LA SEGUNDA INSTANCIA EN PROCESOS CIVILES

FRISETT MARIA CAMPO LOPEZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

BARRANQUILLA, 1.987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DR 0682

225

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
4034225
No. INVENTARIO 484
PRECIO
FECHA 08 FEB. 2008
CANJE DONACION

LA SEGUNDA INSTANCIA EN PROCESOS CIVILES

FRISETT MARIA CAMPO LOPEZ

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar el Título de Abogado.

Director :

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

BARRANQUILLA, 1.987

T
347.05
C.186

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Diciembre de 1.987

D E D I C A T O R I A

"Los esfuerzos aquí plasmados y que toman mayor significación al iniciar mi vida profesional, los dedico especialmente a mis padres, a mis hermanos y a mi esposo, quienes de una u otra manera, y en los diversos momentos, estuvieron a mi lado brindándome su apoyo.

Al Director de Tesis, a mis profesores, compañeros y demás personas que me colaboraron, mil gracias.

G r a c i a s

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Doctor
Carlos Daniel Llanos Sánchez
Decano Facultad de Derecho
Corporación Educativa Mayor
del Desarrollo
Simón Bolívar
E. S. D.

Respetado doctor.

Por medio de la presente me permito rendir el correspondiente concepto sobre el trabajo de tesis deGrado presentado por la estudiante, señora FRISETT MARIA CAMPO LOPEZ.

La investigación desarrollada se refiere a la segunda instancia en los Procesos Civiles, sin duda alguna un tema trascendental en nuestra legislación civil.

Considero que el trabajo desarrollado por la señora FRISETT MARIA CAMPO LOPEZ, agota las posibilidades de investigación sobre la materia y constituye además un aporte importante en materia civil.

La Tesis de Grado que hoy informo, cumple a cabalidad con lo requisitos exigidos por la Universidad, y por tanto la estudiante puede sustentarla con la finalidad de optar el Título de Abogado.

De usted, atentamente,

Blas González S.
Dtor. de Tesis

TABLA DE CONTENIDO

		Pág.
INTRODUCCION		
1.	ORIGEN Y EVOLUCION DEL RECURSO DE APELACION	1
1.1.	ORIGEN	1
1.2.	RECUENTO HISTORICO	2
1.3.	LA RAZON DE SER DE LA APELACION	3
1.4.	EL OBJETO DE LA APELACION	7
2.	CARACTERISTICAS Y REQUISITOS DE LA APELACION	11
2.1.	CLASES DE APELACION	11
2.2.	MODO Y TERMINO PARA APELAR	14
2.3.	LEGITIMACION PARA APELAR	20
2.4.	EFECTOS DE LA APELACION	24
2.4.1.	Efecto suspensivo	24
2.4.2.	Efecto Devolutivo	27
2.4.3.	Efecto Diferido	29
2.5.	RECURSO DE QUEJA	31
3.	PRINCIPIOS QUE REGULAN LA APELACION	40
3.1.	PRINCIPIOS DE LAS DOS INSTANCIAS	40
3.2.	PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS	49
3.2.1.	Condiciones de la Reformatio In Pejus	53
3.2.2.	Excepciones a la Reformatio In Pejus	54

Pág.

3.3. PRINCIPIO DE LA ECONOMIA PROCESAL 55

4. TRAMITE DE LA APELACION 58

4.1. LA APELACION, RECURSO PRINCIPAL O SUBSIDIARIO . . . 58

4.2. JUEZ DE LA APELACION 59

4.3. EXAMEN PRELIMINAR 62

4.4. SUSTENTACION DEL RECURSO 65

4.5. TRAMITE DE LA APELACION DE AUTOS Y SENTENCIA . . . 67

4.6. PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA 69

4.7. RESOLUCION DEL RECURSO 71

4.8. TERMINACION DE LA APELACION 72

5. PROVIDENCIAS SUSCEPTIBLES DE APELACION 75

5.1. DIFERENCIAS CON EL CODIGO ANTERIOR. 75

5.2. PROVIDENCIAS APELABLES EN EL ESTATUTO PROCESAL VIGENTE 77

6. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PROVIDENCIAS APELABLES 82

6.1. ACTO JURIDICO SOMETIDO A CONDICION SUSPENSIVA . . . 82

6.2. ACTO JURIDICO COMETIDO A CONDICION RESOLUTIVA . . . 83

6.3. LA SENTENCIA, ACTO JURIDICO PERFECTO. 84

6.4. LA SENTENCIA, ACTO JURIDICO MULTIPLE 85

7 CONCLUSIONES 87

Bibliografía 92

I N T R O D U C C I O N

El recurso de apelación y en general la segunda instancia, es considerada como una garantía para las partes que se sienten agraviadas con las providencias dictadas por el Juez del conocimiento, para que un Juez de superior categoría, en el que se suponen mayores conocimientos, y que no se encuentra comprometido con la resolución inicial, decida finalmente sobee la inconformidad del apelante.

Sin embargo, estas pregrrogativas de que dispone el litigante, en ocasiones se convierten en perjuicio para las mismas partes, pues con frecuencia se incurre en errores como en el de apelar toda providencia desfavorable, susceptible de tal recurso o no, algunas veces con el convencimiento de que sus derechos han sido vulnerados y otras con fines dilatorios.

En nuestra legislación procesal civil se encuentra contemplada la figura de la apelación como sustento principal del principio de la doble instancia y como tal ha sido tratada por la mayoría de nuestros procesalistas, lo que nos permite tener una mayor visión de la misma.

No obstante, resulta de gran utilidad el estudio de la apelación como auténtico recurso que es, examinando sus puntos neurálgicos, partiendo de las teorías de los tratadistas y la comprobación dentro de la práctica para determinar sus bondades y defectos y finalmente su

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

prioridad dentro del proceso civil como garantía para las partes sobre los inconvenientes para la economía procesal y la celeridad del proceso, que aparentemente se ven perjudicados por la mayor duración del -- mismo.

1. ORIGEN Y EVOLUCION DEL RECURSO DE APELACION

1.1. ORIGEN

Los orígenes de la apelación se derivan del derecho romano; al principio solo tuvo aplicación este recurso en el proceso penal y posteriormente, durante la época del imperio, se extendió al proceso civil. A diferencia de la apelación moderna, en la Roma imperial había tantas apelaciones como grados intermedios existían entre el Juez del conocimiento y el emperador.

Los críticos de la institución de la segunda instancia sostienen que tal organización en el imperio romano tenía un sentido político y que la apelación denotó la consolidación del poder central para mostrar su omnipotencia. Como la justicia se ejercía por delegación del soberabo, natural era reconocerle el derecho de decidir en última instancia. Esta facultad fortalecía su poderío, concentrando en sus manos la función judicial.

En la edad media algunos juristas estimaron necesaria la revisión de las sentencias y concedieron el recurso de apelación a esta clase de providencia, permitiéndole a todas las gentes, inclusive a los excomulgados.

El maestro uruguayo Eduardo J. Couture, señala que en la evolución histórica de los recursos existe casi una lucha secular entre -

la justicia y la certeza. Así en el primitivo proceso germánico, influido por la superstición y la religión, no se concibe la impugnación, porque el juicio es una impresión de la divinidad y tiene el carácter infalible de ésta. Pero, cuando el proceso se hace laico, van surgiendo los recursos como medio de revisión de la sentencia, que ya no se considera como infalible.

1.2. RECUENTO HISTORICO

Así tenemos que en un primer momento existió un concepto muy rudimentario de la justicia, que fue mejorando para encontrar gran altura en el derecho romano, donde la sentencia se profería con base en las pruebas allegadas, libremente apreciadas en un comienzo y luego sometidas a ciertas reglas.

El derecho romano fue cediendo ante la caída del imperio y con él las garantías que otorgaban los recursos, pues, quedaron en Europa grupos étnicos que seguramente se encontraban en la fase primitiva del derecho, lo que hizo propicia la influencia del fanatismo religioso del cristianismo, donde los recursos no se concebían, por cuanto el fallo se creía infalible, dado que el juicio era una expresión de la divinidad.

El antiguo procedimiento español tenía un ansia ilimitada de justicia, la cosa juzgada era tan débil que siempre existía la posibilidad de un nuevo recurso, apreciándose cierta similitud en el proce

so penal en el sentido de que la aparición de un elemento decisivo - permite la reapertura del proceso.

En el derecho colonial, el recurso de apelación podía interponerse dentro del año subsiguiente a la promulgación de la sentencia y no en virtud de la distancia entre los tribunales, sino porque ho - había ningún apremio de acelerar la justicia cuando lo que estaba por medio era su efectividad.

El principio de la doble instancia ha sido aceptada después - universalmente en todas las legislaciones y constituye una garantía - de- particular frente a los posibles errores o las arbitrariedades judiciales, y como una emanación o extensión del derecho de defensa y de los principios de legalidad y contradicción, por la fabilidad humana y por interés social y que la justicia se administre con mayor eficacia.

1.3. LA RAZON DE SER DE LA APELACION

Uno de los temas más importantes del derecho contemporáneo es el de la conveniencia o no de la segunda instancia, primando la teoría de mantener la apelación como en efecto ocurre con la mayoría de las legislaciones modernas.

El elemento determinante de la existencia del recurso de apelación es, sin lugar a dudas, el garantizar a los asociados una nítida y recta aplicación del derecho, de allí la justificación de la doble -

instancia contenida como el control jerárquico jurisdiccional que se - abre con el recurso de apelación y excepcionalmente con el grado de consulta.

Se ha considerado la apelación como un auténtico recurso que determina la revisión de la providencia, materia de la inconformi-- dad, por el Superior Jerárquico del Juez que la profirió dentro de la competencia funcional establecida en nuestra legislación. Este recur so busca poner en movimiento el aparato jerárquico de la organización judicial, mientras que la reposición va dirigada al mismo funcionario, quien en la mayoría de las veces se encuentra comprometido con su propio concepto.

En nuestra legislación procedimental civil se encuentra consagrado de manera expresa el principio de la doble instancia, que en su artículo tercero señala "los procesos tendrán dos instancias, a menos que la ley establezca una sola", de la misma forma que en los artículos 350 y 362 del código, se encuentran las normas y reglas que rigen la - apelación en nuestro proceso civil, como sustento determinante de la - doble instancia, contemplándose además la consulta, que es la revisión forzosa que debe hacer el Superior Jerárquico, aunque no medie la apelación, respecto de las sentencias que resulten adversas a organismos estatales y las personas que estuvieran representadas por Curador Adlitem.

En nuestro Estatuto Procedimental no existen los recursos en -

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

el mero interés de la ley, como puede suceder en otras legislaciones, el derecho de apelar puede ser ejercido por su titular y luego desistido, ya que pertenece a la esfera privada de su interés, es decir, es potestativo de quien lo interpuso.

Es tema de discusión en nuestro medio de conveniencia o no de este recurso, dadas las dificultades que de él se desprenden, especialmente por la demora en la decisión del mismo, la incertidumbre que genera el pensar que el fallo de primera instancia es provisional, sin que falten quienes mencionan que el Código nuestro está elaborado sobre la base de la desconfianza al Juez por el buen número de providencias apelables y el tiempo excesivo que se brinda a las partes para que gahan uso de los recursos luego de dictada la providencia.

Sin embargo, en su mayoría, los más destacados procesalistas se muestran partidarios de la segunda instancia y para el efecto nos remontamos al profesor Agustín A. Costa (1), quien considera la pelación como un remedio de carácter procesal que tiene por objeto el control de la función jurídica, que se funda en la aspiración de una mejor justicia y por medio del cual se faculta al litigante agraviado para que solicite al Superior, revoque o reforme la decisión impugnada por la falsa apreciación de los hechos y equivocada interpretación del Derecho.

---

(1) Agustín A. Costa. El Recurso Ordinario de Apelación en el proceso Civil. Buenos Aires - 1.950. pág. 14.

Señala, igualmente, el tratadista argentino que, la multiplicidad de recurso e instancias ha sido factor de dilación de los pleitos, pero por razones no imputables exclusivamente al sistema que la doble instancia, libre de sus primitivos vicios, sigue siendo condición de una buena organización judiciaria y que el problema no consiste en abolirlo, sino lograr su perfeccionamiento técnico.

En Colombia, tratadistas de la clase del doctor Hernando Morales Molina (2) sostienen que la doble instancia representa una garantía para los asociados desde tres puntos de vista: primero, por cuanto un juzgamiento o juicio reiterado o reexamen de la providencia hace posible la corrección de los errores del inferior; segundo, las dos instancias por estar confiadas a jueces diferentes, propician la imparcialidad, y, finalmente, en razón a que el Superior se considera más idóneo que el inferior por su preparación y experiencia, pues debe reunir mayores requisitos para ejercer el cargo.

De todos modos, nuestra legislación ha constituido la doble instancia, salvo en aquellos procesos que por su cuantía requieren mayor celeridad, por cuanto los errores judiciales en ellos no acarrearían un perjuicio económico grave, cuando las partes convienen en recurrir en casación persaltum y sea procedente este recurso, lo mismo que las sentencias que se dictan en equidad, de acuerdo con el artículo 38.

---

(2) Dr. Hernando Morales. Curso de Derecho Procesal Civil Bogotá, Editorial A.B.C. 1.983, pág. 569.

Sin embargo, la mayo jerarquía del Superior no siempre significa mayor capacidad, pues la idoneidad calificada objetivamente por la reunión de requisitos externos no coincide con la realidad, la totalidad de las veces y no son escasas las ocasiones en que un funcionario inferior exhibe prendas intelectuales, culturales y personales de que carece el inmediato Superior; las simples condiciones exteriores no siempre son guía para encontrar la verdad.

Por tal razón y para una mayor eficacia del recurso de apelación, ha de buscarse que el Juez de Segunda instancia sea colegiado, lo cual hace intervenir diferentes apreciaciones en la solución del caso; la pluralidad, abstracción hecha de las condiciones personales de quienes la constituyen brindan más garantías independientemente de las cualidades meramente formales.

1.4. EL OBJETO DE LA APELACION

Las resoluciones judiciales pueden dictarse con faltas de fondo o con violación del procedimiento. Diversa es la naturaleza del error de aplicación del derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal; si el Juez se equivoca al apreciar el mérito del derecho, incurre en un vicio de juicio, error in iudicando, - en cambio, si el juez comete una irregularidad procesal incurre en un vicio de actividad, error in procedendo.

Cuando suceden tales errores debe existir una vía para lograr la enmienda de las providencias. Tales vías son los recursos que garantizan no solo los derechos de las partes, sino el bienestar general ya que

ofrecen mayor garantía de exactitud a las decisiones judiciales y afianzan la confianza de la sociedad en la administración de justicia, al mismo tiempo que contribuyen a que se elabore un cuerpo de jurisprudencia de jueces de segunda instancia que tiende a unificar la interpretación del derecho.

Nuestro Código Procesal Civil en el artículo 350 nos informa cuál es el objeto del recurso que estudiamos y para el efecto señala "El recurso de apelación tiene por objeto que el Superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme".

El recurso de apelación también se le ha denominado con el nombre de Alzada y Couture se refiere a la razón de ser este término en la siguiente forma "El impulso instintivo de desobediencia por parte del perdedor, se sustituye en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta.

El alzarse, por usblevarse se sustituye por la alzada de apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor Juez". (3)

Una primera noción para destacar es que no se debe quedar al arbitrio del Juez que dictó la providencia, el otorgamiento o negación

---

(3) Eduardo J. Couture. Fundamento del Derecho Procesal Civil (reimpresión póstuma). Buenos Aires. Editorial De palma. 1.972. Pág. 353.

del recurso,pues es probable que éste en razón de un amor propio excesivo, podría considerar justa su decisión y no admitir el someterse a una autoridad superior. Igualmente, y desde el punto de vista moral, puede ocurrir que el inferior, sin ese amor propio excesivo, pero, con sincero convencimiento crea que es beneficioso para la causa de la justicia no suspender los efectos de su fallo y niegue el recurso por sincera convicción de hacer el bien. Por tal razón no es de recibo la innovación hecha por la Ley Segunda de 1.984, en cuanto a que exige para la concesión del recurso que éste se sustente ante el Juez que profirió la decisión.

El Juez de la apelación podrá examinar ampliamente y sin restricciones el material probatorio recopilado por el inferior, los fundamentos de hecho y de derecho analizados a aquellos que omitió estudiar en la providencia recurrida, a menos que tratándose de sentencias, la omisión recaiga sobre la decisión de demanda de reconvención o acumuladas, caso en el cual debe devolver el expediente al Juez del conocimiento para que provea sobre el particular.

Estudiando el objeto del recurso de apelación no debemos perder de vista que éste es un medio de revisión de las providencias con dos características principales:

La primera de ellas, es un medio de fiscalización confiado a la parte; el error de juicio o de procedimiento solo se corrige mediante la protesta de la parte perjudicada, proque si ésta no impugna el proveido, el vicio queda subsanado.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

La otra característica complementaria es que los recursos no - son propiamente medios de subsanación a cargo de la parte, sino que - funcionan por iniciativa de la parte, pero a cargo del Juez, sea ya - del mismo que dictó la providencia o del Superior, en el caso de la - apelación.

La apelación es pues, en nuestro derecho, un verdadero y propio recurso ordinario, un desarrollo dialéctico de la relación procesal formada en la instancia anterior, durante la cual se examina la causa y se controla la providencia en la medida de los agravios denunciados por las partes.

2. CARACTERISTICAS Y REQUISITOS DE LA APELACION

2.1. CLASES DE APELACION

En varias legislaciones, tanto americanas como europeas, existen variadas formas de apelaciones, tales como principal, incidental, adherentes y entre coapelados, pero en nuestro medio solo encontramos dos formas que se hallan consagradas en el estatuto procesal que nos rige, por lo que tan solo a estas dos me dedicaré. En Colombia puede hablarse de la apelación principal y de la apelación adhesiva, como formas, especies o modalidades del recurso.

Apelación principal, sería aquella impugnación propuesta durante el término de la ejecutoria, por las partes, sus litisconsortes, coadyuvantes o terceros legitimados en forma autónoma con la que el proceso pasa a juzgados de la segunda instancia.

Apelación adhesiva, es el otro tipo de impugnación contemplado en nuestra legislación, con características especiales y en cierta forma con fines propios y casos particulares. Consiste en que la parte que no apeló puede adherirse al recurso interpuesto por la parte contraria, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El término para interponerla se extiende hasta el vencimiento del término para alegar ante el Superior, según lo señala el artículo 353 del Código Procesal Civil.

Así la cosas, para que sea viable la apelación adhesiva se requiere que en forma previa se haya interpuesto y admitido la apelación principal por la parte contraria, contra la misma providencia y que -- haya sido desfavorable en forma parcial al apelante adhesivo. De ahí que no pueda admitirse la interpuesta por litis consortes, coadyuvan-- tes o terceros sin interés en la causa, como tampoco puede interponerse por quien vió triunfar todas sus pretensiones, por sustracción de - materia.

La adhesión a la apelación debe interponerse por escrito y en forma expresa, pudiéndose fundamentar auqnue no es obligatorio, pero sí aconsejable. El escrito puede presentarse ante el Juez del conocimiento o ante el Superior hasta el vencimiento del término para alegar.

Un aspecto importante dentro del estudio de la apelación adhesiva lo constituye la suerte de ésta, en el evento de que se desista de la apelación principal, existiendo al respecto criterios en dis-- tintos sentidos.

El doctor Hernando Morales Molinas señala al respecto : "La - apelación adhesiva es autónoma de la propuesta por la parte contraria, de manera que si de ésta se desiste debe resolverse sobre aquella, pues no es secundaria ni subordinada al recurso qeu adhiere" y transcribiendo a Luis Loreto continúa "La adhesión tiene por finalidad ampliar el campo de conocimeinto de segunda instancia y decisión del juez ad-quem, incorporando al debate de la segunda instancia, todas aquellas cuestio-

nes que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción u - omisión, para la parte adherente, y sin cuya denuncia mediante la adhesión el Juez no podrá decidirlas de oficio, empeorando con ello la decisión del apelante". (4)

El doctor Hernando Devis Echandía, al respecto expresa : "Agregamos ahora que, si el primer apelante desiste de su recurso antes que la otra parte se adhiera a él, ya no es posible dicha adhesión; - pero, si el desistimiento ocurre después de formulada ésta, debe tramitarse el recurso del adherente, proque de acuerdo con el artículo 353 equivale a una apelación y por tanto se debe aplicar el mismo criterio que cuando ambas partes apelan inicialmente". (5)

Si embargo, existen conceptos opuestos en cuanto a que se - desconocen la independencia de la apelación adhesiva respecto de la apelación principal, por considerar que siendo ésta de carácter dispositivo, debe seguir la suerte de la principal mientras ello no se reforme.

No obstante, compartir el concepto de que en materia de apelación impera el sistema dispositivo debemos considerar que el admitir - la anterior teoría se estaría facultando a una de las partes para desistir de los recursos del contrario.

---

(4) Dr. Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal - Civil - Parte General - Octava Edición 1.983. Editorial A.B.C. Bogotá, Pág. 586.

(5) Dr. Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal Tomo III. Quinta Edición 1.982. Editorial Panamericana Bogotá, Pág. 259.

2.2. MODO Y TERMINO PARA APELAR

El modo y término para apelar está íntimamente relacionado con la notificación y ejecutoria de las providencias, pues a partir de éstas estableció el legislador los plazos para la impugnación; por esto es que en primer plano debemos examinar lo dispuesto por el artículo 331 del Código que señala : "Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas cuando carecen de recursos o cuando han vencido los términos sin interponer los que fueron procedentes. No obstante, en caso de aclaración o complementación, la ejecutoria solo se causa una vez en firme la providencia que la haga". Las sentencias sujetas a consulta no quedarán en firme sino luego de surtida ésta".

Las notificaciones pueden hacerse en forma personal, por comisionado, emplazamiento, estado, aviso y por conducta concluyente; las dictadas en audiencias y diligencias por estados, así como las sentencias por edicto.

De tal manera que, notificada una providencia y transcurridos tres días de ejecutoria, sin que medie recurso, ya es cosa juzgada en el caso de las sentencias y ley de proceso si se trata de autos, con la excepción de los llamados "autos ilegales" que según la jurisprudencia y la doctrina no atan al juez ni a las partes.

En lo referente al modo de apelar debemos indicar que el re-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

curso se interpone ante el juez que dictó la providencia, en el acto de su notificación o por escrito dentro de los tres días siguientes, u oralmente en la diligencia o audiencia en que se profirió.

Constituye punto de vital importancia lo preceptuado por el artículo 57 de la Ley Segunda de 1.984, que aunque no tiene mayor utilidad, modificó el trámite del recurso y de manera especial el aspecto que se trata en este capítulo.

Antes de la vigencia de la citada Ley no era necesario sustentar el recurso ante el Juez del conocimiento, ni forzoso ante el Superior, pues aunque se encuentra previsto no cumplir con tal requisito, no conlleva ninguna sanción al apelante, pero a partir del 17 de Enero de 1.984, fecha de su publicación en el diario oficial, para que se conceda la apelación debe el impugnante sustentar el recurso, pues de lo contrario el Juez no lo admitirá.

Desafortunadamente dicho artículo a más de inoperante fue mal redactado, pues estableció que la apelación debería sustentarse dentro del término que tiene el Juez para resolver, lo que implica una gran duda sobre cuál es el plazo de que goza el apelante para tal fin.

Tal situación podría interpretarse de diversas formas y al respecto hay diversos criterios, el primero de ellos y el más aceptado consiste en que la apelación se interponga dentro de la ejecutoria del auto impugnado y a continuación pase el proceso al Despacho para que

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

tomándose el artículo 124 del Código, el Juez se tome los tres días - que le otorga la norma antes citada y resuelva vencidos éstos, dándole opción al apelante de que sustente el recurso mediante escrito - que pasará el Secretario al despacho y adjuntándole al expediente, o - en su lugar, vencidos los tres días, el Juez, mediante auto de -cúmplase- solicitará al Secretario, le informe si durante los tres días que - el proceso estuvo al despacho se presentó el escrito de sustentación y en caso afirmativo conceder el recurso, o negarlo en el caso contrario.

Otro criterio, acudiendo a la misma norma antes citada que - señala los términos de que dispone el Juez para dictar las providencias en el que se indica que los autos de sustanciación, como sería el que concede la apelación, deben proferirse en un término de tres días. - Tal cosa significa que para interponer el recurso se dispone de tres - días, es decir, el término de la ejecutoria y para sustentarlo de otros tres, lo que nos indica un plazo total de seis días, para lo cual una - vez interpuesto el recurso, debe mantenerse el expediente en la Secretaría por tres días adicionales, para que sustente antes de pasarlo - al despacho y así el Juez pueda resolver sin limitaciones.

Finalmente y apartándonos un poco de la exégesis, se puede - interpretar que tal sustentanción debe hacerse dentro del término de ejecutoria del proveido que se impugna, es decir sin conceder plazos adicionales, pues si la intención del Legislador fue la de controlar un poco el exceso de apelaciones sin fundamento, no hay razón para

que se otorguen nuevos plazos, que indirectamente contribuyen a hacer el proceso más largo.

No obstante, la especulación que existió con la creación de tal norma, siendo esta ya lo suficientemente conocida, la forma más sencilla y así se está llevando a cabo, es sutentando la apelación en el mismo escrito u oportunidad en que interpone el recurso. Sin embargo, el problema ocasionado por la deficiente redacción queda latente para los casos en que el apelante carece de tiempo para sustentar el recurso y tan solo se limita a interponerlo, pues de todos modos debe dársele un plazo adicional para tal fin.

Ha determinado además el artículo 57 de la Ley Segunda de 1.984, que la sustentación debe hacerse por escrito, lo que conlleva gran dificultad e inoperancia cuando se trata de recursos interpuestos en audiencias o diligencias, por lo que su aplicación va a aresultar muy dofícil, por no decir imposible, por lo menos en estos casos.

De esta forma ha quedado examinado lo referente al modo y forma de apelar y tangencialmente el término, siendo necesario en este último aspecto hacer algunas precisiones en lo relacionado con las providencias dictadas en audiencias.

Existe alguna discusión en cuanto al término para apelar las providencias dictadas en el curso de audiencias o diligencias, sobre si se debe interponer el recurso allí mismo o es viable hacerlo dentro de

los tres días siguientes a la fecha de la providencia que coincide con la de su notificación, por aquello de que los autos dictados en audiencia quedan notificados por estrados, es decir allí mismo.

El Tribunal de Medellín y el de Manizalez (*), se pronunciaron en tal sentido, acogiendo la tesis de que la apelación debe interponerse allí mismo, dando la aplicación a lo dispuesto en el artículo 352 del Código, por cuanto dicho precepto delimita una oportunidad para las providencias pronunciadas en audiencia o diligencia, distinta a otra clase de providencias, o sea, de pronunciamiento ajeno a tales actos procesales, para los cuales existe alternativa de interponer el recurso en el acto de su notificación o dentro de los tres días siguientes a ésta.

Sostiene que tal delimitación proviene de la existencia del signo de puntuación que antecede a la conjunción "U", porque la "coma" anterior hace que la conjución sea disyuntiva y no copulativa y que del análisis gramatical se desprenden dos oprtunidades y situaciones distintas.

Esta tesis cuenta con el apoyo del doctor Hernando Devis Echandía, quien refiriéndose al término para apelar señala : "El recurso puede interponerse como regla general, por escrito antes de los tres días siguientes a la notificación a todas las partes o en el acto de

(*) Cita -La providencia como Texto de consulta. Revista Derecho Colombiano de Hernando Devis Echandía. Reformas al Código de Procedimiento Civil.

notificarse personalmente; pero, si la providencia se dicta en auciencia o diligencia debe formularse el recurso allí mismo, verbalmente, antes de que concluya aquella si se trata de sentencia o se interpone sin reposición".

Señala igualmente, el ilustre Tratadista que, en una reforma al Código de Procedimiento Civil, interpretando su verdadero sentido, el inciso debe redactarse así : "El recurso de apelación deberá interponerse ante el Juez que dictó la providencia en el acto de su notificación o por escrito dentro de los tres días siguientes; pero si aquella se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, el recurso deberá proponerse allí mismo, inmediatamente, y el Juez resolverá sobre su procedencia al concluir aquella o ésta".

En contra del tal interpretación existen voces como la del doctor Hernán Fabio López Blanco (6), quien sostiene que los autos dictados en audiencias queden notificados allí mismo, según lo indica el artículo 445, pero no ejecutoriados, por lo que el término de sus ejecutoria y el plazo para apelar, será de tres días después de proferida su sentencia.

Al respecto se debe considerar que el criterio más acertado es el que la apelación, con un poco de analogía con el término para recurrir, debe ser dentro de la audiencia en que se profirió la deci--

(6) Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Parte especial. Editorial Temis; Pág. 214. Edic. 1.980

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

sión, exceptuando los casos en que se profiere sentencia dentro de los procesos verbales y que haya resultado agravada la parte que no concurrió, de tal manera que si estuvo presente y no interpuso recurso alguno, la decisión queda en firme, pero, si estuvo ausente, el término para apelar será dentro de los tres días siguientes a la sentencia.

El artículo 352 del Código establece y aclara el término para apelar una providencia cuando ésta se complementa mediante otra, por cuanto se discutía el hecho de que al aclararse de oficio o a petición de parte una providencia, si el término para interponer el recurso se ampliaba a la ejecutoria de la nueva providencia, o , por el contrario, precluía independientemente de la providencia complementaria.

El precepto señaló que, proferida una providencia complementaria, en el término de su ejecutoria podrá también apelarse la principal y los dos recursos se concederán o denegarán simultáneamente, aunque se hayan propuesto por separado.

2.3. LEGITIMACION PARA APELAR

Aspecto fundamental dentro del estudio del recurso que aquí se trata es el concerniente a quiénes están facultados para apelar.

En principio debe afirmarse que, los titulares del recurso de apelación son las partes, actor, demandado y terceristas, pero esta re-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

gla no es totalmente exacta, pues hay ocasiones en que aún siendo parte no es posible apelar, bien porque la providencia no sea susceptible de tal remedio, porque le fue totalmente favorable a sus pretensiones, o - porque ningún perjuicio se deduce del proveido.

Las partes tienen en principio la legitimación para apelar, - pero esta facultad está subordinada al hecho de no haber visto satisfechas las pretensiones, pues es requisito que la providencia apelada cause perjuicio al apelante, por lo cual es improcedente el recurso para la parte que ha vencido totalmente en la instancia inferior.

Si por ejemplo en la primera instancia se ha concedido todo lo que el demandante pide, incluso las costas, éste no está legitimado para apelar; si la demanda es denegada en la totalidad en el fondo, el demandado no tiene legitimación para apelar. Es posible que la providencia sea al mismo tiempo favorable y desfavorable para ambas partes, supuesto en el que una y otra parte están posibilitadas para apelar lo - que las desfavorece.

La sentencia inhibitoria es apelable para ambas partes, porque así como desfavorece al demandante desde que el Juez se abstiene de proveer sobre su demanda, puede desfavorecer al demandado que tenga interés en que se resuelva de fondo, para evitarse un nuevo proceso.

En tal sentido, para que se pueda apelar, debe sufrirse un per

juicio actual, que debe aparecer en la parte resolutiva que es la que vincula con fuerza obligatoria y no en la parte motiva, por lo que no es justificable la apelación cuando se apoya en discrepancias del recurrente con razones del Juez para fallar a su favor, so pretexto de que no coinciden con las suyas.

Al respecto ha señalado la Corte: "La parte motiva de una sentencia la corrige, cuando es el caso, el Superior, por vía de doctrina, pero no es al litigante que ha triunfado a quien incumbe esa misión. - Es pertinente observar que nuestro sistema legal de lo que se apela o recurre es la parte resolutiva de un fallo y no de la parte motiva; - las legislaciones francesa y alemana sí tienen establecido que puede recurrirse en casación por concepto de la parte motiva de una sentencia, pero esto no pasa en la legislación colombiana".(7)

Sin embargo, esta regla no se puede tomar en sentido absoluto. En determinadas situaciones los fundamentos del fallo justifican - un recurso de apelación, como el caso de la sentencia que condena por - responsabilidad civil dando en sus fundamentos la base sobre la cual - deberá procederse a la liquidación del daño causado, estableciendo en - el fallo la llamada condena genérica que deberá liquidarse en un procedimiento posterior. En este caso el agravio en la parte motiva justifica el recurso de apelación.

---

(7) Ref. de Hernando Morales Molina.
Pág. 577 op. Cit.

Los terceros que pretenden impugnar una providencia también deben haber sido perjudicados por ella, estar legitimados para interponer el recurso y ostentar un interés jurídico.

En este sentido advierte Manuel Ibañez : "Claro es que el tercero, para ser admitido en la apelación, debe justificar plenamente el título y el interés que invoque, porque su admisión en el proceso dependerá de llo y de la circunstancia establecida de que no tenga por ley otros medios para evitar el perjuicio que pueda depararle la sentencia". (8)

Sobre este tópico el profesor Eduardo J. Couture, señala : "Pero, si bien es cierto que en principio la sentencia solo afecta a las partes, en determinados casos ella proyecta sus efectos hacia terceros que no han litigado. En esos casos, en principio, se admite en favor del tercero un recurso de apelación. La regla que podría darse en esta materia, es la misma expuesta anteriormente: el agravio es la medida de la apelación. Si el tercero es ajeno a los límites subjetivos de la cosa juzgada y no resulta afectado por ella, carece de recursos: no habiendo agravio no hay apelación. Pero, si el tercero pertenece a aquellos a quienes la sentencia afecta, aun cuando no hayan litigado, entonces la vía de la apelación queda abierta a su respecto". (9)

---

(8) Manuel Ibáñez. Tratado de los Recursos en el Proceso Civil. Editorial La Ley. Buenos Aires. Pág. 71. Ref. Teoría de la Apelación en el Proc. Civil. Jorge Bodensiek.

(9) Eduardo J. Couture. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. (reimpresión póstuma). Buenos Aires. Edit. De Palma 1.972. Pág. 363.

Significa lo anterior que aquellos terceros afectados y que estén actuando dentro del proceso con interés jurídico plenamente acreditado tienen la facultad de apelar libremente con la excepción del coadyuvante, que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 52 y 350 del Código de Procedimiento Civil, tienen la limitación de no poder efectuar actos en contra de la parte que ayuda.

Los coadyuvantes podrán apelar de autos y sentencias a condición de que el coadyuvado no haya consentido la providencia. Si el coadyuvado guarda silencio, o el recurso que se interpuso fue ineficaz, el coadyuvante podrá apelar, en el primer caso, y será admitida su apelación en el segundo, independientemente de la ineficacia de la de su coadyuvado.

De la misma forma se encuentran limitados aquellos que tan solo intervienen en un incidente o trámite, en cuanto a que tan solo pueden actuar dentro del mismo, según lo indica el artículo 61 del código.

2.4. EFECTOS DE LA APELACION

Tradicionalmente los efectos de la apelación han sido el suspensivo y el devolutivo, sin embargo, nuestro código contempla un tercer efecto denominado diferido que goza de una posición ecléctica y posee características de los dos tradicionales.

2.4.1. Efecto Suspensivo.

Es la falta normal de ejecutoriedad de la providencia apelada durante el término para la decisión del Juez del conocimiento, desde la ejecutoria del auto que concede la apelación.

Concedida la apelación en el efecto suspensivo, se remite el expediente al Supervisor al cobrar ejecutoria el auto que la concedió, quedando el Juez del conocimiento con la competencia suspendida hasta tanto no se notifique el auto de abedecimiento al superior.

En los proceso ordinario de mayor cuantía, menor, abreviados o verbales, la apelación de autos en el efecto suspensivo se irá concediendo a medida que se interpongan, pero no suspenden la competencia del Juez, toda vez que el expediente solo se remitirá al Superior, cuando haya concluido el período probatorio y antes de correrse traslado para alegar de conclusión, salvo los autos que decidan incidentes, en los cuales se aplicará la regla general, conforme lo disponen los artículos 407. 421 y 447 del código. En la práctica es muy escasa la aplicación del envío diferido del expediente, ya que los autos apelables en el efecto suspensivo son muy pocos, cuando se han exceptuado los proveídos que resuelven incidentes.

Sin emargo, el artículo 354, mantuvo dos excepciones, una de las cuales ya no tiene vigencia ante la terminación de la habilitación de la edad y que señala que podía continuar conociendo del depósito de personas; la otra se refiere al secuestro y conservación de los bienes

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

cuando se trata de procesos en que exista dicha medida, por lo que es posible después de conceder la apelación en el efecto suspensivo, conocer de lo relacionado con tales medidas.

Para tales diligencias que sean viables, el artículo 356 del código ha establecido que si se otorga la apelación en el efecto suspensivo, se remitirá el expediente al Superior, pero que el Juez debe ordenar la expedición de copias para poder proveer sobre el secuestro de bienes y su conservación que serán a costa del apelante, debiendo ser canceladas en el término de cinco (5) días, so pena de declararse desierto el recurso, pues a pesar de que la norma no lo diga, así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, en analogía con el efecto devolutivo.

También debe obrarse de tal manera cuando se apela la sentencia en el proceso de quiebra y en el Concurso de acreedores que sigue su trámite, pues el Juez del conocimiento, a pesar de la apelación en el efecto suspensivo, mantiene competencia para adelantar la actuación hasta dejarla en estado de pagar a los acreedores (artículo 1981 del Código de Comercio).

En nuestro estatuto procesal, la apelación ha de concederse en el efecto suspensivo, cuando la norma de manera especial no disponga que se concede en otro efecto, o el recurso así lo solicite, de la misma forma que éste podrá pedir que se le otorgue en el efecto devolutivo cuando debe concederse en el diferido.

Las sentencias son apelables en el efecto suspensivo en su gran mayoría, sin embargo, las dictadas en procesos de mínima cuantía, las que aprueban la partición sin objeciones, las dictadas en equidad, y las que aprueban la rendición de cuentas sin objeción, son inapelables.

En el efecto devolutivo se conceden las que decretan la privación al padre o a la madre de la administración de los bienes del hijo de familia, las que decretan la prestación de alimentos, la interdicción por disipación y la expropiación porque en ellas prima el interés público.

2.4.2. Efecto Devolutivo

No suspende la ejecución de la providencia apelada durante la decisión del recurso, tampoco la competencia del inferior, con lo cual quiere significarse el paso del pleito decidido por el inferior, al conocimiento del Juez Superior.

El profesor Agustín A. Costa (10), al criticar esta terminología, propone sustituir el término "Efecto Devolutivo" por "Efecto Resolucitvo", por considerar que en este efecto la providencia apelada está sujeta a condición resolutoria en caso de su revocatoria.

---

(10) Agustín A. Costa. El Recurso Ordinario de Apelación, Buenos Aires. Editorial La Ley. 1.950 Pág. 61

Cuando se concede la apelación en el efecto devolutivo, se remite al Superior copia de lo necesario, a juicio del Juez, para que el proceso continúe ante el inferior quien continúa con el expediente original. Sin embargo, si la apelación en el efecto devolutivo es la de la sentencia, como en el proceso de expropiación, las copias quedan en el jusgado y el original va al Superior. Tales copias se ordenan en el auto que concede la apelación para que el apelante suministre el valor de las mismas en un término de cinco días, declarándose desierto el recurso inicialmente concedido, en el evento de no acreditarse el pago de tales expensas en forma oportuna.

Si el Superior estima necesario para decidir, otra parte del expediente que no se le remitió, puede pedirle al Juez de conocimiento que se le envíe a costa del apelante y si éste no suministra las expensas, no será oído en el proceso hasta que no lo haga, salvo que se trate de interponer otro recurso o petición de pruebas.

Significa lo anterior que, se aplicará al apelante la sanción de que trata el artículo 388, pero, el Secretario debe proceder a compulsarlas, pues la ley no autoriza en este caso que se declare desierto el recurso, en una aplicación analógica con lo dispuesto para la queja de que trata el artículo 378 del código.

Es de aclarar que, si en el momento de concederse la apelación de autos y sentencias, ya existían copias, solo se complementarán las existentes, sin importar a cargo de quién fueron expedidas en la ocasión

anterior.

Finalmente, debemos señalar que, en razón a que el proceso continúa cuando la apelación se concede en el efecto devolutivo, el Legislador estableció en el artículo 362, que el expediente una vez devuelto al Juez del conocimiento o las copias, según el caso, éste dictará un auto de obedecimiento al Superior, disponiendo lo conducente para cumplir lo ordenado por el Superior y para el evento de que la providencia, materia del recurso, haya sido revocada. La actuación adelantada por el inferior después de concedida la apelación, será ineficaz en lo necesariamente que dependa de ella. Igual regla se aplicará para las apelaciones concedidas en el efecto diferido.

2.4.3. Efecto Diferido

Suspende el cumplimiento de la providencia apelada como en el efecto suspensivo, pero no la competencia del inferior como el devolutivo, por lo que el proceso cpntinúa en lo que no dependa necesariamente de dicha providencia.

El efecto diferido se reglamenta por primera vez en Colombia en el Código Procesal Civil de 1.970, como una necesidad sentida, pues el derogado Código Judicial de 1.931 tan solo limitaba los efectos de la apelación al suspensivo y devolutivo.

La importancia de este nuevo efecto en el código de 1.970 la resalta el doctor Hernando Devis Echandía en los siguientes tér

minos :

"La dualidad de los efectos tenía el inconveniente de que en muchos casos no se podía dejar la apelación en el devolutivo, porque eso implicaba cumplir la providencia y se podía crear una situación procesal irreversible o de difícil reversión, como el levantamiento de un embargo o de una caución. Con el efecto diferido se obtiene la ventaja del suspensivo, en cuanto no se cumpla la providencia apelada (de manera que, si se decreta un desembargo y se apela en el efecto diferido, no se desembarga y si se decreta el levantamiento de la caución y se apela en el efecto diferido, no se levanta la caución), pero no tiene el inconveniente del suspensivo, en cuanto éste le priva al Juez a-quo de la competencia para continuar conociendo del negocio, sino que en este punto tiene la ventaja del devolutivo y, como éste, se tramita mediante copias".(11)

En la práctica será posible al apelante interesado en que no se suspenda el proceso, solicitar que una apelación cuya concesión sea el suspensivo, lo sea en el efecto diferido, pues de todas maneras el

---

(11) Hernando Devis Echandía. Nuevo Procedimiento Civil Colombiano. Bogotá. Ediciones Rost. 1.971. Ref. Jorge Bodensiek S. Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

auto sometido a revisión no será cumplido hasta tanto no se decida el recurso y el proceso no se suspenda con las consecuencias irreparables que conlleva la suspensión y que contribuyen a la dilación del mis-- mo.

Diferir significa aplazar, postergar, o remitir a otro tiempo; concedida la apelación en este efecto, se aplaza el cumplimiento de la providencia y lo que de ella necesariamente dependa hasta cuando se pronuncie el Superior, lo que constituye una buena innovación en el Código Procesal nuestro y que tiene vigencia en otras legislaciones como la mexicana y la argentina, aunque con algunas variaciones.

Por último, debo agregar que la apelación en el efecto diferido, al igual que la concedida en el efecto devolutivo, por cuanto se tramita con la expedición de copias, está sujeta a las exigencias de orden fiscal de que trata el Decreto 3212 de 1.979, en cuanto requiere el el impuesto en estampillas, de la misma forma que se encuentra regida por la condición del artículo 362 en cuanto a la ineficacia de la actuación adelantada con posterioridad a la apelación concedida cuando el proveido impugnado sea revocado, en lo que necesariamente depende de - ella.

2.5. RECURSO DE QUEJA

Un aspecto importante dentro del estudio del recurso de - apelación, lo constituye el recurso de queja, por cuanto si consi--

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

deramos la apelación una garantía para las partes que se sienten agraviadas, también debemos tener en cuenta que estas deben estar dotadas de un mecanismo que les permita exigir la concesión del recurso cuando el Juez del conocimiento lo niega a pesar de cumplirse los presupuestos exigidos para que se conceda.

Dicho recurso se encuentra establecido en el Código Procesal vigente y se le denomina de queja, ya que antes en forma impropia se le denominaba recurso de hecho, expresión antitécnica, por cuanto se dejaba entender que se trataba de una situación de facto. No obstante, la Ley Segunda de 1.984, en la modificación que hizo, volvió a llamarlo por su viejo nombre.

Procede el recurso contra el auto que niega una apelación, contra el auto que concede en un efecto equivocado la apelación y contra el auto que niega la casación, por lo que en esta opotunidad hablaré de los dos primeros casos.

El recurso de queja se presenta ante el Superior y quien pretenda interponerlo, debe, en primer término, acudir ante el Juez del conocimiento, presentando reposición contra el auto que negó la apelación, dando los fundamentos de su inconformidad para que ésta sea concedida y solicitud subisidiaria de que se le expiden copias de la providencia recurrida y demás piezas conducentes del proceso.

Si el inferior no concede ña reposición, deberá ordenar la ex

pedición de las copias, que deberán ser canceladas por el recurrente o quejoso en un término de cinco días que también le otorgará el Juez, - contados a partir de la notificación del auto que ordena su expedición, expensas que en el evento de no cancelarse oportunamente, implicará - que se declare desierta la oportunidad para expedirlas y por ende la posibilidad de impetrar la queja.

Cuando a una parte se le conceda el revurso y en virtud de - reposición llegare a revocarse tal providencia, las copias para proponer el de queja podrán solicitarse en el término de la ejecutoria del auto que decidió la reposición.

Habiendo suministrado el recurrente lo necesario dentro de - la oportunidad legal, el Secretario tiene la obligación de avisar que las copias están listas para ser entregadas (pues en esta ocasión, a diferencia de la apelación, no se envían al Superior sino que se entregan al recurrente), para lo cual se correrá traslado por el término de tres días en la forma indicada en el artículo 108 y dentro de esos tres días deben ser retiradas por el recurrente, pues si se deja vencer este término sin hacerlo, se declara desierta la oportunidad para retirarla, es decir, tiene la misma sanción que el que no suministra las expensas, - quedando sin efectividad el recurso.

Vale la pena anotar que el término de tres días que se corre para el retiro de las copias no es perentorio que se agote y se pueden retirar las copias al primer día siguiente al aviso, porque el objeto -

de éste es que la contraparte esté enterada del momento en que se re-- tiren las copias, a fin de que pueda acudir a defender sus intereses - ante el Superior.

Entregadas las copias al recurrente, el Secretario dejará - constancia del día en que ello ocurra, tanto en aquellas como en el expediente, para que la queja sea presentada ante el Superior dentro de - los cinco días siguientes a dicha entrega, mediante escrito en el cual se expresen los fundamentos que se consideran pertienentes para que la apelación sea concedida, término que de no cumplirse implicará la preclusión del recurso.

No obstante, puede ocurrir al examinar las copias, que no se tienen elementos suficientes y se requiere de más copias, caso en el - cual podrá el Superior ordenar al Juez del conocimiento la expedición de copias complementarias, las que deberá expedir a costa del recurrente, quien tiene un plazo de cinco días para cancelar las expensas y en caso de que en dicho término no se paguen, se hará acreedor a la sanción contemplada para las copias iniciales, es decir, se declarará - desierta la oportunidad para expedirlas, lo que en el evento de suceder debe avisarse por parte del a-quo al Superior.

Conforme a lo anteriormente expuesto, el recurso de queja - puede quedar sin efectos de ninguna índole en cuatro casos :

1) Cuando en el término de cinco días no se suministre lo -

necesario para las copias;

2) Cuando no se retiran las copias dentro del término de tres días a partir del aviso de que están listas;

3) Cuando no se presentan esas copias junto con el memorial que fundamenta el recurso, ante el Superior que debe resolverlo, lo cual debe hacerse dentro del término de cinco días contados a partir del recibo de ellas en el juzgado de primera instancia por parte del recurrente;

4) Cuando el Superior considere indispensable que se expidan nuevas copias y el recurrente no suministra lo necesario para que el Juzgado del conocimiento las expida, circunstancia que se comunicará al Juez de segunda instancia para que suspenda la tramitación, por cuanto en este caso, el recurso también se hace negatorio.

Respecto al término de los cinco días de que dispone el recurrente para cancelar las copias adicionales, debe contarse a partir del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el Superior, pero para una mayor claridad en dicho auto se debe indicar el término.

Se anota que cuando se ordena la expedición de nuevas copias no es necesario que el Secretario fije el aviso como en la primera oportunidad, sino que una vez expedidas las remite inmediatamente al Superior que está conociendo del recurso de queja.

Un aspecto que no se debe perder de vista es el hecho de que mientras se tramita el recurso de queja no se produce paralización alguna en el curso del proceso, por lo que no es viable al Juez suspender la actuación, ni a las partes solicitarla, por cuanto dicho recurso no tienen ningún efecto suspensivo.

Si al resolverse el recurso de queja el Superior considera que ha debido concederse la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará tal decisión al Juez del conocimiento, para que éste envíe el expediente o expida las copias según el caso, a fin de que se surta el recurso. Si se considera estuvo bien denegada la apelación, se remite lo actuado al inferior para que ofrme parte del expediente.

Puede suceder que mientras se tramita el recurso de queja, haya continuado la gestión, pues tal como se comentaba anteriormente, no hay razón para suspenderla y si el Superior juzga que el recurso extuvo mal denegado y concede la apelación en el efecto suspensivo, debemos entender que toda la actuación surtida a partir del momento en que se negó la apelación carece de validez, ya que se debe retrotraer la actuación hasta tal momento.

Algo similar ocurre y así se debe interpretar por analogía, cuando la apelación se concede en el efecto diferido, en lo que tenga relación con el cumplimiento de la providencia.

Ahora, cuando la apelación se otorga en el efecto devolutivo, dada la índole de ese efecto (que no suspende el cumplimiento de la providencia ni la actuación), no hay consecuencias graves, por cuanto de haberse concedido la apelación en la primera oportunidad sin necesidad de la queja, la actuación hubiera continuado.

El recurso de queja también tiene lugar cuando se concede en el efecto devolutivo o diferido una apelación que ha debido concederse en uno distinto, pero en esta ocasión se formula ante el Superior y debe proponerse dentro de los tres días siguientes a la llegada del expediente o de sus copias. Cuando este recurso prospera, determina que se den las órdenes del caso para que la apelación se surta en debida forma, vale decir que se comunica al inferior, a fin de que remita el original sobre el cual se está actuando, cuando lo procedente sea el efecto suspensivo y si debía concederse la apelación en el efecto diferido o devolutivo, se informa para que se abstenga de cumplir el auto apelado.

Como se dijo anteriormente, el recurso de queja no tiene carácter suspensivo y la acción puede continuar. Existen sin embargo, dos situaciones que bien vale la pena analizar respecto a si se suspende o no y son el hecho de llegar el proceso al estado de dictar sentencia, pues la regla general es que no se correrá traslado para alegar mientras estén pendientes incidentes o recursos de apelación.

La otra situación es, si se suspende la ejecución de la sen-

tencia estando en firme, solo porque se haya recurrido en queja, para que se conceda la apelación de la sentencia o de accidente tramitado con posterioridad, porque queda la duda de los efectos que pueda causar, el que por vía de la queja se conceda la apelación de la sentencia y que a ésta ya se le haya dado cumplimiento.

Al respecto, la jurisprudencia ha optado porque la queja no tenga ningún carácter suspensivo, inclusive para lo casos que he mencionado, pues los artículos 406 y 419 precisaron que no se continuará con la etapa subsiguiente en el evento de estar pendientes recursos de apelación, sin mencionar para nada la queja.

De otra parte, debemos tener en cuenta que, bien puede ocurrir que al apelante o quejoso se le expidan las copias para que acuda en queja, sin que éste lo haga ante el Superior, situación que queda un poco a la deriva, por cuanto no va a existir constancia en el proceso de si se está tramitando o no y en el evento de que no se formule, se va a quedar el Juez del conocimiento esperando del Superior una comunicación que nunca le va a llegar.

De todos modos, es oportuno que en la revisión que haya de hacerse a este capítulo, el Legislador determine de manera expresa tal situación y se le niegue cualquier carácter suspensivo, ya que la práctica nos ha enseñado, que en un altísimo porcentaje, el inferior acierta cuando niega la apelación y por lo tanto la mayoría de las veces el Superior concluye que ésta estuvo bien denegada, aparte que lo

contrario sería atentar contra la celeridad del proceso, lo que constituye un aspecto tan importante como el mismo derecho que le asiste a las partes para impugnar las providencias.

3. PRINCIPIOS QUE REGULA LA APELACION

3.1. PRINCIPIO DE LAS DOS INSTANCIAS

En principio debemos afirmar que, la sgunda instancia no es una obligación del estado para con sus ciudadanos pues éste cumpla en lo que se relaciona con la administración de justicia, con la instalación de juzgados de conocimiento que conocen en primera instancia. Sin emargo, nuestro estatuto procesal civil lo consagra en el artículo tercero, con algunas excepciones de procesos que se someten a única instancia.

Diversos puntos de vista que parten de una posición extrema, partidaria de la instancia única hasta los que aceptan el doble grado en forma amplia como garantía de justicia, se han sostenido reconociéndose posiciones intermedias que sin negar los beneficios de la segunda instancia, se encaminan a restringir el derecho de apelar, exigiendo mayores requisitos para su ejercicio.

El planteamiento en cuestión, exige preguntarse en concreto y en términos exactos si es preferible un régimen judicial de doble o de única instancia.

Desde el punto de vista teórico y atendiendo razones lógicas, es probable que la conclusión haya de ser la única instancia, por factores primordiales como la celeridad del proceso y la idoneidad de los

jueces, sin embargo, el problema puede ser de tipo práctico, nuestra - época con todos sus acontecimientos confirma la necesidad de mantener órganos fiscalizadores que impidan la formación de poderes excesiva-- mente fuertes, peligrosos para los derechos y libertades individuales.

Sin embargo, su adopción también tiene objeciones que merecen atención por su fundamento, entre ellas las siguientes:

a) Dilata los juicios;

b) Es motivo de descrédito, porque importa el reconocimiento de la ineptitud y malicia de los jueces de primera instancia;

c) Fomenta la indiferencia en el Juez del conocimiento, porque éste, sabiendo que el Superior enmendará sus errores, caerá en el descuido de su función.

d) Si el fin es mayor justicia por la segunda instancia, se podrá perfeccionar aún más con tres o cuatro instancias;

e) Si los jueces Superiores son en definitiva los que juzguen, será mejor pasarles a ellos el juicio directamente;

f) Si las sentencias están en desacuerdo, no se puede aseverar que la del Superior es más justa, puesto que el error o - malicia debe aceptarse por igual en todos los jueces.

Sin embargo, estas objeciones no son del todo absolutas y aun que su importancia tienen, no alcanzan a demeritar los beneficios y la

utilidad la doble instancia, por lo que a continuación y sin querer - llevarlo al campo del debate se harán unas anotaciones al respecto.

En primer término, se afirma que la apelación dilata los juicios y en verdad una de las aspiraciones de nuestros tiempos es garantizar una justicia rápida, pero no debe atribuirse a la segunda instancia, exclusivamente, el origen y la razón de la morosidad. Es cierto - que el abuso de esta facultad contribuye a la dilación de los procesos, pero la razón no es abolirla, sino darle una reglamentación adecuada - para no permitir el mal uso y liberarla de sus vicios, evitando que se apoyen en tal recurso para eternizar los procesos.

La actuación del que reclama justicia tiene que realizarse, respetando el principio de la defensa en el juicio. El demandante es oído y goza del derecho de fiscalizar la actuación, una justicia instantánea, aunque ideal, no se concibe, si ha de respetarse un régimen que asegure la defensa. El retardo emana de la necesidad de distribuir una justicia adecuada, es mayor peligro el error que la demora.

No obstante, debe considerarse que, para combatir el mal uso de algunos litigantes para demorar los procesos, debería condenarse al apelante vencido en unas costas más altas que las acostumbradas para - que todo aquel que piense apelar con fines puramente dilatorios, de - antemano piense en la sanción que puede tener, tal como ocurre para - todo aquel que propone la tacha de falsedad, en forma temeraria.

Una razón que resulta fundamental y que debe corregirse, es la conocida demora de los jueces de segunda instancia, pues el no pronunciamiento oportuno del Superior sobre las providencias que se llevan para su fallo, implica casi una complicidad con los apelantes que buscan simplemente retardar el cumplimiento del fallo.

En síntesis, la réplica a la primera objeción se resume en afirmar que la demora en la solución de los litigios no es inherente a la doble instancia; obedece a la naturaleza del conflicto que exige dar satisfacción a numerosos requisitos que aseguren una decisión justa.

El desprestigio público o desilución social que engendra la doble instancia que parte de la idea que los jueces pueden equivocarse o actuar con malicia, y que es otra de las objeciones, no afecta de manera fundamental la institución. En todo caso, será una observación general a la condición humana, de la cual no se puede extraer un argumento para ser opuesto a la doble instancia.

De otra parte, la tendencia del estado moderno es crear medios de control que fiscalicen el recto desempeño de las funciones públicas para asegurar con ello la responsabilidad de los que ejerzan y la doble instancia, desde ese punto, llena satisfactoriamente esa función, por lo que a la apelación no habrá de considerársele, entonces, como una humillación para el Juez de primera instancia, sino como un sistema de jerarquía destinado a favorecer la solución de

los litigios con una justicia más perfecta.

La ligereza de los jueces de primera instancia, por sentir que al final de cuentas el fallo que ha de valer es el de segunda instancia podrá influir, pero no siempre y es la excepción, pues la realidad cotidiana demuestra que ningún Juez recibe con indiferencia la modificación de sus fallos.

De todos modos, para evitar que tal situación pueda darse, lo adecuado es que el ingreso a la carrera judicial se haga por concurso y las promociones por estricto mérito, lo que será de estímulo para que nuestros jueces, sea cual fuere la jerarquía que ocupen, estén siempre atentos a mejorar su nivel y su desenvolvimiento dentro de la esfera de la recta administración de justicia.

La multiplicación de instancias y recursos trae nefastas consecuencias y su limitación es cosa que nadie discute. La Ley debe arbitrar los medios para una buena administración de justicia, sin embargo no podrá garantizar que será perfecta; con la segunda instancia se asegura la atenuación de los errores y el máximo de probabilidades de una sentencia justa.

Aceptar un sinnúmero de instancias es deformar la institución, lo que importa es asegurar la paz jurídica, sometiendo la sentencia a una revisión por parte del Superior. Si la sentencia o auto es confirmado, el fallo recurrido tendrá más autoridad, si es modificado

o revocado se supone que el Superior meditó suficientemente la decisión que profiere.

La sentencia de primera instancia no ha de considerarse un - trámite inútil, la apelación es un medio de comprobación de su justicia y no una etapa fatal y necesarias, las providencias adquieren ejecutoria cuando las partes no interponen recurso y se encuentran conformes.

Po tal razón el código procesal vigente, limita en buena parte las providencias apelables, significando lo anterior que son aquellas - decisiones trascendentales dictadas dentro del proceso las que permiten abrir la segunda instancia, además de que la jerarquización de la justicia es un sistema aceptado y útil y por razones de economía procesal no es pruedente encargar a aquellos jueces de mayor capacidad del trámite y la parte mecánica de los procesos de menor importancia.

Además, como se mencionaba anteriormente, los fallos, sea -- quien fuere el que los profiera, jamás tendrán el carácter de infalibles y siempre tendrán mayor autoridad cuando un Juez distinto los revise.

Si como se afirma en el literalf), no hay mayor certidumbre - de que la sentencia del Superior sea más justa que la apelada, puesto - que la falibilidad humana puede y debe suponerse por igual en todos los jueces, debemos admitir que la regla general es que haya una mayor experiencia y mejor criterio jurídico en aquellos jueces que han esca-

lado dentro de la carrera judicial, lo que va unido a la garantía de un nuevo examen.

Significa lo anterior, que las posibilidades de error o malicia están notablemente disminuidas, casi reducidas a su más mínima expresión y no solamente los fallos del Superior implican un control al inferior, sino que existe una fiscalización recíproca, pues un fallo de apelación que revoca una sentencia visiblemente justa, provocaría la reacción no solamente de la parte vencida, sino del estamento judicial, lo que produce una situación de equilibrio y de compensación provechosa para resolver el problema práctico de la realización de la justicia.

Hecha las anteriores consideraciones, debemos concluir que las objeciones presentadas no afectan de manera fundamental la institución de la doble instancia y que la abolición de ésta, seguramente contribuirá a la celeridad del proceso, pero sacrifica la precisión y la seguridad de los fallos.

Apartándonos de los aspectos negativos de la institución, que como figura del derecho los puede tener y mirándolo desde el punto de vista positivo, podemos observar que la doble instancia ofrece ventajas que podemos reasumir desde cuatro puntos :

1) En lo que se relaciona con el régimen político, es el que mejor conviene a un estado democrático, porque asegura en toda su integridad la defensa en juicio, esencial a una organiza--

ción de este tipo y además establece órganos de fiscalización de las - funciones judiciales.

2) Como consecuencia, los derechos individuales encuentran mayor protección en un régimen que permite amplia discusión y mejor examen de las causas, proporcionando también los medios para la atenuación de los errores.

3) En lo referente a la organización judicial, la doble instancia permite :

a.- Crear un sistema de jerarquía judicial;

b.- Asegurar la selección de los jueces por medio de la carrera judicial y el escalafón, de modo que en la carrera a ser Magistrado de la Corte se haya demostrado idoneidad y rectitud;

c.- Unificar la interpretación de las leyes, pues es bien conocido que en tal labor existe gran disparidad de criterios;

d.- Recíproco control de la labor de los jueces, pues como se dijo antes, no solo el Superior controla, sino que el inferior en cierto modo también fiscaliza.

4) Desde un punto de vista interno del proceso se gana en precisión y resultado y las discrepancias se reducen a los puntos capitales, partiendo el jusgador de segunda instancia de un pronunciamiento anterior, que es presunción de verdad y de recto criterio, así como de las observaciones hechas por las par-

tes en el traslado que se corre en la segunda instancia, sobre los aspectos destacables del primer fallo.

Por lo anterior, se debe insistir en las bondades de la apelación de una parte, pero lejos de proponer se extienda como garantía individual y se autorice su limitación, sin que resulte contradictorio, pues no en todos los casos conviene poner en movimiento tal mecanismo.

3.2. PRINCIPIO DE LA REFORMA IN PEJUS

Es uno de los principios contemplados por el derecho procesal civil que tiene alguna discusión.

Nuestro Estatuto lo contempla en el artículo 357 y consiste en la prohibición al Superior para enmendar la providencia que se le somete a revisión en todo aquello que le haya sido favorable al apelante, es decir, no puede reformar en perjuicio de éste, salvo en algunos puntos que tengan íntima relación.

Tiene su razón de ser en el principio dispositivo que rige el proceso, y en especial la apelación, por cuanto ésta la determinan las partes y el asunto es visto en la medida que ellas lo soliciten, por lo que el apelante debe limitar el recurso a la parte de la providencia que le fue desfavorable.

Sin embargo, si el inferior ha declarado una excepción previa o de mérito que el Superior encuentra infundada, éste puede decidir con fundamento en otra, aunque el demandado no haya apelado de la providencia por no interesarle o por no estar legitimado para ello, según lo indica el artículo 306 del código, en razón a que las excepciones propuestas constituyen medios de defensa excluyentes que el inferior no puede considerar simultáneamente en ocasiones.

Si el vencimiento es mutuo, pues la providencia reconoce parte de lo pedido en la demanda y deniega lo demás, profiriendo un fallo

infrapetita, y solo apela el demandante, el Superior no puede resolver sino sobre lo desfavorable para el apelante, porque en esta parte es que se legitima el recurso, máximo cuando lo que fue desfavorable está ejecutoriado por no haberlo apelado el demandado, a quien perjudicaba.

Por ello está prohibido al Superior hacer más gravosa la situación del apelante o colocarlo en peor situación de la que tenía en el momento de interponer el recurso, ya que respecto a lo que le concedió el inferior, no ha impugnado la providencia, por serle favorable. Tal reforma con agravación no es posible y para que procediera sería necesario que la otra parte hubiera apelado en lo desfavorable a ella.

En tal sentido se pronuncia Carnelutti, quien señala : "Los fundamentos de la reformatio in pejus son dos, el principio dispositivo y el principio del vencimiento como antecedentes para impugna- el fallo" y más adelante continúa diciendo "en el proceso civil la prohibición de reformar in- pejus, no es más que una consecuencia del principio del gravamen parcial, esto es del vencimiento parcial. Es el sistema dispositivo que gobierna el proceso civil, o más exactamente, la voluntad humana aplicada al proceso civil".(12)

Al respecto nos enseña Piero Calamendrei "El Juez de la apelación está obligado a examinar la controversia solo en los límites en que el primer grado, el apelante ha sido vencido y en que es posible en

(12) Dr. Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal Civil. Pág. 588

segundo grado eliminar tal vencimiento, porque si él determinare a reformar in pejus la primera sentencia, esto es agravar el vencimiento del apelante, convirtiéndolo en vencido, allí en donde en primer grado era vencedor, vendrá con esto a examinar una parte de la controversia, en relación a la cual, faltando al apelante la cualidad de vencido o sea la legitimación para obrar, la apelación no habría tenido, ni podrá tener, efecto devolutivo."(13)

Como se podrá observar, tales planteamientos parten de la base de un sistema netamente dispositivo dentro del proceso civil y que en la actualidad no tiene vigencia absoluta, pues a partir de 1.970 nuestro código dió aplicación mixta a tales principios porque en ocasiones se emplea el sistema inquisitivo, dándole amplios poderes al Juez para que sea parte activa dentro del proceso y no un invitado de piedra.

Es decir, que en ocasiones observa un sistema inquisitivo, como es la facultad para decretar pruebas de oficio que le otorga el artículo 180, pero en otras partes es dispositivo, como en el caso de los recursos, porque salvo la conducta que es excepcional para determinados casos, la segunda instancia tan solo se abre por solicitud de una de las partes o de ambas, si la apelación es conjunta.

Esta figura en el código de 1.931, que fue elaborada sobre la base del sistema meramente dispositivo, no tuvo ningún límite, se-

---

(13) Op. Cit. Pág. 588.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

gún lo consagraba el artículo 494 del llamado código judicial. Sin embargo, en el de 1.970, dado el cambio de filosofía y la innovación inquisitiva, se atemperó el rigor de la reformatio in pejus, consagrando la apelación adhesiva, estudiada en el capítulo anterior y que permite a aquel vencedor parcial, que en una primera oportunidad no apeló el fallo, hacerlo después de que la parte contraria interpuso su recurso en un plazo más amplio, para que aquella parte, que en un comienzo no le fuera favorable, también es sometida a revisión del Superior, caso en el cual ya fallaría sin ninguna limitación.

La institución de la reformatio in pejus es criticada por el doctor Hernando Devis Echandía, quien defiende las facultades plenas del juzgador de segunda instancia al desatar el recurso de apelación y para el efecto expone :

"Creemos que estas facultades del Juez de la apelación se justifican por la naturaleza del recurso, ya que auqel conoce el juicio con absoluta soberanía y para una revisión total. De ahí que haya sido necesario recurrir a la ficción por lo general contraria a la realidad, de quien no apela, conciente lo adverso de la decisión, para imponer entonces al juez superior la prohibición de reformarla en esa parte, lo que se nos antoja un rezago del criterio archivado que considera el proceso como contienda entre particulares y para un interés privado.(14)

---

(14) Dr. Hernando Devis Echandía. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Pág. 674-675. Ref.: Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano. Jorge Bodensiek S.

3.2.1. Condiciones de la Reformatio in pejus

Para que actúe esta figura, es decir, para que las sentencias no empeoren la situación del apelante, se requiere :

1) Que haya litigante vencido, es decir que algo se haya resuelto contra él y en forma parcial, porque si la sentencia se pronuncia en contra de una parte de manera completa, la apelación no podría originar una reforma para empeorar la situación del vencido, pues ésta alcanzó en la primera instancia su más alto grado. El vencimiento parcial que implica victoria es lo favorable de la sentencia, que no puede tocar el Superior, lo que es materia del recurso, es tan solo lo desfavorable.

2) Que una de las partes apele de la sentencia y la otra consienta en ella. Si recurren ambas, el Juez debe fallar sobre la litis completa.

Como la limitación de la materia para la nueva instancia, depende de las partes el hecho de la apelación de una de ellas y la falta de apelación de la otra, puede dejar sin embargo, abierto el camino para que el Superior falle sobre la totalidad de las cuestiones controvertidas y enmiende la parte de la sentencia favorable al apelante, si éste pide al Juez que resuelva sobre el litigio en su totalidad y ataca la parte que le es favorable. Así se ha interpetado por la cor-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

te y constituye una renuncia del apelante a la reformatio in pejus, la cual también puede ser expresa.

3.2.2. Excepciones a la Reformatio in pejus

En el artículo del Código de Procedimiento Civil establece las excepciones a esta figura en términos generales, que consisten en que en razón de la reforma de la providencia recurrida fuere necesario efectuar modificaciones sobre puntos ítimamente relacionados con aquella reforma, los cuales debe calificar discrecionalmente el Superior.

Para la doctrina constituye también excepción la referente a ciertos presupuestos procesales, porque éstos son siempre materia de examen previo por el Superior, aunque no hayan sido objeto de la apelación, pues si no aparecen demostrados, la relación procesal no se traba regularmente. Al respecto la Corte ha expresado: "Por el carácter jurídico público de los presupuestos procesales, la inexistencia de éstos impone una excepción a la figura procesal de la reformatio in pejus. . . . . De tal manera que, el Juez de segunda instancia, si encuentra la falta de un presupuesto procesal, debe enmendar la providencia recurrida declarando su inhibición para fallar en el fondo, aunque se agrave la situación procesal adquirida por la parte apelante". (15)

---

(15) Ref.: de Hernando Morales M. Pág. 591. Curso de Derecho Procesal Civil.

A esta doctrina debe observársele, que tan solo la falta de los presupuestos, capacidad para ser parte y demanda en forma, conducen a sentencia inhibitoria, ya que la de los demás implica nulidad y que el principio en ella sostenido, se acomoda a la técnica de la apelación de sentencia, pero no de autos, pues para éstos la competencia del Superior está circunscrita a examinar al recurso, pero no a los presupuestos del proceso.

3.3. PRINCIPIO DE LA ECONOMIA PROCESAL

Principio fundamental dentro de todo proceso debe ser el de la economía procesal, que consiste en tratar de obedecer el mayor resultado posible con la más mínima actividad del Juez y las partes.

Resultado de él es la inadmisión y rechazo de la demanda, para que desde un comienzo se subsanen los errores o para no adelantar una actuación que ha de conducir a fallos inhibitorios, la acumulación de pretensiones para que en un mismo rpoceso se ventilen varias y evitar así que se tramiten diversos procesos, lo mismo que la restricción de los recursos.

Se señala con mucha frecuencia, que justicia lenta no es justicia y que a veces es mejor un mal arreglo que un buen pleito, lo que en verdad tiene gran significado, pues en ocasiones nuestros procedimientos revisten demasiados formalismos que son bien aprovechados por los litigantes que se favorecen con la dilación del proceso.

Significa lo anterior, que si bien es cierto algunas partes de nuestro estatuto procesal contienen aspectos negativos, no por su creación sino por los problemas que se presentan en el momento de su aplicación, también lo es, igualmente, que contiene algunos positivos que apuntados todos en una misma dirección pueden ofrecer resultados provechosos.

Se ha planteado en este trabajo un conflicto entre el principio de las dos instancias y el de la economía procesal, por considerar que la excesiva tributación en favor del primero atenta contra el segundo. En el estudio que se hizo dentro del principio de la impugnación se analizó tangencialmente las incidencias que podía tener para la buena y pronta marcha del proceso sin que se haya determinado una contraposición directa entre ellos.

Se ha planteado por parte de tratadistas tan importantes como el doctor Hernando Devis Echandía (16), que la única instancia contribuirá a que la justicia no resulte tan exageradamente larga y señala como defectos principales para la dilación de los procesos el carácter exclusivo o preponderante escrito del proceso, notificaciones personales innecesarias y procesos provisionales cuyas sentencias son revisables en segunda instancia.

Señala, igualmente, que para acelerar la justicia en Colom--

---

(16) Devis Echandía. Progresos y Deficiencias de Nuestra Justicia Civil. Revista de la Academia de Jurisprudencia Nos. 208-209.

bia se requieren dos modificaciones sustanciales, la primera, la creación de una instancia ante jueces o Tribunales Plurales de alta calidad y casación restringida ante la Corte Suprema de Justicia al darle jueces de igual calidad a pobres y ricos.

La segunda, adoptar el procedimiento verbal tanto para lo civil como para lo penal, laboral, contencioso administrativo y fiscal, por considerar que tan solo en él existe verdadera concentración y eficaz impulso procesal oficioso del juez, sin contar importantes ventajas que representa en materia de inmediación probatoria.

Advierte, sin embargo, que en Colombia, para implantar el proceso civil totalmente oral, sería indispensable por lo menos triplicar el número de jueces en las ciudades importantes, duplicar el número de auxiliares de cada juzgado, lo que sumado a la dotación de grabadoras e implementos exige un aumento tan considerable del presupuesto de la justicia, que por ahora está fuera de nuestras posibilidades.

De lo expuesto, podemos advertir que la celeridad de los procesos se conseguiría en una mayor proporción con la creación de nuevos juzgados y aumento del personal subalterno, por lo menos en las plazas más importantes, con lo que se podría exigir que las actuaciones judiciales se cumplieran en los términos oportunos y así también la segunda instancia fuera ágil.

4. TRAMITE DE APELACION

4.1. LA APELACION, RECURSO PRINCIPAL O SUBSIDIARIO

El recurso de apelación se puede interponer directamente o como subisidiario del de reposición, de la misma forma que toda providencia que sea susceptible del recurso de apelación, lo será igualmente del de reposición.

El artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, de infortunada redacción dispone que "el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertienentes respecto de los puntos nuevos".

La última parte de la norma citada no ofrece dificultad, puesto que los puntos nuevos aparecen por primera vez, pero el problema surge cuando, interpretando literalmente la norma se lee: "No es susceptible de ningún recurso", pues con ello a la parte contraria de la que interpuso el recurso de reposición se le privaría de interponer los suyos.

Tal situación debe entenderse desde el punto de vista que no es susceptible de ningún recurso por la misma parte que interpuso el anterior, pues en este caso daría lugar a una sucesión de recursos, pero sí por parte contraria puesto que hasta ahora recibe el agravio, y no -

le era viable impugnar la providencia que le favorecía. Por tal razón, debe interpretarse en tal sentido la norma y no en forma literal, como en oportunidades ocurre en que, abusando del análisis exegético se niega el recurso con el argumento simple de que el auto que decide una reposición no es susceptible de ningún recurso y que sus fundamentos, la parte contraria ha debido exponerlos en el traslado que se hace por secretaría.

Al respecto, la Ley segunda de 1.984, debemos considerar pudo crear una modificación para las apelaciones que se interponen como subsidiaria del recurso de reposición, dado que obligó a la sustentación de la apelación. Sin embargo, si ésta es subsidiaria de la reposición que es un recurso que debe fundamentarse, resulta obvio que las razones del apelantes son las mismas que fundamentan la reposición, por lo que en el evento de que el Juez no acceda a la reposición, debe conceder la apelación, si la providencia impugnada es susceptible de tal recurso.

4.2. JUEZ DE LA APELACION

El establecimiento de quien es el Juez de la apelación tiene relación directa con la competencia funcional establecida por nuestro estatuto procesal para determinar quiénes deben conocer la segunda instancia, respecto de las providencias dictadas por las autoridades judiciales.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Nuestra administración de justicia está jerarquizada y el Código Procesal Civil en sus artículos 25, 26 y 27 ha establecido a qué jueces corresponde la segunda instancia.

Así tenemos que, los recursos de apelación que se interpongan contra las providencias proferidas en los negocios que conocen en primera instancia, los jueces civiles o promiscuos municipales o territoriales, corresponden al Juez Civil del Circuito. En este caso, tanto la primera como la segunda instancia se surte ante los jueces unitarios.

De los procesos que cursan ante los juzgados civiles del circuito y los juzgados de menores, corresponde la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo, en la sala de decisión, surtiéndose la segunda instancia ante Juez colegiado. Sin embargo, de las providencias dictadas dentro de los procesos que conocen los jueces de menores, solo son apelables las dictadas en procesos de ejecución para el pago de alimentos a un menor o una mujer grávida, pues salvo estas dos excepciones, los demás procesos se tramitan en única instancia. Vale la pena anotar que los jueces del circuito siempre conocen en primera instancia y en ningún evento son jueces de única instancia, como sí ocurre en condiciones en los juzgados municipales cuando tramitan asuntos de mínima cuantía.

Respecto al Tribunal Superior tenemos que éste es Juez de única, primera y segunda instancia, por cuanto conocen en única instan

cia del recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces municipales, del circuito, territoriales, de menores y de los procesos sobre responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los jueces cualquiera que fuere la naturaleza de ellos, y los recursos de anulabilidad de laudos arbitrales.

En primera instancia y como resultado de Concordato celebrado con la Santa Sede, corresponde al Tribunal Superior conocer de los procesos de separación de cuerpos en matrimonios celebrados por el rito católico y la segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia, lo que no tiene razón de ser, pues debería asignarse tal competencia en primera instancia al Juez Civil del Circuito, como en el caso del divorcio del matrimonio civil y la segunda al Tribunal Superior, además para no permitir por parte de la Ley, discriminaciones en lo relacionado con el tipo de matrimonio que se celebren.

Significa lo anterior que, le corresponde a la Corte conocer de los recursos de queja cuando se niega la apelación en dichos procesos de separación de cuerpos y la casación interpuesta ante el tribunal.

En única instancia corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el gobierno de la República y de los procesos que por responsabilidad civil se adelantan contra los Magistrados de la Corte y de los Tribunales de que trata el artículo 40 del Código

de Procedimiento Civil.

4.3. EXAMEN PRELIMINAR

No obstante, el estudio que debe hacer el Juez del conocimiento para conceder la apelación, nuestra legislación procesal ha establecido en el artículo 358 que, el Superior realice un nuevo examen para determinar si es viable admitir la apelación y previamente a resolver sobre la admisión del recurso deberá verificar sobre los siguientes aspectos :

a) Si la providencia apelada se encuentra suscrita por el Juez y el secretario. Si falta la firma del último, ello no impide el trámite del recurso, pues su función es tan solo dar fe de que el Juez la suscribió. Sin embargo, si la firma del Juez falta, el Superior debe ordenar la devolución del proceso al Juez del conocimiento para que se cumpla tal formalidad.

De nuevo el proceso en el Juzgado de primera instancia, si el Juez que concedió la apelación, es el mismo que está al regresar el expediente, procederá a firmarla, cumpliendo con tal formalidad. Pero, si se produjo cambio de Juez y el que olvidó firmar ya no desempeña el cargo, el nuevo Juez "procederá a dictarla" según señala el Código : lo que significa que éste dispone de todas las prerrogativas que asisten al Juez a dictar una providencia y debe hacerlo a su leal saber y entender sin que esté atado al auto anterior, pudiendo apartarse del con-

cepto de su antecesor y proferir una nueva decisión.

Cuando la devolución es por causa de falta de la firma, sea que el Juez haya sido cambiado o que se trate del mismo, debe surtirse nuevamente la notificación y correr el término de ejecutoria, por lo que aunque tan solo se trate de una formalidad, contra esta providencia, se pueden interponer los recursos de rigor.

b) Deberá establecerse si se han cumplido los requisitos generales para la concesión del recurso, lo que significa que aunque el inferior lo haya concedido mediante auto que se encuentre ejecutoriado, esta decisión no obliga al Superior, si se observa por ejemplo que quien interpuso el recurso no tiene capacidad para hacerlo, se presentó en forma extemporánea o que no es procedente, lo declara inadmisible y se devolverá la actuación, quedando en firme la providencia apelada.

Entre otros requisitos, existe también uno de carácter fiscal, por mandato del decreto 3212 de 1.979 que estableció un impuesto para los documentos expedidos por autoridades judiciales y que tiene aplicación cuando la apelación es en los efectos diferidos o devolutivo que se tramitan con copias. Este gravamen que afecta al apelante y atenta contra el principio de la gratuitidad de la justicia, se cumple colocando las estampillas a cada hoja, una vez expedidas las copias por el inferior, a fin de que llegadas éstas al Superior, se encuentre cumplido tal requisito cuya inobservancia constituye causal de inadmi--

sión del recurso.

Los dos elementos anteriores son procedentes tanto para autos como para sentencias, pero para estas últimas se debe examinar lo siguiente :

a) Verificar si existe reconvención o procesos anulados que no hayan resuelto en la sentencia, pues si no se han decidido todas las demandas, debe devolverse el proceso al interior para que dicte sentencia complementaria sobre ellas, supuesto en que habrá dos sentencias. La sentencia nueva puede ser objeto o no de apelación y una vez pasado su término de impugnación se enviará el asunto al Superoor para su trámite.

b) Advertir si en la primera instancia se incurrió en causal de nulidad y si así fuere, ponerlo en conocimiento de las partes si es saneable y si no lo es declararla de oficio. Cuando se decrete la nulidad por el Superior, devolverá el expediente al Juez de primera instancia a fin de que pueda renovarse la actuación ante él.

Es importante tener en cuenta que dentro de la ejecutoria - del auto que admite el recurso y tratánfose de apelación de sentencias, puede proponerse la tacha de falsedad de documentos llegados al proceso después del término probatorio de la primera instancia y que no podían apreciarse en la sentencia por falta de controversia, según lo indica - el artículo 183 del código, y pedir las pruebas en los casos autori--

zados.

4.4. SUSTENTACION DEL RECURSO

La sustentación o fundamentación del recurso de apelación reviste gran importancia y actualidad con ocasión de la promulgación de la Ley Segunda de 1.984 y al respecto se han mencionado nuestros más insignes tratadistas, entre ellos el doctor Hernando Devis Echandía, quien considera que: se trata de una innovación que ningún beneficio práctico va a atraer y que está en contra del principio doctrinario que desde hace un siglo defienden los especialistas en derecho procesal, conforme al cual todos los procesos y todos los recursos contra psibles errores de los jueces y magistrados son de interés público y persiguen principalmente una buena y recta justicia."(17)

Hasta antes de la Ley Segunda de 1.984 no era obligatorio sustentar el recurso de apelación, se encontraba incluido dentro del trámite, luego de admitirse el recurso por parte del Superior, pero no cumplir con tal requisito no implicaba sanción alguna.

Con la ley mencionada se obligó al apelante a sustentar tal recurso, pero ante el Juez del conocimiento, colocándolo como requisito de primera orden, so pena de declarar desiero el recurso, según lo indica el artículo 57 de la mencionada ley.

Sin embargo, tal exigencia no ha sido recibida con agrado por

jueces ni litigantes, unos por la oscura redacción y otros por considerarla atentatoria del derecho de apelar.

De todos modos el concepto general es que la sustentación del recurso ante el Juez del conocimiento no tiene mayor importancia, porque de acuerdo o no con la sustentación, deberá conceder el recurso, desde luego si se dan los demás presupuestos.

Al respecto, considera el autor que, la sustentación del recurso sí es necesaria pero no ante el inferior, porque éste conforme o no con la sustentación, debe conceder el recurso, sino ante el Superior por lo que en una reforma y dentro del trámite ante el Superior, se debe establecer que si no se sustenta, el recurso se declarará desierto, sin que ello signifique un atentado contra el derecho de impugnación, pues existe un primer paso que se concede faltándole tan solo que posteriormente se sustente para que el Superior pueda conocer las razones de inconformidad del apelante y suprimiendo la sustentación que exige la ley segunda, con lo que contribuirá de manera eficaz a evitar el abuso que en ocasiones se comete con la interposición de recursos en forma sistemática.

No sobra advertir que, bajo la vigencia de la ley segunda de 1.984 se impuso la sustentación del recurso ante el inferior, pero no se modificó el trámite ante el Superior, por lo que es posible sustentar de cualquier forma ante el a-quo, quien como ya se mencionó an--

(17) El Espectador. Enero 20/84 Pág. 5A y 9A.

teriormente, no puede entrar a calificar la fundamentación luego ante el Superior presentar un alegato de debida forma.

4.5. TRAMITE DE LA APELACION DE AUTOS Y SENTENCIAS

Distinto es el trámite que se sigue en la segunda instancia, ya sea para autos o sentencias. Para el primero de ellos, es decir para los autos, una vez se admite el recurso de apelación se dá traslado al apelante para que lo sustente por tres días. A dicho escrito debe agregarse el expediente el mismo día para el secretario y se mantiene en la secretaría a disposición de las otras partes por el término de tres días contados desde el vencimiento del primer traslado. Si el apelante no presenta el escrito o lo hace juego de vencido, el traslado corre a partir de tal vencimiento.

Hay que advertir que, en el trámite de la apelación de auto no existe término probatorio, ni facultad para que el Superior decrete pruebas de oficio, considerando que se debía modificar en tal sentido para dar la posibilidad de decretar y practicar pruebas cuando los autos son aquellos que deciden un incidente o cualquier otro trámite similar con el que regula perjuicios, de conformidad con el artículo 308 del código, lo que presupone que la decisión adoptada debió citarse con las pruebas propias de cada trámite o incidente en particular.

En relación con el trámite de las sentencias, admitido el

recurso, pueden las partes dentro del término de ejecutoria de dicho - auto, pedir las pruebas en los casos que autoriza el artículo 361 - que se examinará más adelante, si no se solicitan pruebas en los - casos que autoriza el artículo 361, o vencido el término probatorio cuando se decretan, se corre traslado a las partes por el término de cinco días a cada uno, primero al apelante y en la misma forma de - cuando se trata de autos.

Varía un poco el trámite cuando se trata de proceso ordinario, varía un poco el trámite cuando se trata de proceso ordinario, pues el código estableció que para presentar el alegato, las partes - pueden retirar el expediente y cada una de ellas esté formada por -- varias personas o tenga distintos apoderados, solo podrán retirarlo conjuntamente y el término será común de ocho días.

Cuando la segunda instancia se surte ante el Tribunal puede - haber en todos los procesos una audiencia de alegaciones después de - que el ponente haya registrado el proyecto de sentencia, siempre que lo pida una de las partes dentro del término para alegar y podrán -- o que de oficio lo dispongan los Magistrados; cada parte podrá hacer uso de la palabra por una vez y hasta por treinta minutos, en el - mismo orden de los traslados para alegar y podrán presentar dentro de los tres días siguientes a la finalización de la audiencia, un resumen escrito de lo alegado.

Temiendo que se haga uso de este derecho para demorar el -

trámite, se ha dispuesto en el artículo 360, que se le imponga una multa a la parte o el apoderado que pidió la audiencia y no concurra.

4.6. PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En la apelación de sentencias cualquiera que fuere el proceso en que se dictaron, pueden pedirse pruebas durante la ejecutoria del auto que admite el recurso, xiempre que la parte se encuentre en los casos previstos para ello, por lo que tal solicitud no es para abrir a pruebas, no significa que forzosamente deba existir un término probatorio - en la apelación de las sentencias, sino para que se decreten tan solo en los siguientes casos :

a) Cuando todas las partes las pidan de común acuerdo.

b) Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de - practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero con el fin de practicarlas o de cumplir con requisitos que le falten para su perfeccionamiento.

La calificación de la culpa en este caso incumbe al Superior, teniendo en cuenta que eequivale a negligencia o descuido. La expresión "sin culpa de quien la pidió" exige el previo establecimiento e imputabilidad de la culpa, pues si ella es de cargo de la parte que pidió la prueba, no hay lugar a conceder término probatorio en la segunda instancia. En general, quien pide una prueba tiene el compromiso de colaborar con el Juez para su realización, facilitando todos los medios necesarios

para que ésta se practique y cancelando las expensas que corren a - cargo de la parte que la solicita y en cuyo favor se decretó.

En el supuesto de que la prueba se haya producido, pero le - faltaron requisitos de producción, como en el caso de la falta de traslado del dictamen pericial, éste se podrá conceder en la segunda instancia, de modo que el término probatorio tendrá por finalidad exclusiva dicho trámite, para que tal medio de prueba quede controvertido.

Es así como el artículo 183 del código, dice que las pruebas practicadas por comisionado que llegue después de que el expediente - pase para sentencia, cuando le falten algunos requisitos, el Superior debe ordenarlos.

c) Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.

Queda a discreción del Juez de segunda instancia calificar el caso y constituye una excepción al principio de que el Superior solo - puede atender el material probatorio tenida a la vista por el inferior. El hecho nuevo debe ser conducente, o sea quedar articulado expresa o - implícitamente con la demanda o con las excepciones, por lo que no es admisible uno que varíe, el petitum o la causa petendi.

d) Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en

la primera instancia, por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria. En este caso solo se trata de prueba documental y debe demostrarse que no fue posible allegarla en la primera instancia por las razones indicadas, no obstante haberse decretado.

e) Igualmente, es posible pedir pruebas cuando en ellas se persigue desvirtuar los documentos del literal anterior.

El término probatorio no podrá exceder de diez días y se fija en el mismo auto que decreta las pruebas de la parte interesada en él. Igual término se otorga cuando se tache de falso un documento en el de ejecutoria del auto que admite la apelación.

4.7. RESOLUCION DEL RECURSO

La resolución del recurso de apelación, por parte del Superior, tiene íntima relación con el objeto de la misma y con las facultades, por lo que el resultado puede ser la confirmación, reforma o revocatoria de la providencia apelada.

En el primer caso, ésta queda tal cual se profirió por el inferior, en el segundo recurso ha logrado éxito total o parcial y será sustituida la providencia por otra que dicta el Superior.

Decidida la apelación y liquidadas las costas en los casos a que haya lugar, se devuelve el expediente o las copias al inferior,

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

quien dictará un auto de "Obedézcase y Cúmplase lo resuelto por el Superior" sin que sea perentorio hacerlo en dichos términos, pues el código no establece frases sacramentales, sino que basta el signo de acatamiento al Superior. En el mismo auto se deben tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las providencias.

Se advierte que cuando la providencia apelada lo era en el efecto devolutivo o diferido, la actuación adelantada por el inferior después de la apelación cuando se revoca la providencia, será ineficaz en lo que dependa necesariamente de ella.

El olvido u omisión de proferir el auto de obedecimiento no vicia la posterior actuación del a-quo y esto no ofrece problemas cuando se apela en el efecto devolutivo o diferido, pero si lo fue en el suspensivo, es con la notificación de dicho proveido con la que se readquiere la competencia y de ahí su importancia.

Se debe anotar que cuando es revocado un proveido por parte del Superior, mediante el cual se denegaba la práctica de una prueba, el mismo funcionario en el auto de Obedézcase y Cúmplase, señalará un término adicional para practicarla si estuviere vencido el término probatorio o señala fecha para la audiencia, según el caso.

4.8. TERMINACION DE LA APELACION

El recurso ordinario de apelación puede terminar en la primera

o segunda instancia, una vez concedido por diversos motivos.

a) De manera normal con la providencia mediante la cual el superior resuelve el recurso, sea confirmándolo, revocándolo o reformándolo.

b) Por haberse declarado la deserción del recurso por el a-quo, habida consideración de que el apelante no suministra los emolumentos para la expedición de copias en forma oportuna.

c) Por haberse declarado inadmisible el recurso por el Superior a causa de no haberse cumplido los requisitos para su concesión o no encontrarse las copias de acuerdo con las exigencias fiscales, caso en el cual se devuelve el expediente o las copias al inferior y así la providencia queda ejecutoriada.

d) Por desistimiento del recurso, el que se debe presentar ante quien tenga el expediente en su poder, quedando la providencia en firme.

e) Por perención en la segunda instancia cuando a solicitud del opositor, el Superior declara ejecutoriada la providencia, objeto de la alzada por omitir el recurrente toda la actuación durante el término de seis meses, hallándose el expediente en secretaría, sin que se pueda alegar válidamente el principio de la impulsión del proceso en forma

UNIVERSIDAD DEL NORTE BIBLIOTECA BARRANQUILLA

oficiona, ya que el interesado debe estar atento al trámite del mismo.

f) Dentro del trámite del recurso puede terminar en virtud de la nulidad decretada por el Superior en el examen preliminar, tratándose de sentencias. Esto no es aplicable en el auto interlocutorio si se tiene en cuenta que allí el Superior solo se adquiere para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas, decretar copias y desgloses, según lo indica el artículo 357 del código.

En tal sentido, debería modificarse el trámite de la apelación y facultar al Juez de segunda instancia para decretar nulidades en los casos en que el auto que se le somete a revisión decide un incidente con tramitación previa o trámites como el del artículo 308 del código, o en su lugar permitirse la devolución o no admisión del recurso en el examen preliminar para que el Juez de primera instancia declare la nulidad.

g) Por terminación, transacción, desistimiento, perención del proceso o pago en los ejecutivos, caso en el cual el a-quo debe solicitar la devolución de las copias para que formen parte del proceso, pues se supone que no ha perdido la competencia por tratarse de apelación en el efecto diferido o devolutivo.

5. PROVIDENCIA SUSCEPTIBLES DE APELACION

5.1. DIFERENCIAS CON EL CODIGO ANTERIOR

El código procesal que nos rige tiene vigencia desde el 1° de julio de 1.971 y derogó el denominado código judicial, creado mediante la Ley 105 de 1.971 y que tuvo efecto desde el 1° de enero de 1.932, lo que significa una vida casi de cuarenta años por lo que vale la pana destacar algunos aspectos de tal regimen en lo relacionado con el trámite de la apelación.

En primer término y de manera fundamental debemos resaltar la diferencia con el código de 1.931, en relación con la pauta para determinar las providencias apelables y por eso acudo al artículo 491 del mencionado estatuto que nos indica: "los autos interlocutorios dictados por un Juez son apelables en el efecto suspensivo, a menos que el apelante pida que el recurso se le conceda en el devolutivo".

Significa lo anterior, que todo acto interlocutorio era apelable, lo que suponía una gran cantidad de providencias susceptibles de tal beneficio y en su mayoría en el efecto suspensivo.

De esta forma, para determinar si la providencia era o no apelable, se remitían al artículo 466 que establecía o trataba de informar cuáles eran los autos interlocutorios y cuáles los de sustanciación, pues no era preciso, ya que en un comienzo señalaba cuáles (los que re

solvieran algún incidente, determinarán la personalidad de alguna de las partes, denegación y práctica de pruebas) y finalmente se refería a "todos los demás que contengan resoluciones análogas" para que posteriormente por vía de doctrina se determinará que todo aquel proveído que tomará una decisión capaz de afectar o agraviar a alguna de las partes, era interlocutorio y si lo que se buscaba era saber si era apelable o no, por la condición que pudiera tener de interlocutorio, se concluía finalmente en aras del principio de impugnación y garantía a las partes, que debía concederse la apelación.

Esa gran polémica en tal sentido llega a su fin con el código de 1.971 que abandona tal fórmula para clasificar los autos apelables por su naturaleza y aunque también los divide en interlocutorios y de sustanciación, no se apoya en tal cualidad para tal fin, sino que en forma expresa indica cuáles son apelables, prestando una gran ayuda a jueces y litigantes en cuanto a que cesa en gran parte la discusión y se limita de manera ostensible el número de providencias apelables, contribuyendo así a la celeridad del proceso.

Otras diferencias existen entre entre el régimen de apelaciones del código de 1.931 con el de 1.971, que vale la pena destacar, como fueron la creación de un efecto nuevo - el diferido - que participa de las virtudes de los otros dos, el suspensivo y el devolutivo, que ya se utilizaba en el procedimiento civil mexicano y en la legislación argentina.

Contemplaba el código anterior, al igual que el vigente, el principio de la reformatio in pejus, pero con un mayor desarrollo y am

plitud, por cuanto en el estatuto de 1.971 se implantó la apelación - adhesiva que vino a atemperar los rigores del conocido principio que impide al Superior empeorar la situación del apelante.

5.2. PROVIDENCIAS APELABLES EN EL ESTATUTO PROCESAL VIGENTE

Como se anotó en el punto anterior, una de las grandes innovaciones del código de procedimiento civil que nos rige, fue la limitación de las providencias apelables, se cambió ls concepción de eran apelables todos los autos interlocutorios, para señalar en forma más - precisa cuáles gozaban de tal beneficio y al darles tal prerrogativa tan solo a los más importantes, en el concepto del legislador de 1.971 y de esta forma dar mayor celeridad al proceso, evitando que la gran - libertad de que gozaban las partes, fuera aprovechada por aquellos litigantes que fundamentalmente buscan dilatar el proceso.

Para determinar cuáles autos son apelables, el legislador - estableció una clasificación genérica y otra específica, así mediante el artículo 351 se determinan genéricamente cuáles admiten la impugnación y para el efecto señala los siguientes :

1. El que rechace la demanda, salvo disposición contraria,- se exceptúa el caso de rechazo por incompetencia, pues de conformidad con el artículo 140 del código, en el mismo auto se debe ordenar la remisión al Juez competente.

2. El que resuelve sobre la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la presentación de alguna de las partes. Por lo tanto, si en el auto que admite la demanda de varios, se rechaza la representación de uno de los demandantes, es viable la apelación en cuanto a este punto se refiere.

3. El que deniegue la apertura a prueba o la práctica de alguna que haya sido solicitada oportunamente. Nótese según la doctrina que no necesariamente debe ser para las pruebas que se rechazan habiendo sido solicitadas dentro de la oportunidad correspondiente, sino que debe concederse el recurso sin examinar si fue solicitada en tiempo o en forma extemporánea. El auto que decreta pruebas en forma oficiosa o por petición de parte, no es apelable.

4. El que decida un incidente, no mencionó el código si el que lo rechaza también es apelable y aunque en el fondo lo impide, tal situación quedó a la deriva.

En tal sentido existen dos tesis, la primera de ellas señala que para que sea apelable se requiere que la decisión se tome luego de un trámite previo y cumplidas todas las formalidades, pues el rechazo de plano determina la abierta improcedencia del incidente planteado y otorgarle la apelación facilitaría la interposición continua de incidentes para la dilación del proceso.

Las otras tesis nos indican que la apelabilidad es procedente, cualquiera que sea la manera de decidirlo de plano, al rechazarlo sin darle trámite o de fondo luego de ser tramitado, pues el rechazo en el fondo equivale a desestimarlo.

5. El que resuelve sobre liquidación de condenas in genere - que se hayan impuesto en sentencia o en autos, porque son la consecuencia indispensable de las providencias que hace aquellas sin la cual no surten efectos.

Se refiere dicho numeral, a la liquidación que se ordena en las sentencias para el avalúo de los perjuicios, frutos, mejoras y otras semejante que se encuentras reguladas por los artículos 307 y 308 del - Código Procesal Civil.

Se discute si el auto que liquida costas, luego de objetado es apelable, en especial por lo relacionado con las agencias en derecho, lo que ha sido objeto de pronunciamientos opuestos, primando la tesis de - que no es apelable y que no es a tal situación que está dirigida la - norma.

Sin embargo, por parte de los doctores Hernando Devis Echandía y Hernán Fabio López Blanco, se considera que es apelable el auto que en un proceso ejecutivo aprueba la liquidación del crédito a favor del - ejecutante y a cargo del demandado, porque se está liquidando lo que debe pagar el uno al otro en virtud de una sentencia.

6. El que decida sobre la suspensión del proceso, ya que esta medida lo paraliza, lo que puede perjudicar a las partes.

7. El que ponga fin al proceso por desistimiento, transacción, perención, o por cualquier otra causa y el que rechace tal solicitud. Tal situación en razón a que son modos anormales de terminación del proceso y que deben gozar de tal beneficio al igual que las sentencias cuando la terminación es normal.

8. El que decrete nulidades procesales por su importancia para la eficacia de la actuación. Este auto es el que provee el artículo 157, o sea cuando el Juez la rechaza de plano o previa orden de ponerla en conocimiento de la parte que puede sanearla, pues el que falla la nulidad por vía incidental, también es apelable según lo dispone el numeral cuarto y el que la niega según el artículo 159 del código.

9. Los demás expresamente señalados en el código.

Es este numeral 9° del artículo 351 se ocupó el código de señalar específicamente que otros proveídos gozaban del derecho a la impugnación, anotando a continuación el efecto en que deben concederse tales apelaciones.

Así encontramos que se ha facilitado de gran manera el establecimiento de cuáles providencias son apelables y cuáles no, pues hoy, después de doce años de existencia del código vigente, todavía existen

quienes consideran que todo auto interlocutorio es apelable, sin considerar la taxatividad implantada en el sistema de apelaciones.

Tal sistema para examinar las providencias apelables es de gran ayuda, aunque según los dictados de la experiencia, es conveniente ampliar tal beneficio a otros proveídos, entre aquellos el que niega el levantamiento de las medidas cautelares, por aplicación del inciso séptimo del artículo 513 y el numeral cuarto del artículo 690, cuando no se notifica al demandado el mandamiento de pago o el auto admisorio de la demanda, lo mismo que el que le levanta las medidas cautelares por tal razón en el proceso ordinario, pues el que levanta las medidas por el artículo 513, sí es apelable en el efecto diferido.

Debe gozar igualmente de tal beneficio, ya que al parecer se debió a una omisión de la comisión redactora del código de 1.970, el que decreta las medidas cautelares en el proceso ejecutivo.

6. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PROVIDENCIAS APELABLES.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las providencias apelables se ha especulado bastante y aunque en verdad tiene poca incidencia en la práctica, no de ja de ser interesante en la doctrina el planteamiento de la tesis expuesta al respecto para tener una mayor ilustración y conocimiento del tema.

6.1. ACTO JURIDICO SOMETIDO A CONDICION SUSPENSIVA

Esta teoría es sostenida por Invrea, Vasalli y en forma especial por Piero Calamandrei y según ella los efectos de la sentencia quedan pendientes hasta cuando se produzca el hecho que resulta de la no interposición de recursos en tiempo útil.

Calamandrei señala: "La verdad es que la sentencia de primer grado nace como situación jurídica en un estado de expectativa y dependencia que, por voluntad de la ley debe subsistir solamente durante un término rigurosamente fijado: Si las partes no se mueven, el pronunciamiento adquiere, al transcurrir el término, su plena eficacia; si por el contrario, antes de que el término haya transcurrido la parte interesada pide una nueva decisión de la controversia. Esta petición no destruye sin más la primera sentencia, ni constituye ex novo sobre ella una condición resolutoria, sino que tiene el solo efecto de hacer continuar aún después de la decadencia del término, estado de expectativa en que

el primer pronunciamiento nació".[18]

Esta teoría ha sido criticada entre otros por Ugo Rocco, quien al respecto señala: se puede objetar que la sentencia tiene efecto tan pronto como se le emite, a lo menos frente al Juez que la ha emitido, quien de ordinario no puede juzgar de nuevo. Por otra parte, la llamada ejecución provisional de la sentencia de primer grado, demuestra que la sentencia puede tener efecto aún independiente de la posibilidad de apelación o de la interposición de ella. Sabido es que la condición suspensiva tiene por resultado suspender los efectos jurídicos de un acto, de manera que no se podría explicar cómo la sentencia de primer grado, si fuese un acto sujeto a condición suspensiva, pueda, estando pendiente la apelación, en el caso de la ejecución provisional, tener igualemente eficacia.[19]

6.2. ACTO JURIDICO SOMETIDO A CONDICION RESOLUTORIA

La segunda teoría que considera la sentencia sujeta a recurso como un acto jurídico sometido a condición resolutoria es defendida por Kohler y el italiano Mortara, quienes la conciben de la siguiente manera:

"KOHLER [20] SOSTIENE que la sentencia sometida a gravamen debe considerarse pronunciada bajo condición resolutoria y que solo --

---

(18) Piero Calamandrei, Op. Cit. Pág. 443. Ref. Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano. Pág. 82 Jorge Bondesieck S.

(19) Ref.: Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano Pág. 83 Jorge Bodensieck S.

(20) Ibid. Pág.83

esta teoría permite atender el precepto del medio del gravamen que tal acto de condicionabilidad, que la sentencia reviste desde su nacimiento, cesa cuando el término para interponer el gravamen transcurre -- inútilmente y qeu si se interpone, este estado se prolonga hasta que la condición resolutoria se verifica o sea hasta el momento en que el Superior decida, aunque tal decisión sea idéntica a la del primer grado.

Para MORTARA (21) la sentencia sometida a recurso es un acto sometido a condición resolutoria, que posee, sin embargo, su propia y natural autoridad legítima, puesto que desde el primer momento tiene todas las cualidades necesarias para vivir establemente y llegar a ser irrevocable, si la obra fiscalizadora de otro órgano superior no la modifica.

La diferencia entre los mencionados tratadistas consiste en que el segundo de ellos enseña que la condición resolutoria no nace con la sentencia, sino solo con la interposición del recurso, y que esa condición se verifica cuando únicamente la sentencia de segundo grado modifica la primera.

6.3. LA SENTENCIA. ACTO JURIDICO PERFECTO

Tal teoría ha logrado la aceptación de la mayoría de los procesalistas modernos y es defendida por el tratadista UGO ROC-

(21) Ob. Cit. Pág. 83

CO[22], quien sostiene que "existe un proceso de formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales, el cual en las sentencias es imperfecto hasta cuando transcurren los términos para interponer el recurso y que la sentencia de primer grado es un acto autónomo perfecto y persite como acto de declaración de la voluntad del órgano jurisdiccional, mientras no sea revocada, reformada o sustituida por una nueva sentencia.

Señala igualmente, que la sentencia de primer grado desde su nacimiento está provista de autoridad propia y que tiene efectos obligatorios frente al Juez que la profirió, ya que éste, después de dictarla, no puede modificarla, ni los jueces del mismo grado pueden conocer simultáneamente del mismo proceso, como tampoco las partes pueden pedirlo, - por existir pleito pendiente."

Es decir, para Rocco, la diferencia entre condición resolutoria y revocabilidad estriba en que la primera tiene eficacia sobre los efectos jurídicos del acto, y la revocación en cambio, tiene eficacia sobre la existencia del acto.

6.4. LA SENTENCIA. ACTO JURIDICO MULTIPLE

El sostenedor de esta teoría es el procesalista uruguayo -- EDUARDO J. COUTURE [23] quien cree que la sentencia sometida a impugna-

(22) Ob. Cit. Pág. 85
(23) Ob. Cit. Pág. 87

ción contiene un problema no único, sino múltiple y que dentro del plazo la sentencia está sujeta a condición suspensiva, pero al no interponerse el recurso, el acto deviene puro y simple que se considera desde el día de su otorgamiento.

Señala igualemente que, la sentencia no es por sí misma un acto perfecto y que solo puede darse por cumplido a partir de la segunda instancia.

Significa lo anterior que existen entre las posiciones de Couture y Rocco una diferencia, en cuanto a que el primero de ellos no admite el carácter de acto jurídico perfecto de la sentencia de primera instancia, aunque finalmente coinciden en cuanto a que Couture considera está sujeta a confirmación y Rocco señala que está sujeta a revocación, lo que a la postre es lo mismo.

Quedan de esta forma planteadas las más importantes tesis respecto a la naturaleza jurídica de las providencias apelables analizadas desde el punto de vista de la sentencia, cual es la más importante de ellas, concluyendo finalmente que la sentencia de primera instancia es tan acto jurídico como la segunda, tan solo con la limitación de que puede ser revocada, reformada o confirmada, pero sin que la existencia misma de los recursos implique una condición para el acto jurídico.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

7. CONCLUSIONES

La segunda instancia como control de la actividad jurisdiccional se abre con el recurso de apelación y excepcionalmente con el grado de consulta en el proceso civil.

Se ha planteado el tema de la conveniencia de conservar o abolir la segunda instancia y de manera fundamental el recurso de apelación, por cuanto aún reconociéndole su importancia como elemento que contribuye a brindar garantía a las partes, también es un obstáculo para la economía procesal y la celeridad del proceso, provocando en ocasiones una justicia lenta.

Al respecto se debe considerar en primer término, si la dilación de los procesos tiene su razón de ser en la institución de la segunda instancia y en la apelación como soporte fundamental de la misma.

En tal sentido, luego del anterior estudio, debemos observar que tal figura se emplea en ocasiones para eternizar los pleitos, pero no porque esa sea su filosofía, sino por otros elementos que se van uniendo al recurso, para convertirlo en un instrumento de dilación de los pleitos.

Se ha observado cómo los efectos de la apelación devolutivo y diferido es especial, son mecanismos de que se encuentra dotado el re-

curso para impedir que se detenga la actuación y que permite, no obstante, que se cumpla la providencia en el primero de los casos y suspendiéndola en el segundo, pero sin negar al Juez y a las partes que continúen con el mismo.

Lo que ocurre, tal como se ha podido ver a lo largo del trabajo, es que no hay, por parte de las autoridades judiciales, una actividad plena para darle agilidad a la segunda instancia, pues la resolución de los recursos por parte del Superior es tardía y casi que nunca se cumplen los términos establecidos en el Código. De esta forma el apelante que quiere refugiarse en tal instrumento para dilatar un proceso, encuentra el terreno abonado, pues aunque la apelación en los efectos devolutivo y diferido no suspende la actuación, no son pocos los casos en que el proceso debe detenerse al momento de llegar éste al estado de correr traslado para el alegato de conclusión, en espera de que se resuelva tal recurso, el que tiene un tiempo promedio desde que se concede hasta cuando regresan las diligencias de seis meses o más, lo que constituye una demora inexplicable.

Si la segunda instancia fuera rápida, las apelaciones se reducían de manera ostensible, pues de nada le serviría a aquel apelado que tan solo busca dilatar un proceso, interponer un recurso que se concede en el efecto devolutivo, si el Superior va a resolver en forma rápida y al poco tiempo van a estar de regreso las diligencias, sin que haya necesidad de suspender la actuación. Si se trata de apelación en el efecto suspensivo como ocurre con la mayoría de las sentencias, -

tendría que examinar el apelante, si por una pequeña demora más del fallo se justifica la condena en costas.

Significa lo anterior, por resultado, que la apelación es aprovechada para la demora del pleito, pero que las cuestiones accesorias que facilitan tal dilación, no son inherentes a la existencia misma del recurso, sino que derivan de otros factores que son los que deben modificarse, llevando un mayor control sobre el cumplimiento de los términos por parte de los jueces, así como creando nuevos juzgados, que por lo demás también es necesario, en razón al aumento de población.

Otro aspecto que colabora al uso sistemático de este recurso son las sumas irrisorias con que se sanciona al apelante vencido, las que deben incrementar para que la sanción sea ejemplar, lo que se encuentra dentro de las herramientas de que dispone el Juez para combatir el abuso en la utilización del recurso.

Es tal la conciencia respecto a la tecnificación de la apelación para hacerla más eficaz, que la Ley Segunda de 1.984 se ocupó de ella y aunque no es de compartir la forma en que lo hizo, sí debemos percatarnos que su interés fue el de exigir mayores requisitos para el ejercicio del recurso, como fue la sustentación del mismo ante el a-quo. Tal exigencia, que es oportuna pero no en tal etapa de su trámite, sino ante el Superior, nos indica lo que ha de ser el camino a seguir, la tecnificación del recurso para hacerlo más expedito y eficaz,

antes de pensar en la supresión del mismo.

Para eso es conveniente y saludable el sistema empleado por el Código Procesal Vigente, en el sentido de limitar las providencias apelables, dejándolo para casi todas las sentencia y los autos más importantes, sin que se vaya a fomentar el criterio de algunos juristas en el sentido de ampliar lo autos apelables, acudiendo a la analogía, pues salvo algunos casos que en su oportunidad se mencionaron, no se debe extender tal beneficio a tantas providencias, pues finalmente podemos resaltar en el sistema del código anterior.

En tal sentido, bien vale la pena un comentario sobre la tesis del doctor Hernando Devis Echandía, quien en sus exposiciones y trabajos, en una idealización de la justicia civil, propugna por la única instancia como fundamento de la celeridad del proceso y bajo un sistema oral, donde haya jueces de igual calidad para pobres y ricos. Pero, ocurre que es conciente de que tal sistema, para que tenga éxito pleno, requiere por lo menos de la triplicación de los juzgados y un gran presupuesto para satisfacer a los jueces sus más elementales necesidades, lo que seguramente va a ser por mucho tiempo nuestra gran limitación, pues en Colombia la justicia es la cenicienta de las ramas del poder público y ya se mencionó anteriormente que, la demora en la segunda instancia, no es necesariamente un resultado forzoso del recurso de apelación y seguro la creación de más juzgados va a descongestionar en gran parte la labor de los mismos, aún dentro del sistema escrito y continuando con la doble instancia.

Continuando con la tesis de que la demora ocasionada eventualmente por la segunda instancia no es inherente al recurso de apelación y que por el contrario este debe tecnificarse para hacerse más expedito y útil, debemos tener en cuenta cómo el mismo código contempla dentro de su artículo 74, facultades que debe ejercitar el Juez cuando las partes hagan uso de los recursos con fines dilatorios, las que están dirigidas precisamente a eliminar esos vicios que se van formando con el ejercicio del recurso.

Finalmente debo concluir en que la doble instancia y el recurso de apelación en particular, son una institución a la que se debe dar un perfeccionamiento técnico, llevando a cabo algunas modificaciones dentro del trámite y resolución del recurso, aplicando algunos correctivos, según se expuso a lo largo de este trabajo, para obtener mejores resultados, sin que se afecte por esta razón la celeridad del proceso y haya una mayor garantía para las partes, manteniendo órganos de fiscalización que impidan la formación de poderes excesivamente fuertes, peligrosos para los derechos y libertades individuales.

B I B L I O G R A F I A

BODENSIEK S. JORGE. Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano. Editorial Temis 1.974.

COSTA AGUSTIN A. El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil. Editado Asociación de Abogados de Buenos Aires. 1.950

COUTURE EDUARDO J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones - Depalma. Buenos Aires. Tercera Edición (Póstuma).

DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. Editorial Panamericana. Bogotá 1.982. Revista de la Academia - de Jurisprudencia No.208 - 209 "Progresos y Deficiencias de nuestra Justicia Civil.".

MORALES M. HERNANDO.Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General -- Editorial A.B.C. 1.983.

LOPEZ BLANCO HERNAN FABIO. Instituciones de Derecho Procesal Colombiano. Editorial Temis. 1.979.

UNIVERSIDAD ... BIBLIOTECA ...

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BARRANQUILLA