidad en un mundo global y todos nos debemos adecuar a ella, sobre todo cuando existen normas legales que la imponen.

Por último, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre la aplicación del Decreto 806 de 2020, en el trámite de los procesos en segunda instancia, en sentencia del tres de septiembre de 2020, con ponencia del DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 11001-02-03-000-2020-02048-00, indicando:

> *"1. La controversia estriba en determinar si el tribunal accionado vulneró las garantías superlativas de la reclamante, al dar aplicación a lo reglado al artículo 14 del*

Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, para rituar el recurso de apelación que ella impetró, cuando tal defensa se propuso en vigencia del canon 327 del Código General del Proceso.

2. Para la Sala, se conculcaron derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia porque el remedio vertical que la tutelante propuso, respecto a la sentencia de 14 de febrero de 2020, lo incoó en el momento en el cual regía el procedimiento señalado en la Ley 1564 de 2012, en especial, el mandato previsto en el precepto 327 de esa codificación.

Por tanto, como el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, nada indicó sobre la transición entre una y otra reglamentación, el colegiado enjuiciado debió atender a la directiva general establecida en el artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, para los eventos en donde se introducen modificaciones a los procedimientos.

Bajo ese horizonte, si el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 modificó la manera para sustentar la apelación, así como la forma de resolver un mecanismo defensivo de ese talante y, además, nada esbozó en torno a los remedios verticales propuestos en vigencia del artículo 327 del Código General del Proceso, el recurso debía finiquitarse con la Ley anterior y no con la nueva.

Al punto, el numeral 5°, artículo de la Ley 1564 de 2012, es claro en señalar:

"(…) Artículo 625. Tránsito de legislación. Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: (…)".
"(…) No obstante lo previsto en los numerales anteriores, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que

hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones (…)" (se destaca).

En armonía con lo anterior, en canon 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, indica:

"(…) Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir (…)".
"(…) Sin embargo, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos,** se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones (…)".
"(…) La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad (…)" (énfasis ajeno al original)

Así, de manera general, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el canon 625 del Código General del Proceso, consignan el principio retrospectividad como regla general y, de forma excepcional, el de ultraactividad en materia de recursos, de modo que, según el último, es del caso conceder el amparo invocado."

Al reintegrarme al cargo, el uno (1) de diciembre de 2021, encuentro que, en la Sala Tercera de Decisión Civil, que conformo junto con la DRA. MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO y el DR. GILDARDO RAMIREZ GIRALDO, la posición mayoritaria es que el trámite de la segunda instancia sea escritural.

De contera que, aunque mantenemos nuestra posición jurídica respecto a cuál era el trámite por seguir, suscribimos la sentencia definitiva, dado que se garantizó el derecho de defensa de las partes con los traslados para

alegar, éstas guardaron silencio sobre el trámite a seguir y se cumplió la finalidad, que era la terminación de la etapa de impugnación con una sentencia que definiera de fondo el asunto planteado.

2.0. DEL CARÁCTER DE BALDÍO DEL BIEN A USUCAPIR.

Con sustento en la posición asumida por la SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, tanto el juez de primera instancia, como el Tribunal, coligen que el bien cuya adjudicación se depreca tiene el carácter de baldío, por lo que se torna en imprescriptible.

Con el debido respeto, disentimos de esta posición, pero suscribimos la ponencia que deniega las pretensiones, por cuanto no se logró acreditar por el accionante, dentro de cuál inmueble de mayor extensión se encontraba ubicado la faja de terreno que pretendía adquirir por prescripción, lo anterior por no haber cumplido con la obligación de suministrar al registrador de instrumentos públicos, los linderos antiguos, existentes al momento en que inició su posesión, o las matrículas inmobiliarias de los terrenos colindantes, para individualizar la matrícula inmobiliaria.

De igual forma, consideramos que la integración de la norma del artículo 675 Código Civil, con las de la Ley 200 de 1936 y 160 de 1994, permiten llegar a una conclusión diferente a la que arribó la Corte Suprema, como procedemos a explicar:

Existen unos presupuestos que permiten la iniciación de un proceso, su desarrollo y su culminación con una sentencia, éstos han sido denominados

presupuestos procesales y fueron definidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de enero 21 de 1971 como:

> *"... ... requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica procesal y cuya falta determina, según la índole del presupuesto, la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa"*

Respecto a la clasificación de los presupuestos procesales sostiene el profesor DEVIS ECHANDÍA:

> *"Nuestra Corte Suprema generalmente apenas se refiere a los siguientes presupuestos procesales; jurisdicción, competencia, capacidad para comparecer al proceso o sea capacidad procesal, demanda en forma y capacidad para ser parte (la última para comprender erróneamente los casos de interés sustancial para la sentencia de fondo o mérito y legitimación en la causa). Pero creemos que es una clasificación demasiado simplista y muy incompleta."*
>
> *"Creemos que deben distinguirse los presupuestos procesales así:*
>
> *"*1) Presupuestos procesales previos al proceso, *que se subdividen en dos grupos: a) presupuestos procesales* de la acción, *que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción por el demandante o el denunciante o querellante, y b) presupuestos procesales* de la demanda, que deben reunirse *para que el juez admita la demanda;* 2) Presupuestos procesales del procedimiento, *que atañen al válido desenvolvimiento del proceso, hasta culminar con la sentencia, cualquiera que sea el contenido de ésta. Desde otro punto de vista pueden distinguirse en presupuestos procesales absolutos e insubsanables y presupuestos procesales relativos o saneables según que el vicio causado por su falta puede ser o no saneado"* [1]

Conforme a los apartes citados, en el proceso de pertenencia constituye presupuesto procesal de demanda en forma el que como anexo obligatorio se adune:

---

[1] Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimocuarta edición, 1996, Editorial ABC, Págs. 284 y 285.

> *"... ... un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas* ***que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro.*** *Cuando el inmueble haga parte de otro de mayor extensión deberá acompañarse el certificado que corresponda a éste... ..."* (Numeral 5° Artículo 375 del Código General del Proceso. Negrillas y subrayas nuestras).

Sin este requisito, la demanda ni siquiera podía admitirse, y mucho menos el proceso tramitarse, porque es que no se puede iniciar un proceso de declaración de prescripción adquisitiva de dominio, desconociendo a quién se va a privar de tal derecho, por ello reitera la parte final del numeral antes trascrito:

> *"Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella"*

Sobre la importancia y requisitos que debe tener el certificado a que aluden las anteriores normas, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-383 de Abril cinco de 2000, con ponencia del DR. ÁLVARO TAFUR GALVIS, citada en la ponencia finalmente adoptada y que en párrafos anteriores a los allí transcritos señala:

> *"El certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos, de que trata el numeral 5o. del artículo 407 del C.P.C., demandado, constituye un documento público (C.P.C., art. 262-2) que cumple con varios propósitos, pues no sólo facilita la determinación de la competencia funcional y territorial judicial para la autoridad que conocerá del proceso -juez civil del circuito del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble (C.P.C., art. 16-5)-, sino que también permite integrar el legítimo contradictor[6], por cuanto precisa contra quien deberá dirigirse el libelo de demanda.*
>
> ***Así se tiene que, el sujeto pasivo de la demanda de declaración de pertenencia estará conformado por la persona o personas que aparezcan en el aludido certificado como titulares de derechos reales principales sujetos a registro -propiedad, uso, usufructo o***

habitación- sobre el bien en litigio, a quienes se les notificará del auto admisorio de la demanda, permitiéndoles iniciar la correspondiente defensa de sus derechos. Si en ese documento no se señala a nadie con tal calidad, porque no hay inscrito o no se ha registrado el bien, se daría lugar al certificado negativo, obligando dirigir la demanda contra personas indeterminadas.

En virtud de lo anterior, no se puede desconocer la importancia que tiene el ejercicio de un control de legalidad sobre el contenido del certificado por el juez de la causa, con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el numeral 5o. del artículo 407; toda vez que, al admitir la demanda dispondrá sobre la notificación personal al demandado identificado en el mismo, la inscripción de la demanda y el emplazamiento mediante edicto, de todas las personas que, aunque desconocidas, se crean con derechos sobre el respectivo bien y puedan hacerse presentes (C.P.C., art. 407-6).

De esta manera, desde el momento de la admisión de la demanda, se otorga primacía a los principios de seguridad jurídica y de eficiencia, economía y celeridad procesales, pues se logra claridad frente a la situación de titularidad de derechos reales principales sujetos a registro sobre el bien que se pretende obtener mediante la prescripción adquisitiva.

En este orden de ideas, surgen tanto para el registrador de instrumentos públicos como para el demandante, deberes de conducta calificada en relación con los fines esperados para el desarrollo y éxito del proceso de pertenencia." (Resaltado fuera del texto original).

En la sentencia C-275 de abril cinco de 2006, también con ponencia del DR. ÁLVARO TAFUR GALVIS, aludió a que la certificación del Registrador, podía también dar cuenta, de que el bien no aparecía inscrito, pudiéndose iniciar con ella el proceso de pertenencia:

"Puede suceder que, sin que se derive de la mala fe del demandante, los datos que este suministre a pesar de ser todos los que posee resulten insuficientes para que el Registrador pueda identificar el inmueble o los derechos reales de que se trate. Puede suceder igualmente que ante una solicitud presentada en debida forma por

quien pretende iniciar un proceso de pertenencia la Oficina de registro no responda de ninguna manera dentro del término legal. ***Para la Corte es claro que en las hipótesis a que se ha hecho referencia en esta sentencia la imposibilidad de obtener el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos en los términos que se señalan en el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil se convierten en un obstáculo insalvable, sin que se encuentre ninguna justificación para que el demandante que se encuentra en esas circunstancias se vea obligado a asumir las consecuencias.*** *Recuérdese que dicho certificado constituye requisito indispensable para la admisión de la demanda y que si bien no cabe duda de i) que los derechos de los titulares de derechos reales deben ser protegidos, ii) la finalidad legítima del requisito señalado y iii) la obligación del demandante de a) actuar de buena fe, b) solicitar el certificado aludido aportando toda la información de que dispone sobre el bien y las personas que tengan derechos reales sobre él, y c) dirigir la demanda contra quienes figuren en el referido certificado, ello no puede significar que por circunstancias ajenas al peticionario, ante la no expedición del referido certificado se prive al actor en el proceso de pertenencia de la posibilidad de ver admitida su demanda y por ende garantizado su derecho al acceso a la justicia (art. 229 C.P.).* ***Por ello, la norma acusada debe entenderse en el sentido de que en ningún caso, el registrador de instrumentos públicos puede dejar de responder a la petición, de acuerdo con los datos que posea y dentro del término legal. Téngase en cuenta que la respuesta puede tener el contenido que resulte de la verificación de lo que consta en el registro, inclusive que el bien no aparece registrado."*** (Las negrillas y subrayas no pertenecen al texto original).

Colígese entonces que, si el bien cuya adjudicación se pretende posee una matrícula inmobiliaria dentro del sistema de registro de instrumentos públicos, debe dirigirse la demanda contra los titulares de derechos reales que aparezcan inscritos dentro del mismo.

En el sub lite, la accionante dice poseer el bien inmueble ubicado en el barrio el Socorro de la Comuna 13 de Medellín, cuya nomenclatura para la fecha de interposición de la demanda era Carrera 101 #47C-45, pero para que el Registrador de Instrumentos Públicos pudiera expedir la certificación que adunó a la demanda, se limitó a indicar los linderos actuales y no los que tenía el terreno para el año en que entró a ocuparlo.

Tampoco realizó un estudio de títulos de los terrenos colindantes, para saber en cuál matrícula inmobiliaria estaba inscrito el terreno poseído. En suma, no se realizaron las gestiones necesarias para determinar de cuál inmueble de mayor extensión se había desprendido el que hoy es objeto del proceso.

Es que, no puede decirse que un lote de terreno que hace parte de un barrio como el Socorro, que tiene más de 40 años de fundación, que hace parte de la zona urbana de Medellín, no tenga matrícula inmobiliaria. Para cuando el barrio se fundó, la zona eran fincas rurales, que tenían propietarios, y sus correspondientes matrículas inmobiliarias. En estas fincas se asentaron personas de pocos recursos económicos, desplazados por la violencia y campesinos sin tierra, que buscaron asiento en la ciudad de Medellín, así iniciaron posesiones en terrenos ajenos, construcciones ilegales, que terminaron conformando lo que hoy es el Barrio "El Socorro". Por tanto, una cosa es que no se haya podido establecer de cuál folio de matrícula inmobiliaria se desprendió el lote de terreno que hoy posee la demandante y otra que no exista jurídicamente por no tener matrícula o que sea baldío, como lo sostiene la ponencia que glosamos.

En efecto, según define el artículo 675 del Código Civil:

> *"Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales* ***carecen de otro dueño"*** *…."*

Solo exige la norma, que no tenga otro dueño. En sentido contrario, si las tierras tienen un propietario o poseedor, gozan de presunción de privacidad, y no son baldías. Y esa, sí es una presunción establecida por la norma, cuando en el mismo estatuto civil, en el capítulo "DE LA POSESIÓN", artículo 762, consagra:

> *"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él"*
>
> *"**El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo"*** (Resaltado nuestro).

Así las cosas, cuando hay una persona construyendo, cultivando, usufructuando o explotando un lote de terreno, se presume que él es el dueño y no el Estado, pues para que sea de éste último, no debe tener ningún vestigio de actos de señorío o propiedad, en otras palabras, debe ser terreno virgen, inexplorado, inexplotado. Eso no es posible en el área urbana de una ciudad y menos en una metrópoli como Medellín.

Y es esto tan cierto, que la regulación y desarrollo del concepto de terreno baldío se presenta con mayor claridad en la Ley 200 de 1936, la Ley 4ª de 1973 y en la Ley 160 de 1994, cuando se tipifica la prescripción agraria, propia de los terrenos rurales y diferente del modo de adquisición de la ocupación, que se da sobre bienes baldíos.

En estos preceptos quedó claro, que, para calificar un terreno como baldío, debía tenerse la convicción de que no había actuado el hombre sobre él, bien fuera para mejorarlo, cuidarlo o explotarlo.

Estableció el artículo 111 de la Ley 160 de 1994, reiterando lo consagrado en la Ley 4ª de 1973:

> *"Art. 2°. Se presume que no son baldíos sino de propiedad privada, los fondos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueños, como las plantaciones o*

sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. El crecimiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos pruebas de explotación económica pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella. La presunción que establece este artículo se extiende también a las porciones incultas cuya existencia se demuestre como necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de éste, aunque en los terrenos de que se trate no haya continuidad o para el ensanche de la misma explotación. Tales porciones pueden ser conjuntamente hasta una extensión igual a la mitad de la explotada y se reputan poseídas conforma este artículo."

"Art. 4. Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1o de esta Ley, durante cinco (5) años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación, ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo.

PARAGRAFO. Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se haya poseído quieta y pacíficamente durante los cinco (5) años continuos y se suspenden en favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos." (Subrayas fuera del texto original).

Respecto a la importancia e impacto social que en su momento tuvieron las leyes 200 de 1936 y 4ª de 1973, indicó en la ponencia presentada en el XI SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO AGRARIO, el profesor MANUEL RAMOS BERMÚDEZ:

"La Ley 200 de 1936.

Constituye, desde el punto de vista legal, el momento en el cual empieza la elaboración del moderno derecho agrario colombiano, ya que estableció nuevas instituciones jurídicas, propias del derecho agrario, como la posesión económica del suelo y su establecimiento como condición de subsistencia de la propiedad sobre la tierra; la prescripción adquisitiva agraria; la extinción del dominio privado sobre fundos rurales dejados de explotar durante determinado tiempo, y transformó otras, adaptándolas a las exigencias de una condición más productiva de las tierras –tal el caso, del Derecho Civil, de negar las acciones posesorias, salvo las especiales, a los propietarios que no adelantaran explotaciones agrarias, pues la ley las limita a los poseedores económicos-, a los lineamientos constitucionales sobre función social de la propiedad e intervención del Estado en la economía para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza. Por otra parte, en el referido estatuto de tierras se hallan precedentes de las formulaciones del derecho procesal agrario, como la obligación, para el Juez de Tierras, de practicar personalmente la prueba de inspección ocular al inmueble rural (principio de la inmediación) y el deber para aquel funcionario, en la valoración de las pruebas, de aplicar el criterio de la persuasión racional (principio de la sana crítica).

Sus enunciados y avances en el proceso de formación del Derecho Agrario colombiano se resumen así:

a) La presunción legal de que no son baldíos, es decir, tierras públicas de propiedad de la nación colombiana, sino de propiedad privada, los fundos poseídos económicamente, o sea aquellos sobre los cuales se adelanta una explotación agraria por medio de hechos positivos de dueño.

b) La presunción de que son tierras baldías y pertenecen al Estado colombiano, los terrenos no explotados económicamente.

c) Creación de la figura de la posesión agraria, agregándole a la noción clásica del derecho civil un contenido económico y social.

d) La reversión a la Nación, del derecho de dominio que tuvieren particulares sobre aquellos predios que no hubieran explotados económicamente durante diez años.

e) El acceso a la propiedad de la tierra, a quienes durante cinco años hayan ocupado un inmueble rural de propiedad privada con la creencia de que era baldío, lo que constituye la prescripción adquisitiva agraria con base en la posesión económica. Esta medida favoreció especialmente a los campesinos pobres que ocupaban tierras subutilizadas o inexplotadas por sus dueños.

f) La protección a poseedores económicos y propietarios legítimos contra ocupaciones de hecho.

g) Creación de los Jueces de Tierras, con la finalidad de que conocieran en primera instancia de las demandas que se promovieran en ejercicio de las acciones judiciales que consagró la ley, en especial las posesorias, la prescripción agraria y el lanzamiento por ocupación de hecho, previstas para solucionar los conflictos relacionados con la tenencia de la tierra, o lograr, como poseedores materiales, o prescribientes, los títulos de propiedad. La ausencia de aquellos jueces en muchos lugares del país, las limitaciones de la intervención judicial en algunos conflictos sociales, o la escasa independencia judicial para actuar sin sujeción a los poderes locales, produjo un resultado perverso, pues facilitaba a los terratenientes mantener la titularidad respecto de los terrenos en litigio. En muchas localidades y regiones, los intereses de los sectores políticos y económicos dominantes, especialmente los de los hacendados, permeaban el poder judicial, pues los diputados de las asambleas departamentales y los integrantes de los concejos municipales elegían a los magistrados de los tribunales y a los jueces, seleccionándolos de su propio feudo partidista, con lo cual garantizaban los resultados de las eventuales controversias jurídicas que adelantaran los campesinos.

La institución de los Juzgados de Tierras es antecesora de los Jueces Agrarios que serían instituídos 53 años más tarde. Sin embargo, los Juzgados de Tierras serían suprimidos algunos años más tarde, mediante la Ley 4ª de 1943, dentro del proceso de reacción de los propietarios rurales agremiados contra la incipiente y garantista legislación agraria, y bajo el pretexto de que, no se justificaba su existencia, por el escaso volumen de trabajo que representaba el conocimiento de sólo dos acciones: lanzamiento por ocupación de hecho y posesorias.

Las disposiciones consagradas en la Ley 200 de 1936, si bien se expidieron, además de las intenciones ya vistas, para buscar el progreso del país y mejorar las condiciones de vida del campesino,

produjo los siguientes resultados opuestos y negativos a sus motivaciones formales:

• No se obtuvo un incremento significativo en la explotación de las tierras incultas o subutilizadas.

• No hubo amparo del pequeño propietario ocupante de buena fe, ni se consolidó su situación en la explotación de la parcela.

• Aunque calmó temporalmente la agitación social que se vivía en el campo, por las expectativas que creó, no representó una redistribución de la gran propiedad latifundista ni se mejoraron las condiciones de vida de los campesinos pobres. Por el contrario, los pequeños arrendatarios y aparceros fueron lanzados de las tierras mediante vías de hecho y los latifundios de la clase terrateniente se mantuvieron prácticamente improductivos. La táctica para evitar el conflicto agrario consistió en sustituir la agricultura por la ganadería extensiva.

• No se aplicó nunca la extinción del derecho de dominio de las tierras incultas pertenecientes a los propietarios ausentistas.

• Promovió la aparición de un proletariado rural, como resultado de la acción defensiva que adelantaron los propietarios para imposibilitar que la ley pudiera proteger en determinadas circunstancias a los campesinos que aspiraran a demandar prescripciones adquisitivas a su favor, u otros derechos, como el pago de las mejoras.

• La sesgada interpretación de la Ley 200 de 1936 por los jueces civiles fortaleció el criterio de la posesión inscrita en el registro civil de la propiedad, característica del Derecho Civil, en vez del principio de la posesión agraria, material, hecho económico, esto es la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, que hace presumir la propiedad frente al Estado."

"Ley 4ª de 1973."

Esta ley introdujo tres modificaciones fundamentales a la Ley 200 de 1936, así: a) Reafirmó el concepto de posesión agraria; b) redujo de diez a tres años continuos el término de inexplotación económica imputable al propietario que se exigiría para decretar la extinción del

dominio privado a favor de la Nación; c) facilitó la prescripción adquisitiva agraria de cinco años.

Por otra parte y como era su propósito fundamental, modificó las anteriores leyes de reforma agraria, la 135 de 1961 y la 1ª de 1968. Adicionalmente y coherente con esa materia, facultó al Presidente de la República para crear e integrar, en el término de un año, una Sala Agraria en el Consejo de Estado, que es el máximo tribunal de la justicia contencioso administrativa en el país. Aunque esas atribuciones extraordinarias no fueron empleadas por el Gobierno, algunos autores han visto en esa circunstancia un estímulo a la organización de la jurisdicción agraria, apreciación que no se comparte, ya que la intención del legislador, al habilitar al Gobierno para crear esa Sala, no era la de atribuirle el conocimiento de los procesos propios de esa jurisdicción, sino los relativos a las contenciones entre la administración pública y los particulares, características de la justicia administrativa." [2]

Advertimos entonces que con esta modalidad de posesión, se pretendía permitir al campesino que accediera a la tierra que había explotado económicamente, con plantaciones o cultivos (carácter agrario), un predio que por carencia de signos posesorios daba la impresión de ser baldío, o sea que en principio podía adquirirse por el modo de la ocupación, pero apareciendo que no era de la Nación, sino de un particular, debía reconocerse todo ese tiempo de explotación económica, a partir del momento de haberse iniciado con esa convicción equivocada, para permitir a quien la había ejercido por un término superior a cinco (5) años, de forma quieta, pública y pacífica, hacerse dueño.

O sea, a los actos posesorios ejecutados, que definitivamente deben ser de carácter agrario (explotación económica de la tierra con carácter agrícola, pecuario o industrial), se debe sumar la creencia errada por supuesto, de que el bien era baldío y la realización de la actividad agropecuaria respecto de este, sin ocultamiento, ni violencia.

[2] Presentada en Bogotá, en Junio 10 de 2003.

Así lo explicó la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que aún mantiene plena vigencia: [3]

> *"El art. 12 de la Ley 200 de 1.936, modificado por el art. 4º de la Ley 4ª de 1.973, consagró la prescripción adquisitiva agraria, de corto tiempo, por la cual se permite la adquisición del derecho de dominio a quien de buena fe ejerce la posesión económica de terrenos que considera baldíos, por no estar explotados económicamente por su dueño en la época en que se produjo la ocupación, pero a la postre resultan ser de propiedad privada, exigiéndose para ello que la posesión se ejerza quieta y pacíficamente por un período de cinco años continuos, amén de no recaer en franjas de tierra que correspondan a las reservas del fundo, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 200 de 1.936.*
>
> *"La prescripción especialísima de corto tiempo establecida por el artículo 12 de la Ley 200 de 1.936, ha precisado la Corporación, '... sólo tiene lugar cuando por la ausencia de toda mejora, cerramientos, construcciones o hechos que revelen la explotación económica anterior del suelo en los términos del artículo 1º. de la mencionada ley, dé ocasión a presumir de buena fe al colono que penetra en ellas, que se trata de tierras baldías de la Nación susceptibles de la apropiación mediante su explotación económica y que las mismas no están comprendidas dentro de las reservas de explotación, que corresponde a todo predio rural, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo precepto' (G.J. LXVIII, pág. 582).*
>
> *"La buena fe exigida al poseedor como condición para estructurar esta especie de prescripción, radica en su convencimiento de estar penetrando en tierras baldías, es decir, no adjudicadas por el Estado, cimentado en la ausencia de vestigios de explotación económica del predio por parte de eventual dueño.*
>
> *"La ley desde siempre, y hoy la propia Constitución Política, atendiendo valores bilaterales de la sociedad, supone la buena fe como pauta orientadora del obrar de los individuos. Por ello, como presunción, a modo de principio general, se le consagra, tal como ha tenido oportunidad de explicarlo la Corporación: '... En efecto, realizada una actuación por una persona ha de presumirse que ésta es normal: entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del consentimiento y de móviles constitutivos de mala fe. Entonces, quien alegue estos factores anormales del proceso síquico de esa actuación, tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador*

[3] Sentencia de Agosto 10 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente 4829. Gaceta Judicial Tomo CCLV No.2494.

pueda inferirlos y derivar de los mismos las consecuencias previstas por la ley' (G.J. Tomo CXXIV, págs. 232 y 233)".

En otro aparte indica:

"……si bien es cierto el art. 4° de 1973, modificatorio del art. 12 de la Ley 200 de 1936, exige que sea quieta y pacífica, tal exigencia no vas más allá de reclamar que no sea violenta, es decir, que no se haya adquirido con utilización de la fuerza, en cualquiera de sus modalidades, exigencia que por demás acompasa con la buena fe inicial que se demanda del poseedor, pues si éste penetra en el bien que pretende poseer prevalido de la fuerza, esta circunstancia de suyo descarta que abrigue la creencia de hallarse en terrenos baldíos, cuyo dominio pueda adquirir mediante explotación económica…."

"……."

De acuerdo con ellas, así como de lo expuesto al despachar el cargo propuesto, resulta claro que concurren las condiciones exigidas por el art. 4º de la Ley 4ª de 1.973, norma a cuyos dictados decidieron acogerse los demandantes, para declarar la prescripción adquisitiva invocada respecto de los fundos descritos en el libelo introductor.

Pero como dicha norma prevé que la prescripción allí autorizada no cubre sino el terreno cultivado o aprovechado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios, en las condiciones en ella establecidas, es claro que sólo puede recaer en la franja de terreno poseída económicamente por los demandantes, franja que en cuanto tiene que ver con Luis Angel Ramírez Escobar, corresponde a la especificada en la experticia que obra a fls. 18 a 22 del c.3 y no a la expresada en la pretensión primera del libelo introductor, como erróneamente sentenció el a-quo."

En el sub lite, con las pruebas practicadas en el plenario, se estableció que la señora AURA ROSA TORRES RUA, recibió el lote de terreno objeto del proceso de manos del señor HERNANDO BECERRA y que durante 25 años lo ha ocupado y disfrutado con su familia, por tanto, reconoce que con anterioridad a sus actos de señora y dueña, existía otro poseedor, que conforme a la ley se reputa dueño, lo que le permitía adquirir por el modo

de la prescripción, pero no pudo acreditar quién era el verdadero titular del derecho de dominio, ni la existencia jurídica del bien, que hizo parte de otro de mayor extensión, por lo que no era posible acceder a sus pretensiones.

Son estas las razones que nos obligaron a apartarnos de la motivación de la ponencia finalmente aprobada.

Respetuosamente,

GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ.
Magistrada.

C.U.D.R. 05001 31 03 008 2017 00269-01.