

EL TÍTULO PRELIMINAR , AUXILIARES
DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE
DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN
LA LEY 794 DE 2003

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

EL TÍTULO PRELIMINAR , AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN LA LEY 794 DE 2003

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

EL TÍTULO PRELIMINAR, AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN LA LEY 794 DE 2003

AUTOR: IVAN SANTOS BALLESTEROS

DIRECCION: Facultad de Derecho UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 03/06/2003

DESCRIPTORES: Gratuidad de la justicia civil, Instancias, Interpretación de normas procesales, auxiliares de la justicia, declaración de pertenencia.

RESUMEN: Estudio sobre la incidencia de la ley 794 de 2003 en el título preliminar, los auxiliares de la justicia, y la declaración de pertenencia en el actual Código de Procedimiento civil.

KEY WORDS: free civil justice, instances, justice auxiliaries, property claim, proceeding, interpretation

ABSTRACT: This paper analyses the consequences of law 794 of 2003 on the preliminary title, the justice auxiliaries and the property claim procedure.

MOTS CLEFS: Justice Civil gratuite, auxiliares de la justice, instances, declaration de la propriété, interprétation.

SYNTHESE: Cet article analyse les conséquences de la Loi 794 de 2003 sur le titre préliminaire, les auxiliaires de la justice et le procès de déclaration de la propriété.

1. LAS DISPOSICIONES GENERALES EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El actual C. de P. C., regulado por los decretos 1400 y 2019 de 1970, ha sido objeto de algunas modificaciones introducidas especialmente por los decretos 2279 y 2282 de 1989, 2651 de 1991; las leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 572 y 591 de 2000, estas dos últimas tienen que ver con los artículos 19 del C. de P. C. en materia de cuantías y 366 sobre procedencia del recurso de casación, respectivamente, y más recientemente, la ley 794 de 2003.

El Título Preliminar del C. de P. C. contiene disposiciones especiales que deben mirarse como sus Principios Rectores. Estos son:

1.1 Gratuidad de la justicia civil

El artículo 1° del C. de P. C. fue modificado por el artículo 1° de la ley 794 de 2003. La prestación del servicio de la justicia civil es gratuito. Esta es la regla general, con la excepción de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría. Igualmente se consagra para las partes la carga de sufragar los gastos que se

causen con ocasión de la actividad que realicen, sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de costas. Constituyen costos procesales que deben asumir las partes o terceros, a manera de ejemplo, el pago de honorarios a los abogados que los representen, valor de las fotocopias de la demanda para el archivo del juzgado y de los demás anexos para su traslado, valor de inscripciones de las demandas, sentencias y otros actos en oficinas de registro de instrumentos públicos, cámaras de comercio, oficinas de tránsito, etc.; costos de publicación de listados o edictos emplazatorios o avisos de remate en medios de comunicación idóneos; cancelación de honorarios a secuestres, peritos, curadores ad-litem y demás auxiliares de la justicia, pago de portes para la remisión de expedientes y envío de oficios, telegramas, etc.; en procesos ejecutivos, pago del impuesto del 3% del valor de la adjudicación en remate de bienes; las tarifas, expensas y gastos que se causen por el remate ante Martillos legalmente autorizados, Cámaras de Comercio y Notarías, serán sufragadas por quien lo solicitó, las que no serán reembolsables y tampoco tenidas en cuenta para efectos de liquidación de costas (artículo 58 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 528 del C. de P. C.).

Tema de actualidad y trascendencia social dentro del proceso es el que tiene que ver en torno a si la justicia debe ser gratuita o por el contrario onerosa. Si se consagrara la onerosidad de la justicia, afirman sus defensores, la labor de los jueces sería más pronta porque sólo acudirían a ella quienes estuvieran revestidos de razón y no se formularían actuaciones temerarias. Otros han llegado a solicitar la implantación del otorgamiento de una caución, diferente a la que se presta para el decreto de medidas cautelares, como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda. Al consagrarse esta tesis, muchos usuarios potenciales de la administración de justicia no podrían acceder a ella, aún cuando estuvieran asistido del derecho sustancial. Se les negaría el derecho fundamental consagrado en la C.P. en el artículo 229: " Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia..."

La administración de justicia se encuentra la servicio de todos los asociados. De ahí que al consagrarse el principio de la gratuidad de ella se estaría aplicando también el principio de la igualdad (artículo 13 C.P.)

En un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes, con referencia a la ciudad de Bogotá, citado por LIBARDO JOSE ARIZA, docente de la misma, se anotó que los procesos ejecutivos, entre 1983 y 1995 constituían cerca del 60% del total, según datos estadísticos del DANE. Con fundamento en las cifras estadísticas recogidos por el CIJUS, se llegó a la conclusión que entre 1992 y 1997, el 70% de los conflictos presentados

ante la justicia civil, correspondían a procesos ejecutivos. Se pudo observar una relación de dominación económica en el ámbito comercial. De una parte, acreedores que en su gran mayoría constituyen usuarios frecuentes de la administración de justicia, como por ejemplo, bancos y corporaciones de ahorros, y de la otra, deudores que actúan aisladamente. En períodos de recesión económica, los conflictos comerciales tienden a aumentar y la judicialización de ellos se efectúa a través de los procesos ejecutivos, que requieren de una solución rápida y eficaz con efectos negativos para los demás conflictos, como es el caso de los procesos declarativos que pasan a un segundo plano.

En el trabajo mencionado, se planteaba la posibilidad de equilibrar las relaciones que se dan al interior de la jurisdicción con la elevación del costo del litigio, particularmente imponiendo tasas judiciales, bien de manera general para todo tipo de proceso, o bien para alguna de las categorías de procesos, selectivamente. Paradójicamente, esta medida no ha sido implantada en Colombia, a diferencia de lo que sucede en otros países, que permiten cobrar una tasa a los usuarios que ayudan con sus procesos a congestionar el sistema judicial y que cuentan con recursos económicos suficientes¹

La ley 794 de 2003 tuvo en cuenta la anterior situación, porqué gran parte de las modificaciones al C. de P.C recayeron sobre los procesos ejecutivos, y en consecuencia, los cambios introducidos a los demás tipos de procesos apenas fueron tangenciales. Ojala no vivamos en la realidad la famosa fábula de la liebre y la tortuga.

Al momento de entregar este artículo para su publicación, el autor se enteró de la presentación del proyecto de ley 192 de marzo 11 de los corrientes a la Comisión Primera de la Cámara, por parte del Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Carlos Enrique Marín y que busca regular las expensas judiciales. La parte procesal que obtenga una condena de contenido económico a su favor, con excepción de los procesos penales, laborales y de familia, reconocerá a la rama judicial, a título de expensas judiciales, el equivalente al 1% del valor contenido en el fallo, con destino a la administración de justicia y para sus programas de inversión.

En Colombia, señalábamos anteriormente, la excepción al principio de la gratuidad la constituye el pago de expensas.

¹ Ariza, LIBARDO JOSE. " El uso de los procesos ejecutivos ". Ambito Jurídico Legis. Separata bimestral. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá Mayo de 2000, p. 4

Por el aspecto anterior, entre nosotros, la justicia es parte onerosa. Basta acudir al artículo 392 del C. de P. C. , modificado por el artículo 42 de la ley 794 de 2003.

Este artículo ya había sido objeto de alguna mutilación en su inciso 2º. , numeral 1º. Recordemos que la norma contenía una prohibición de condena en agencias en derecho a las instituciones financieras nacionalizadas, a los departamentos, los distritos especiales y los municipios. La expresión "instituciones financieras nacionalizadas " fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 26 de julio de 1990.

Posteriormente , en sentencia del 28 de julio de 1999, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones "las intendencias, las comisarias" , desaparecidas en la constitución de 1991, y "pagar agencias en derecho, ni». Consideró la Corte Constitucional que la exención de la condena al pago de agencias en derecho consagrada a favor de la nación y entidades territoriales constituía un tratamiento discriminatorio que violaba el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P.

Este inciso no quedó consagrado en el nuevo artículo 392 del C. de P. C.

Las costas se causan durante el curso del proceso y la actuación posterior. Comprenden las expensas, en general los gastos, al igual que las agencias en derecho. Como se puede observar, las costas constituyen el género y las expensas, especies de estas, así como las agencias en derecho. Estas últimas equivalen al valor dado por el juez a la tarea del abogado que actuó como apoderado de la parte triunfante en el proceso, y si actuó a nombre propio, el valor que corresponda a su trabajo en el proceso. Las agencias en derecho pertenecen a la parte, salvo que entre esta y apoderado se hubiera acordado cosa diferente.

El numeral 1º del artículo 392 del C. de P. C. sin ninguna modificación expresa que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso , o a quienes se les resuelva en forma desfavorable los recursos de apelación, casación o revisión que hubieran propuestos , o en los casos especiales previstos en este código.

El artículo 393 sobre liquidación de costas fue modificado por la ley 794 de 2003, en su artículo 43. La liquidación de costas las realiza el tribunal o juzgado donde se surtió la instancia o el recurso correspondiente, una vez quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo dispuesto por el superior. La nueva ley suprimió el inciso 2º. del numeral 2º., en cuanto disponía que no habría lugar a agencias en derecho a favor de la nación y otras entidades como

las instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos , las intendencias , las comisarias, los distritos especiales y los municipios.

Para la fijación de las agencias en derecho debían aplicarse las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el colegio de abogados del respectivo distrito, o de otro si en dicho lugar no existiere. En la actualidad, dichas tarifas las debe establecer el Consejo Superior de la Judicatura.

2.2 Principios de la iniciación e impulso de los procesos

El proceso civil entre nosotros tiene alguna de las características del principio dispositivo, entre ellas la de que el proceso se inicia a instancia de parte, esto es, con la demanda, previo el lleno de los requisitos generales y especiales señalados en los artículos 75 y 76 del C. de P. C. Para algunas cuestiones, de familia, la ley permite su iniciación oficiosa, como sucede con la protección de la vida del nasciturus (artículo 91. C.C.) ; emancipación judicial ante el despliegue de ciertas conductas de los padres , como los malos tratos , abandono, degradación, o que hubieran sido condenados penalmente (artículo 315 C.C.) ; la remoción del guardador en los casos del artículo 630 del C.C. ; la interdicción del demente cuando el enfermo mental actúe con violencia o le produzca incomodidad a los habitantes del lugar (artículo 659, ordinal 1º del C.C.) ; el trámite de la rendición de cuentas del secuestro , que puede iniciarse en cualquier tiempo, aún de oficio (artículo 689 del C. de P. C.) ; el proceso de alimentos a favor de menores , conforme lo señala el artículo 139 del Código del Menor.

El inciso 2º. de este artículo consagra otro principio rector, el del **impulso procesal**: " con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos por negligencia suya". Este principio se encuentra ratificado en el artículo 4º. de la ley 270 de 1996 en cuanto dispone que " la administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar».

Los jueces, una vez admitida la demanda e integrada la relación jurídica procesal están en el deber de ordenar los actos, adoptar las decisiones que consideren necesarias para el trámite oportuno de los procesos. Este principio comporta también el deber de los jueces de decidir en los términos señalados en el artículo 124 y 651 numeral 4º. del C. de P. C.

El artículo 685 del C. de P. C. le sigue imponiendo al juez el deber de resolver sobre las solicitudes de medidas cautelares, a más tardar al día siguiente del reparto o de la presentación de ellas.

El impulso del proceso es considerado como uno de los deberes del juez en el artículo 37, numerales 1, 6, 8, y 9 del C. de P. C. Igualmente aparece regulado en el artículo 228 de la C.P.

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de febrero 5 de 1996 calificó como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el "derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos".

A las partes también se les exige cierta actividad, en especial a la parte demandante, para que propicie la agilización del trámite procesal, so pena de que se viera sometida a la sanción del artículo 346, hoy sin vigencia alguna, según lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 70 de la ley 794 de 2003.

Así, en cuanto al remate, el juez no lo puede ordenar de oficio. En firme la sentencia a que se refiere el artículo 507 o la contemplada en el artículo 510, únicamente podrá solicitarlo el demandante, así no este en firme la liquidación del crédito. En firme dicha liquidación cualquiera de las partes podrá solicitarlo (artículo 523 del C. de P. C.). El artículo 608 del C. de P. C. dispone que el juez decretará la partición de los bienes sucesorales, a solicitud del cónyuge sobreviviente o de cualquier heredero o legatario, salvo cuando está pendiente el remate de bienes.

2.3. Principio de las instancias

Consagra el artículo 3º del C. de P. C. que los procesos tendrán dos instancias (regla general), a menos que la ley establezca una sola. Este principio lo confirma el artículo 31 de la C.P., al disponer: " Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Para la Corte Constitucional, el principio de las dos instancias, desde el enfoque de la C.P., reviste el carácter de fundamental, ya que constituye una de las garantías del debido proceso, a la vez que de la función judicial.

Sobre el principio en comento, a manera de excepción, en los procesos que se tramitan en única instancia, sus sentencias no tienen recurso de apelación. Recordemos que en materia del proceso ejecutivo singular con título personal

desapareció el proceso ejecutivo de mínima cuantía, conforme lo dispone el ordinal b) del artículo 70 de la ley 794 de 2003, al ordenar que estos procesos se tramitarán en única instancia bajo las reglas establecidas para los procesos ejecutivos de mayor y menor cuantía.

2.4. Interpretación de las normas procesales

El artículo 4º del C. de P. C. consagra que en la labor de interpretación de la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos de los asociados reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que le surjan al juez en esta labor deberá aclararlas mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que tenga cumplimiento la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad las partes. Este derecho de defensa aparece consagrado en el artículo 3º. de la ley 270 de 1996: "En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla".

Debe entenderse que en la aplicación de la ley, el juez no se limitará a asegurar la efectividad de las normas consagradas en leyes materiales. En un plano superior se encuentran la garantía y el respeto a los derechos fundamentales.

El juez, al ir a aplicar la norma procesal puede encontrar dudas. En este caso debe estar seguro de no ir a vulnerar derechos fundamentales. Podrá salvarlas, acudiendo a la utilización de los de los derechos fundamentales, en especial aquellos que tienen que ver con el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

En sentencia T-460 de 1992 expresó la Corte Constitucional que "es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material".

Según la misma sentencia, el derecho al debido proceso comprende los siguientes derechos:

a) Derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces. A obtener de la rama judicial del poder públicos decisiones

motivadas, a impugnar las decisiones judiciales ante autoridades de superior jerarquía, y al cumplimiento de lo decidido en los fallos.

b) Derecho al juez natural, el que se identifica con el funcionario que tiene capacidad o aptitud legal para el ejercicio de la jurisdicción en determinados procesos conforme con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la distribución del trabajo que establece el legislador entre los integrantes de la judicatura.

c) El derecho a la defensa judicial, el que se entiende como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para hacerse oír y obtener una decisión a su favor. De este derecho forman parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho a la asistencia de un abogado; de la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo que exige que el proceso no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, el que sólo encuentra efectivo reconocimiento cuando los funcionarios encargados de la tarea de administrar justicia, ejerzan sus funciones separadas de las atribuidas a las ramas ejecutiva y legislativa, y

f) El derecho a la imparcialidad del juez, entendida esta cuando decide con fundamento en los hechos conforme con los imperativos del orden jurídico sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Dentro del principio del debido proceso se encuentra también el de que toda persona tiene derecho a promover la actividad judicial para solicitarle al estado la protección de sus derechos e intereses legítimos ²

2.5 Vacíos y deficiencias del código

Toda labor del hombre está sujeta a la contingencia de la imperfección. Desde este punto de vista se explica la consagración del artículo 5º. , según el cual, los vacíos se llenarán con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estos

² Velásquez Gómez, JUAN GUILLERMO . " Interpretación del Código de Procedimiento Civil" . Parte General . Primera Edición. Señal Editora, Medellín, 1997, p. 43.

con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal. Este es el orden lógico para que el juez pueda llegar a cumplir este cometido. Primero acudir al caso semejante, no el idéntico, sino que ambos deben tener algo en común. A falta de tales normas, a los principios constitucionales y a los generales del derecho procesal.

La Corte Constitucional en desarrollo de su gestión, ha reconocido veintinueve principios constitucionales que tienen que ver con el derecho procesal. Unos corresponden a normas particulares principales constitucionales; otros a normas particulares no principales, pero que han sido obtenidos por inducción, sin descartar principios jurisprudenciales. A manera de ejemplo, enunciaremos algunos principios constitucionales en el sentir de la Corte Constitucional: Prevalencia del derecho sustancial; principio de igualdad; principio de doble instancia; principio de la independencia judicial; principio de la supremacía o prevalencia constitucional; principio de la cosa juzgada; libre acceso a la administración de justicia; celeridad procesal; impugnación; derecho a la protección judicial; debido proceso; no reformatio in Peius; juez natural; principio de la favorabilidad; prohibición a la incriminación; principio de contradicción y derecho natural; buena fe; presunción de inocencia; habeas corpus; prevalencia del interés general; imparcialidad del juez; publicidad; gratuidad; asistencia de abogado, etc. ³

Para Adolfo Alvarado Velloso: "La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente enrután al legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado." ⁴

Desde un punto de vista teórico propio de un estudio de política procesal, siguiendo a CLEMENTE DIAZ, en cita de BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO ⁵ se enuncian como tales el principio de la bilateralidad de la audiencia, en cuanto que el juez no puede decidir una pretensión si la persona en contra de quien se propone no ha tenido oportunidad de ser oída. Este es el principio enunciado como *auditor ex altera pars*, es decir, que nadie puede ser condenado sin haber sido oído; el principio del formalismo, que constituye el desarrollo político legal de la norma constitucional que se conoce con el nombre del debido proceso; el

³ Ramírez Gómez, JOSE FERNANDO . "Principios Constitucionales del Derecho Procesal". Señal Editora , Medellín, 1999, ps. 89 y ss.

⁴ Alvarado Velloso, Adolfo . "Introducción al estudio del derecho procesal", Rubinzal -Culzoni, Editores, Santa Fé , Argentina 1989, p. 255.

⁵ Díaz CLEMENTE . " Instituciones de Derecho Procesal " t. I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, citado por Quintero, BEATRIZ , y Prieto EUGENIO . "Teoría General del Proceso", t. I, editorial Temis, Bogota, 1992, ps. 91 y ss.

principio de la moralidad que es la deontología en el proceso. La buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad constituyen predicados que se involucran en este principio y que se estructuran como concreciones positivas de la legislación como política moralizadora del derecho procesal; el principio de autoridad, que define los límites del aspecto jerárquico autoritario del órgano jurisdiccional como poder del Estado político en el conflicto de las partes. El poder de dirección del proceso, el poder de esclarecer la verdad de los hechos del proceso, como poderes-deberes son corolarios del principio de autoridad; principio de la economía procesal, definido como la aplicación del criterio utilitario en la relación empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad judicial.

Al lado de los principios procesales encontramos los sistemas procesales que son aquellas formas técnicas aptas para el desarrollo de los presupuestos políticos-jurídicos del derecho procesal. Su estudio puede hacerse mediante las distintas formas metódicas que le dan estructura y caracterizan la disciplina jurídica positiva: jueces técnicos o no técnicos, instancia única o instancia plural, jueces unipersonales o pluripersonales, que constituyen los tipos procesales de la organización judicial. Tipos procesales sobre los medios de expresión y las formas de comunicación: tipo procesal oral o tipo procesal escrito; tipo procesal público y tipo procesal secreto, en cuanto responde al interrogante sobre ¿quien tiene acceso al proceso, además del juez y sus empleados?. Tipos procesales sobre los poderes del juez y de las partes en la actividad procesal: el tipo o sistema procesal inquisitivo y el tipo procesal o sistema dispositivo⁶

Por su parte, las reglas técnico jurídicas son aquellas condiciones que conforman técnica y estructuralmente la actividad de los sujetos procesales, y que regulan también la dinámica procesal, como por ejemplo el impulso, la preclusión, la inmediación, concentración, adquisición, etc.⁷

2.6 Observancia de normas procesales

El artículo 6º del C. de P. C fue adicionado por el artículo 2º de la ley 794 de 2003 en el sentido de consagrar que las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento. Se mantuvieron estos dos últimos aspectos. La distinción del derecho en público y privado data desde el Derecho Romano. Según el Digesto, el primero se refiere a la organización de la Ciudad y a las relaciones de ésta con los individuos. El segundo rige las

⁶ Quintero, BEATRIZ, y Prieto, EUGENIO, ob, cit, ps. 108 y ss.

⁷ Ibidem, ps. 127 y ss.

relaciones de los individuos entre sí. Modernamente, conforme a la clasificación aceptada, pertenecen al público los derechos constitucional, administrativo, penal y procesal; al privado, el civil, mercantil, etc.

El consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de de agosto 1º de 2002 expresó que las normas procesales son de orden público en aras de preservar el principio y derecho del debido proceso, la garantía del derecho a la igualdad y la eliminación de la arbitrariedad en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia.

También el artículo mencionado de la nueva ley adicionó el aparte que dispone que dichas normas "en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares", pero en su oportunidad expresó la Corte Suprema de Justicia que "No todas las reglas y ritualidades del derecho procesal son por consiguiente irrenunciables en el concepto de pertenecer al orden público; las partes litigantes pueden, por ejemplo, renunciar válidamente los traslados, términos y ritualidades establecidos en beneficio propio de la parte renunciante y pueden subsanar por medio de ratificación ciertas irregularidades de procedimiento, cosa esta que no sería posible si fuera exacto que siempre está comprometido el orden público en todas las tramitaciones de manera absoluta" (T. XLIX, P. 569).

Igualmente, en sentencia de febrero 10 de 1975 la misma corporación expresó que: "por regla general, todos los actos procesales son solemnes, en el sentido de que no se perfeccionan y que por ende no producen sus efectos, si no se han hecho constar por escrito en el proceso".

2. AUXILIARES DE LA JUSTICIA

El artículo 9º. Del C. de P. C fue modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º modificación 2ª. Con este artículo y los demás que se refieren a este tema revivieron parcialmente el decreto 2265 de 1969 sobre designación de auxiliares de la justicia. El mencionado artículo vino a ser modificado por el artículo 3º de la ley 794 de 2003. Sobre las reglas para designación de los auxiliares de la justicia se mantiene la designación de peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad-litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores, por parte del magistrado sustanciador o por el juez del conocimiento, de la lista de auxiliares de la justicia.

En el auto de designación del curador ad- litem se incluirán tres nombres escogidos de la lista de dichos auxiliares de la justicia. El cargo será desempeñado por el primero que concurra a notificarse del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, según el trámite de que se trate, acto que implica la aceptación de la designación. Los otros dos auxiliares que se incluyan en el auto conservarán su turno de nombramiento en la lista. En el mismo auto de designación, el juez señalará el valor de los gastos de curaduría que deberá cancelar la parte interesada. El pago de esta suma podrá efectuarse mediante consignación a órdenes del juzgado, o bien directamente al auxiliar y acreditarse en el expediente. Todo nombramiento se notificará por telegrama que se debe enviar a la dirección que figure en la lista oficial, y en éste se señalará el día y la hora de la diligencia, a la cual deban concurrir. La copia debidamente sellada por la oficina de telégrafo respectiva, se anexará al expediente. Dicha notificación podrá realizarse por otro medio más expedito (correo electrónico, por ejemplo), de lo cual deberá quedar constancia en la actuación. En idéntica forma se hará cualquiera otra notificación.

El artículo 3º. de la ley 794 de 2003, en lo concerniente a la designación de curadores ad litem, se encuentra demandado ante la Corte Constitucional, por cuanto considera el abogado demandante (Gonzalo Afanador Afanador) que dicha norma "vulnera el derecho a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas, pues no existe ningún mérito para que el primer abogado que se notifique sea favorecido con el cargo " (Expediente 4456, enero 28).

Los demás aspectos relativos a los auxiliares de la justicia, como la designación, aceptación del cargo, calidades y exclusión de la lista no sufrió modificación alguna. Con anterioridad a la expedición de la nueva ley, la Corte Suprema de Justicia había declarado inexecutable la expresión *en la forma determinada en decreto reglamentario, el cual dispondrá, además, lo concerniente a honorarios*, en sentencia de fecha 14 de marzo de 1991.

Sobre la aceptación del cargo, el numeral 8º, ya había sido modificado por la ley 446 de 1998, en su artículo 2º. La actual norma suprimió la expresión: " la notificación por telegrama, se podrá suplir enviando por correo certificado el oficio donde conste la designación del auxiliar de la justicia dentro del proceso".

Sobre honorarios de auxiliares de la justicia, el artículo 388 del C. de P.C. fue modificado por el artículo 41 de la ley 794 de 2003, en el sentido de adicionar que el juez debe señalar los honorarios a los auxiliares de la justicia, conforme con *los parámetros que fije el Consejo Superior de la Judicatura*, una vez hayan finalizado su cometido, o una vez aprobadas las cuentas mediante el trámite correspondiente si quien ejerce el cargo estuviere obligado a rendirlas.

Otra adición tiene que ver con los honorarios que se les fije a los curadores ad litem. Se expresó con anterioridad que en el auto de designación del curador ad litem, el juez señalaba los gastos de curaduría, los que debía sufragar la parte interesada; y que el pago podía realizarse mediante consignación a órdenes del juzgado o directamente al auxiliar, pago que debía encontrarse acreditado en el expediente. Esta suma no tiene ninguna relación con los honorarios y sólo hace referencia a los gastos de curaduría.

En cuanto a los honorarios del curador ad litem, estos "se consignarán a órdenes del despacho judicial, quien autorizará su pago al momento de terminación del proceso o al momento en que comparezca la parte representada por él". No existe claridad en cuanto al momento en que el juez les fija a estos auxiliares los honorarios, vale decir si dichos honorarios los señala al momento de su designación o al terminar su labor por las causas atrás señaladas. Corresponde a la doctrina aclarar este interrogante.

El último inciso del artículo 41 de la ley 794 de 2003 no estaba contemplado en artículo 388 anterior. Señala este que : "Cuando haya lugar a remuneración o reembolso de honorarios por concepto de un dictamen pericial, en ningún caso se podrán exceder las tarifas señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales deberán ser fijadas dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley "

Este inciso final, conforme lo dispuesto por el artículo 70 de la ley referida entró a regir a partir de su promulgación

Un tema que tiene que ver con los auxiliares de la justicia es el relativo a la responsabilidad del Estado por la actuación de estos. El Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 8 de 1991 consideró que al prescribir el artículo 2º de la C.P. que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares ", recalcó que " no solamente el Estado, sino también los particulares tienen deberes sociales que cumplir, para de esta manera lograr los fines esenciales de la comunidad derivados no solamente de la relación individuo – Estado, sino también sociedad-estado, idea que vuelve a consagrarse en el artículo 95 del nuevo texto constitucional cuando enlista como deberes de la persona y el ciudadano el de: "7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia". Señala la misma Corporación que cuando los auxiliares de la justicia actúan en detrimento de los deberes que la Constitución y las leyes les imponen, no solamente pueden llegar a comprometer,

por acción u omisión, la responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de los daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros.

“ Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. Claro está, que “ En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo. Así lo sea transitoriamente aquel deberá repetir contra éste”, según claras voces del artículo 90 Constitución Nacional ”.

3. PROCESOS DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA

3.1. Antecedentes.

En sentencia del 27 de marzo de 1973, la Corte Suprema de Justicia expresó que a través de la declaración de pertenencia, se cumplen dos funciones, simultáneas, pero diferentes: adquirir el dominio y los derechos reales (artículo 2518 C.C.), cuando no se ejercitan durante el transcurso de cierto tiempo (artículo 2535). La primera es la denominada adquisitiva. La segunda, la extintiva.

Hasta 1928, la prescripción sólo se podía hacer valer como excepción. Se necesitaba que el propietario demandara a quien estuviera poseyendo su bien. Al expedirse la ley 120 de 1928 se consagró la acción de pertenencia a favor de quien tuviera a su favor una prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria. El poseedor se encontraba facultado para acudir a la jurisdicción a fin de que se le declarara dueño del bien, o de la parte poseída realmente.

Este estatuto presentaba una deficiencia, como el efecto restringido de las sentencias. La ley 53 de 1943 se ocupó de este aspecto y le dio carácter erga omnes a dichos fallos.

El decreto 59 de 1938, reglamentario de la ley 200 de 1936, definió el predio rural acudiendo a su ubicación, es decir, el situado a una distancia mayor de cien metros de las últimas edificaciones que integran el núcleo urbano de la respectiva población.

El C. de P. C. de 1970 consagró el trámite para la declaración de pertenencia.

La ley 4ª. de 1973 reformó el artículo 12 de la ley 200 de 1936 sobre la presunción de buena fe en el poseedor que invoca la prescripción agraria.

El trámite consagrado en el C. de P. C. no trajo los efectos deseados, por ser este dispendioso y oneroso para los campesinos poseedores interesados en obtener el título de propietario.

Se expidió, entonces el decreto 508 de 1974, mediante el cual se creó un procedimiento para la declaración de pertenencia de predios rurales menores de 15 hectáreas, para los eventos de las prescripciones ordinarias, extraordinarias y agrarias.

Posteriormente se expidió la ley 9ª. De 1989. En algunos de los asuntos que contempla se refiere a ciertos inmuebles urbanos considerados como vivienda de interés social, respecto de los cuales señala los términos para las prescripciones ordinaria y extraordinaria, en 3 y 5 años, respectivamente. Para estos casos, los poseedores no están obligados a acompañar como anexos certificados del registrador, ni tampoco se consagra la consulta de las sentencia cuando estas acojan las pretensiones de la demanda. Al parecer, la citada ley se adelantó a la ley 794 de 2003 en materia de consultas de sentencia tratándose de procesos de pertenencia. Igualmente, aquella ley consagró la asesoría jurídica gratuita por parte de funcionarios del I.C.T., hoy Inurbe para los interesados y sin costo alguno.

Con ocasión de la expedición de la ley 388 de 1997 se dispuso que el trámite de declaración de pertenencia para viviendas de interés social fuera el del proceso abreviado.

3.2 La prescripción adquisitiva de dominio frente al ejercicio del derecho de acción y a las defensas del poseedor.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha señalado que la usucapión se ejerce como acción, tal como se desprende de la sentencia del 29 de septiembre de 1977, ratificada por la sentencia de fecha 10 de octubre de 1994. Si el poseedor pretende que se declare propietario por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio debe formularla en ejercicio del derecho de acción. Si el poseedor es demandado por el propietario del bien respecto del cual se encuentra poseyendo, debe proponer demanda de reconvenición en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva que invoque.

Proponer la prescripción como excepción es aspirar solamente a que el derecho del demandante no prospere.

La Corte, en el fallo de 1977, ya aludido, acogió el criterio de que si la prescripción adquisitiva se proponía como excepción perentoria, sin formular demanda de reconvención, el juez no la declaraba probada, es decir que debía rechazarla por haberse propuesto la prescripción como excepción. Sería incorrecto negar la prescripción, porque una deficiencia en su denominación no debía dar pie para negarla.

En la sentencia de 1995, expresó la Corte: "Si el demandado en juicio reivindicatorio adquirió por prescripción extraordinaria el dominio de la finca disputada, pero se limita a alegar la prescripción extintiva de la acción del demandante, el hecho de que la sentencia absolutoria no hubiere hecho la declaración de la prescripción adquisitiva del dominio por no haberla alegado el demandado, no significa que él carezca del derecho y pueda en cualquier tiempo alegarlo como título adquisitivo de dominio".

El artículo 2513 del C. C. dispone que el que quiera aprovecharse de la prescripción deberá alegarla y que el juez no podrá reconocerla de oficio, norma consecuente con el artículo 306 del C. de P. C. El primero de ellos fue adicionado por la ley 791 de 2002, en su artículo 2º. Al disponer: "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

3.3 Competencia y trámite de la declaración de pertenencia

3.3.1 Trámite exclusivo del artículo 407 del C. de P. C.

Este trámite se aplica cuando el objeto del proceso recae sobre bienes muebles, bienes inmuebles urbanos, bienes rurales que no tengan el carácter de agrario por no derivarse de ellos ninguna relación jurídica sustancial agraria, como fincas de recreo.

El competente para conocer de estos proceso será el Juez Civil del Circuito del lugar de ubicación del inmueble (aspecto naturaleza del asunto del factor objetivo y fuero real exclusivo del factor territorial).

3.3.2. Legitimación activa (parte demandante)

3.3.2.1 Poseedor

El poseedor es la persona que ha tenido el bien con ánimo de señor y dueño durante el tiempo señalado en la ley para alegar la prescripción adquisitiva de que se trata.

3.3.2.2 El acreedor

El acreedor no obra en nombre propio, sino en nombre de su deudor –poseedor, renuente o que hubiere renunciado a la prescripción.

Se trata de un caso del ejercicio de la *acción oblicua* o de *legitimación extraordinaria* conforme a las voces de la doctrina Italiana. Constituye una facultad legal otorgada al acreedor del poseedor renuente o que hubiere renunciado a la prescripción para que en su nombre solicite la declaración de pertenencia y obtenga en sentencia la declaración de propietario para que el bien ingrese al patrimonio de este último y aquel tenga a su favor una garantía para la satisfacción de su crédito.

Aunque no es de frecuente ocurrencia, es conveniente plantear algunos interrogantes y cuyas respuesta no son unánimes en la doctrina.

1º) ¿ Si la ley legitima al acreedor para que solicite la declaración de pertenencia en nombre de su deudor, será necesaria o no, la comparecencia del poseedor?

El poseedor podrá intervenir como litisconsorte facultativo ⁸

El poseedor deberá ser citado porque se trata de un litis consorcio necesario ⁹

Se trata de un litis consorcio cuasi necesario, o de intervención litis consorcial de terceros, según clasificación del C. de P. C. (artículo 52 inciso 3º.) ¹⁰

Esta última posición parece ser la que más se acomoda al interrogante planteado. La segunda opinión tendría aplicación si el propietario demandado formulara demanda de reconvención de carácter reivindicatorio .

⁸ Devis Echandiá, HERNANDO. " El Proceso Civil. Parte Especial ". Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1991, p.588.

⁹ López Blanco, HERNAN FABIO. "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano". Séptima Edición, Parte Especial, Tomo II. Dupré Editores, Bogotá, 1999, ps. 57 y s.

¹⁰ Bejarano Guzmán, RAMIRO. " Los Procesos Declarativos ". Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 76.

Es conveniente observar que con la adición del inciso 2º. al artículo 2513 del C. de C. ya referido, la legitimación extraordinaria u acción oblicua del acreedor frente a su deudor- poseedor tiene lugar:

- a) En el proceso de declaración de pertenencia por el trámite del artículo 407 del C. de P. C.
- b) En el proceso ordinario reivindicatorio cuando el demandado es el deudor del acreedor; en este caso podrá invocar en su nombre la prescripción, bien mediante demanda de reconvención, o excepción de mérito de prescripción extintiva.

2º) ¿Constituye el título ejecutivo que acredita la relación jurídica sustancial entre acreedor y deudor, anexo de la demanda?

La prueba de la existencia de esa relación estructura el presupuesto sustancial de la legitimación en la causa, y en consecuencia no es anexo obligatorio que debe acompañarse a la demanda.

3.2.2.3 El comunero

El comunero esta legitimado para demandar, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Posesión del terreno o parte de él con exclusión de los demás comuneros.
- b) Posesión por el término de la prescripción extraordinaria de dominio.
- c) Que la posesión consista en una explotación económica.
- d) Posesión sin acuerdo de los demás comuneros, o sin autorización del administrador de la comunidad o disposición de autoridad judicial.

3.2.2.4 El propietario

Aunque a primera vista parece contradictorio y faltar a toda lógica, el propietario puede solicitar la declaración de pertenencia para depurar su título de vicios y terminar con expectativas de terceros. Así lo expresa la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de julio de 1979. El propietario al lograr su cometido en la sentencia, no sólo obtiene la mejor prueba de que el título de propiedad existe, "sino que así alcanza la limpieza de los posibles vicios que su primitivo título ostentare y termina con las expectativas y con los derechos que los terceros tuvieran sobre el mismo bien». En este caso, la demanda del propietario debe ser lo más explicativa posible, especialmente en sus hechos, como expresar allí que el demandante figura como propietario; que la finalidad del proceso es el depurar

vicios o terminar con las expectativas de un tercero sobre el bien, por ejemplo, que el bien lo adquirió por el modo de la sucesión y se lo adjudicaron en su totalidad por no haber concurrido al proceso de sucesión otro u otros herederos con iguales derechos hereditarios. En este evento, el propietario como no podrá tener las calidades de parte actora y demandada, demandará a personas indeterminadas.

3.3.3 Legitimación pasiva

Tendrá el carácter de demandado en este proceso toda persona que figure como titular de derechos reales principales sobre el bien cuya prescripción se solicita. Si en el certificado del registrador no figura ninguna persona como titular de derechos reales principales, la demanda se dirigirá contra indeterminados.

3.3.4 Improcedencia de la declaración de pertenencia

Dispone el numeral 4º. del artículo 407 que la declaración de pertenencia no procede cuando se solicite sobre bienes de uso público o de entidades de derecho público. Es conocida la clasificación de los bienes del estado, en bienes de uso público (imprescriptibles por mandato del artículo 2519 del C. de C.), bienes fiscales adjudicables (imprescriptibles según el artículo 61 del C.F. y el artículo 3º. de la ley 48 de 1882) . En materia de bienes fiscales, que son aquellos con contenido patrimonial, para el C.C., en su artículo 2517, estos serían susceptibles de prescripción, no así para el C. de P. C. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1978, trajo como argumento lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 153 de 1887: " Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiera principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción".

Recientemente, en sentencia C-530 de 1996, la Corte Constitucional al declarar exequible el inciso 4º. Del artículo 407, tal como fue modificado por el decreto 2282 de 1989, expresó: " Uno de los fines esenciales del Estado es el de " servir a la comunidad", finalidad que se cumple cuando se prestan los servicios públicos. Y los bienes fiscales, en general, están destinados a garantizar la prestación de los servicios públicos. Tanto los bienes afectos a un servicio público, como aquellos que no lo están pero podrían estarlo en el futuro.

Como, en últimas, esos bienes pertenecen a la comunidad, merecen un tratamiento especial que los proteja, en bien de toda la sociedad».

Interesante el interrogante planteado en la doctrina y originado con la aplicación de las normas del C. de P. C. de 1970: el poseedor que al entrar a regir este estatuto hubiere cumplido con los requisitos para la existencia de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio y demandara en vigencia de la misma disposición podría obtener la declaración de pertenencia de un bien fiscal? para algunos se trata de una situación que constituye un derecho adquirido, y en consecuencia el estado debe convertirlo en propietario a través de este proceso de declaración de pertenencia ¹¹

Para otros no puede predicarse que el poseedor tuviera derechos adquiridos, por cuanto a esta situación se llegaría en el evento en que una sentencia lo llegara a declarar propietario¹²

Existan o no derechos adquiridos, en la situación planteada, el poseedor que hubiera cumplido con todas las exigencias para la prescripción extraordinaria de dominio podía demandar y obtener sentencia a su favor, como consecuencia de que su derecho se consolidó en vigencia de una ley anterior que permitía prescribir en contra del Estado.

Se podría plantear un nuevo interrogante para que los lectores juzguen sobre las bondades o bien una posible injusticia de la disposición: Una persona viene poseyendo un bien de propiedad privada: faltando un año para que se consuma la prescripción, el propietario transfiere el bien poseído a una entidad de derecho público. Transcurre el tiempo para consolidarla y solicita la declaración de pertenencia. No existe duda alguna que de que el Juez debe negar las pretensiones de la demanda.

3.3.5 Anexos de la demanda

A la demanda deberá acompañarse un certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos donde conste la titularidad de los derechos reales principales, o bien que no aparece ninguno como tal. Aunque el numeral 5º. del artículo 407 se refiere a bienes inmuebles sujetos a registro, el mismo requisito se exige cuando se trata de bienes muebles sujetos a registro, como sucede con los vehículos automotores y las navés marítimas y fluviales y las aeronaves, que se encuentran sometidos a registro especial en oficinas de tránsito terrestre, capitanías de puerto, y en la aeronáutica civil, respectivamente.

¹¹ López Blanco, HERNAN FABIO. Ob. Cit. , p. 79

¹² Bejarano Guzmán , RAMIRO . Ob.Cit., p. 81.

No reúne la calidad de anexo cuando el registrador se limita a expresar que no le es posible certificar por no existir titulares de derechos reales, o bien certifica que no existen titulares de derechos reales, ante la insuficiencia de los datos suministrados por el interesado. Si el Juez profiriera auto admisorio de la demanda, se presentaría posteriormente una causal de nulidad consagrada en el numeral 9º del artículo 140 del C. de P. C.

Con referencia a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia , en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1978 dijo que si " el certificado del registrador no llena esos requisitos porque se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón, o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él , ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos reales , entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada".

3.4 Etapas procesales

3.4.1 Primer auto. Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez dicta el primer auto, que contendrá

- a) Su admisión, y la orden de notificarla y darle traslado de ella a la persona demandada, la que debe ser determinada, por ser titular del derecho real principal. El término de traslado de la demanda será de veinte días, como en todo proceso ordinario de mayor cuantía.
- b) La orden de inscripción de la demanda, si el objeto del proceso versa sobre bienes sujetos a registro, sin necesidad de otorgamiento de la caución por parte del demandante, ya que esa actuación la toma el juez oficiosamente.
- c) Orden de emplazamiento a las personas indeterminadas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, por medio de edicto, el que deberá expresar:
 - A) Datos personales del demandante (nombre de la persona que promovió el proceso) y del proceso (su naturaleza y la clase de prescripción alegada).
 - B) El llamamiento de las personas que se crean con derechos a intervenir en el proceso para que concurran al mismo a más tardar dentro de los quince días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento.
 - C) Datos sobre el bien que se solicita en prescripción, como su ubicación, linderos, nomenclatura, nombre, etc.

3.4.2 Fijación del edicto emplazatorio

Este edicto se fijará por veinte días en lugar visible de la secretaría del juzgado, y durante este término se publicará por dos veces, con intervalos no menores de cinco días calendario, en un diario de amplia circulación en el lugar que designe el juez, al igual que en una emisora, si allí la hubiere. El edicto, para el último evento se debe difundir entre las siete de la mañana y las diez de la noche. Las páginas del diario que contienen la publicación deberán anexarse a la actuación, al igual que una constancia autenticada sobre su transmisión expedida por el director o administrador de la emisora, documentos que se agregarán a la actuación.

Es posible acompañar una copia informal del diario donde se publicaron los dos edictos, conforme a la disposición general del artículo 318 del C. de P. C., modificado por el artículo 30. Sin embargo, para evitar dudas sobre si este nuevo artículo se aplica a la regla 7ª. del artículo 407 del mismo estatuto, es conveniente el que se anexasen al expediente las páginas del diario. Lo mismo se puede predicar de la constancia del administrador o funcionario de la emisora, en cuanto a si se puede acompañarla sin previa autenticación.

3.4.2.1 Término para que se entienda surtido el emplazamiento.

Transcurrido el término de fijación del edicto emplazatorio, este se desfijará, y se dejarán transcurrir quince días más (a partir de la expiración del término de fijación del edicto emplazatorio) para que se entienda surtido el emplazamiento respecto de las personas indeterminadas, a quienes se les designará curador ad-litem, quien ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso. Queda entendido, aunque la norma no lo diga expresamente, que a este auxiliar de la justicia se le debe discernir el cargo, notificársele el auto admisorio de la demanda, para que la conteste dentro del mismo término concedido al demandado, persona determinada. Son dos los traslados, uno para la persona demandada como titular de derechos reales, y el otro para el curador ad-litem de las personas indeterminadas.

Situación diferente se presenta cuando el demandante no conozca el domicilio o la residencia del demandado, o su habitación y lugar de trabajo; o se encuentre ausente y se desconozca su paradero, porque el juez en el auto admisorio de la demanda ordenará su emplazamiento, el que deberá surtir por el trámite del artículo 318 del C. de P. C. Antes de la reforma a este artículo, se planteaba la posibilidad de que se emplazaran mediante un solo edicto al demandado determinado y a los indeterminados (para el primero con una sola publicación). Con la redacción del nuevo artículo 318 del C. de P. C. (artículo 30 de la ley 794 de

2003) no es aconsejable porque no se exige la fijación del edicto emplazatorio en la secretaría del juzgado por el término de 20 días, por lo que si se llegara a dar esta situación, podría presentarse posteriormente una causal de nulidad procesal, conforme al artículo 140, numeral 8º.

Si dentro del término señalado en el edicto emplazatorio (a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento) se presenta alguna persona, esta tendría la oportunidad de contestar la demanda, pero de todas maneras el juez procederá a designar curador ad-litem por que las personas indeterminadas nunca podrán intervenir en su totalidad al proceso.

Respecto al nombramiento de curador ad-litem para las personas indeterminadas y el demandado que se encuentra en la situación anterior, es factible que se designe uno solo para que lleve la representación en el proceso de todos.

3.4.2.2 Término para contestar la demanda.

Para las personas determinadas demandadas, el término para contestar la demanda es de veinte días y se contará a partir de la notificación en legal forma del auto admisorio de la demanda.

Para las personas indeterminadas, dicho término será de quince días y se empezará a contar a partir de aquel en que el emplazamiento quede surtido.

Transcurrido este último término, la persona que concurra tomará el proceso en el estado en que se encuentra.

Una solución más efectiva para que la persona que se considera con derecho a intervenir en el proceso, por ejemplo que pretenda la calidad de poseedor, sobre el predio que se solicita en prescripción por el poseedor demandante, sería la de intervenir como tercero en la modalidad consagrada en el artículo 53 del C. de P. C. (ad excludendum), cuyo ingreso al proceso precluye con la sentencia de primera instancia.

3.4.2.3 Etapas subsiguientes del proceso

En este proceso no habrá lugar a la audiencia del artículo 101 del C. de P.C. por expresa disposición del artículo 407 en su numeral 12; igualmente, no procede la audiencia de conciliación que consagra el decreto 2651 de 1991, porque la declaración de pertenencia no constituye derecho disponible por las partes, y por

ende no es susceptible de transacción, y además porqué en este proceso siempre actuará curador adlitem .

La Etapa probatoria

Finalizada la etapa de la litis contestatio, el juez decretará pruebas, cuyo término será de cuarenta días.

En esta etapa, el juez deberá decretar y practicar (forzosamente) una inspección judicial al bien pretendido en declaración de pertenencia para constatar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión que alega el demandante. El no practicarla, omisión poco probable, originaría una irregularidad, más no una nulidad procesal, según criterio unánime de la doctrina. Como esta prueba tiene una finalidad específica, la de acreditar la posesión alegada por el demandante y los hechos de su demanda, la sentencia podría ser de fondo pero desfavorable al actor. En la situación planteada, el juez de segunda instancia, en caso de apelación, deberá ordenar esta prueba .

La etapa de alegaciones

El juez, conforme al trámite del proceso ordinario de mayor cuantía deberá dar traslado a las partes para que presenten sus alegatos dentro de un término común de ocho días.

La etapa decisoria

En la parte resolutive de la sentencia (sí fuere favorable al actor) declarará la prescripción solicitada , se cancelará la medida cautelar y se ordenará su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar. Una vez en firme producirá efectos *erga omnes*, vale decir contra todas las personas, hubieran intervenido o no en el proceso, efecto que se encuentra en consonancia con el inciso 5º. del artículo 332 del C. de P. C.

3.4.2.4 Consulta de la sentencia

Consagraba el numeral 11 del artículo 407 que la sentencia que acogiera las pretensiones de la demanda se consultaría y que una vez en firme produciría efectos erga omnes.

Este numeral fue derogado por el artículo 70, ordinal c) de la ley 794 de 2003.

3.3.2 Proceso ordinario agrario para la declaración de pertenencia

3.3.2.1 Procedencia

1º Proceso ordinario agrario , con las disposiciones del artículo 407 del C.C.

Se acude al proceso ordinario cuando se trata de solicitar declaraciones de pertenencias en predios agrarios explotados económicamente , sea que se invoque la prescripción ordinaria , extraordinaria o agraria.

El competente para conocer de este asunto lo será el juez agrario del lugar de ubicación del inmueble , pero ante la falta de designación de aquellos la competencia la tienen los jueces del circuito.

Si el respectivo predio en cuestión (con explotación económica, se recalca) excede de quince hectáreas , el trámite será el del proceso ordinario agrario , pero sometido a las reglas especiales del Capítulo III del Título XXI ,Libro Tercero del C. de P. C. , por mandato expreso del artículo 62 del decreto 2303 de 1989.

Al integrarse los dos trámites se llegaría a las siguientes etapas:

Demanda, admisión , notificación , traslado y contestación y etapas subsiguientes

Conforme al artículo 54 del decreto 2303 de 1989 , la demanda, su admisión, traslado y contestación se sujetarán a lo dispuesto en los capítulos I y II del Título VII, Libro II Segundo del C. de P. C. , y a los artículos 27 y 28 del decreto .

El primero de ellos señala que si la demanda se formula ante juez incompetente ordenará su remisión , con sus anexos , a quien fuere competente , dentro de la misma jurisdicción. El segundo artículo se refiere a la demanda presentada sin los requisitos exigidos por las correspondientes disposiciones pertinentes , el juez, mediante auto, señalará los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane o corrija en el término de cinco días, y si así no lo hiciere la rechazará.

El término de traslado será de 10 días.

Procederá la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado mediante aviso para el demandado o demandados que habiten en zona rural, siempre que no hubiere sido posible su notificación personal dentro de los dos días siguiente a

la fecha de la respectiva providencia. El aviso se fijará en la puerta de acceso al lugar donde habita o trabaja la persona que deba ser notificada, o en la casa principal o en sitio visible del predio de que se trata. Copia del aviso será entregada a la persona que manifieste trabaje o habite en dicho lugar, quien firmará la copia que debe conservar el notificador, la cual se agregará al expediente. Si se niega a firmar, se dejará la respectiva constancia.

En forma simultánea se fijará el aviso en un sitio que a consideración del juez sea de concurrencia pública y se leerá por medio de una radiodifusora del lugar o de la región, si la hubiere.

De la fijación del aviso y de la radiodifusión del mismo se dejará constancia en el expediente.

Salvo disposición legal en contrario, la notificación se entenderá surtida dos días después de la fijación del aviso en uno de los sitios señalados en el inciso primero de este artículo (artículo 49). Si el demandado reside en zona urbana se aplicarán las normas pertinentes del C. de P. C.

La anterior norma (artículo 49) sirvió de modelo para reformar el artículo 320 del C. de P. C. Esta disposición, con la modificación de la ley 794 de 2003, en su artículo 30, suprime los diez días a partir de aquel en que se tiene por notificado el aviso, para que el demandado se notifique personalmente del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, y ante esta negativa, el emplazamiento conforme al artículo 318 del mismo código.

¿Podría pensarse que con unificación normativa en este aspecto de notificaciones se estaría gestando la agrarización de la jurisdicción ordinaria en materia civil?

El período probatorio es de veinte días, el que podrá ser ampliado cuando el juez lo considere justificado (artículo 59).

3.3.3 Trámite del decreto 508 de 1974 sobre saneamiento de la pequeña propiedad rural .

3.3.1 Procedencia y competencia

Se aplica el proceso ordinario agrario, junto con las disposiciones del decreto 508 de 1974 cuando se invoque la prescripción ordinaria, extraordinaria o agraria de predios rurales, esta última regulada en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, modificado por la ley 4ª. de 1973, artículo 4º, siempre que sean inferiores a

quince hectáreas y que se encuentren ubicados fuera de los límites legalmente determinados del área de la población respectiva. Para el caso de no existir disposición legal que señale el área de la población, se entenderá por tal (predio o fundo real) el que se halle situado a una distancia superior de cien metros de las últimas edificaciones que conformen el núcleo urbano de la respectiva población o caserío (artículo 1º., parágrafo 1º del decreto 508 de 1974).

Se podrá demostrar que el predio rural no excede de quince hectáreas con certificaciones que expidan el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora" o la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. También se podrá acreditar la extensión de este predio acudiendo a la prueba anticipada de inspección judicial, con o sin, intervención de peritos (artículo 294 del C. de P. C.), etc. (parágrafo 2º del decreto 508 de 1974).

El competente para conocer de este asunto es el juez agrario (artículo 8º del decreto 2303 de 1989), pero como aún no están funcionando, su conocimiento se adscribe al juez del circuito del lugar de ubicación del inmueble.

Es obligación para el Incora prestarle asistencia jurídica gratuita a los interesados de escasos recursos económicos para facilitarles el ejercicio de las actuaciones judiciales y financiarles el valor de los gastos que demanda el proceso (artículo 4º del decreto 508 de 1974).

En el auto admisorio de la demanda, el juez ordenará comunicar por escrito la existencia del proceso de que se trate a la Procuraduría General de la Nación, para asegurar, si se considera necesario, la participación oportuna de los procuradores agrarios en el proceso.

El proceso quedará suspendido mientras no se remita dicha comunicación (artículo 5º ibidem).

Es requisito para acudir a este trámite, además de los señalados (predios rurales que no excedan de 15 hectáreas), que la persona que pretenda adquirir dicho predio por prescripción debe haberlo poseído económicamente en los términos del artículo 1º de la ley 200 de 1936, por el tiempo exigido para cada tipo de prescripción (artículo 6º ibidem).

Etapas procesales

En cuanto a la demanda, esta deberá reunir todos los requisitos legales que exige el C. de P. C. e indicar el nombre del predio de que se trata, su localización y

nombre de los colindantes actuales, clase de explotación económica que adelanta el poseedor y el tiempo de la misma (artículo 7º ibidem) .

Como anexos a la demanda, fuera de la certificación para acreditar la extensión del terreno, se debe dar cumplimiento al numeral 5º. del artículo 407 del C. de P. C., en cuanto exige el certificado del registrador acerca de la indicación de los titulares de derechos reales , o de que no existen.

En consideración a que el decreto 508 de 1974 no derogó o modificó en su totalidad el artículo 407 del C. de P. C., debe entenderse que el numeral anterior tiene cabal aplicación en este trámite (artículo 3º. De la ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 71 y 72 del C.C.) .

Para la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado determinado se aplicará lo dispuesto en el artículo 55 del decreto 2303 de 1989 y que remite al artículo 49, ya analizado.

En el auto admisorio de la demanda, el juez ordenará la inscripción de la misma y el emplazamiento de las personas que se crean con derecho a intervenir en el proceso. El edicto emplazatorio se fijará por el término de quince días en la secretaría del juzgado y copia del mismo en la alcaldía del lugar. Dentro del mismo término, el edicto se publicará por tres veces , con intervalos no menores de dos días , en un diario con amplia circulación en el lugar , o en una emisora con sintonía en la región. El medio que debe utilizarse para la publicación del edicto se determinará por el juez.

Transcurridos los quince días para la fijación y publicación del edicto expira dicho término. A partir del último día de fijación del edicto se contarán diez días más. Transcurrido este último término , se entenderá surtido el emplazamiento de las personas indeterminadas, a quienes se les designará un curador ad- litem , que ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso. (artículo 8º del decreto 508 de 1974) .

Las personas que comparezcan al proceso tendrán la oportunidad de oponerse dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se entiende surtido el emplazamiento. Vencido este último plazo , quienes comparezcan al proceso , lo tomarán en el estado en que se encuentre.

En el escrito de oposición el interesado podrá solicitar pruebas y acompañar prueba siquiera sumaria que acredite su interés jurídico para oponerse (artículo 10º) .

En este trámite no habrá lugar a la audiencia a la que se refiere el artículo 58 del decreto 2303 de 1989.

El período probatorio será de veinte días, prorrogable por diez días más (artículo 59 ibidem) . Conforme lo señala el artículo 11 del decreto 508 de 1974, el juez debe ordenar la práctica de una inspección judicial al predio objeto de la demanda, con intervención de perito, si lo estima necesario. Es deber del juez interrogar en el curso de la diligencia a los vecinos, propietarios , poseedores y tenedores de los predios colindantes , acerca de los hechos de la demanda. Para la práctica de esta prueba el juez podrá comisionar.

Concluida la etapa probatorio , se dará traslado común a las partes por el término de ocho días para que formulen sus alegaciones por escrito (artículo 60 ibidem).

Si la sentencia fuere favorable al demandante declarará la prescripción alegada y ordenará el envío de copia de la misma a la oficina de registro correspondiente para efectos de su inscripción, sin ningún costo para el actor (artículo 13 del decreto 508 de 1974) .

En cuanto a la consulta de la sentencia cuando esta sea desfavorable al actor , tal como lo señalaba el artículo 12 del decreto 508 de 1979 , ya no habrá lugar a ella, por mandato expreso del ordinal c) del artículo 70 de la ley 794 de 2003.