

RECURSOS ORDINARIOS (Seminario)

APELACION EN EL PROCESO CIVIL (Artículos 351 a 362 C.P.C.)

Dr. Ulises Canosa Suárez*

I. NOCION

En términos generales RECURRIR significa impugnar. Por eso los recursos pueden definirse como los medios de impugnación que tienen las partes para atacar las providencias. EL RECURSO es la petición de parte para que el funcionario que dictó la providencia o, en algunos casos, el superior, la revise.

La APELACION, en especial, puede definirse como el recurso ordinario mediante el cual la parte perjudicada solicita que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primera instancia y la revoque o reforme.

Apelar, dice el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es "Recurrir al Juez o Tribunal Superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior"¹.

* Abogado de la Universidad Libre. Especializado en Derecho Procesal y en Derecho Financiero en la Universidad del Rosario y en Derecho Comercial en la Universidad Externado. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor de Derecho Probatorio en la especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad del Rosario y de Teoría General del Proceso en la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Profesor de Jurisprudencia Probatoria en la Especialización en Derecho Probatorio de la Universidad Católica. Subgerente Jurídico de la Dirección General del Banco de Bogotá.

¹ Vigésima Edición, Espasa Calpe, Madrid 1984, Tomo I, página 108.

La apelación está en estrecha relación con el principio de las dos instancias, porque en virtud de ella se genera una segunda instancia, ante un Juez Superior.

El concepto **Instancia** tiene, en términos generales, dos acepciones ²:

1. Como petición: Requerimiento o solicitud. Por eso se dice de oficio o a instancia de parte.

2. Como etapas, grados del proceso o conjunto de actuaciones ante un funcionario de acuerdo con el factor funcional de la competencia: Así se habla de primera instancia para calificar la actuación ante el a-quo y de segunda instancia para referirse a la actuación que origina el recurso de apelación.

El recurso de apelación está íntimamente ligado con el último concepto. En virtud del recurso de apelación el proceso se desarrolla en dos grados sucesivos y verticales. La relación entre el proceso y la instancia es igual a la que se presenta entre el todo y la parte. El proceso es el todo y la instancia una etapa o parte del proceso, lo que no obsta para que una instancia constituya todo el proceso o, mejor, que el proceso se desarrolle en una sola instancia.

II. JUSTIFICACION DE LA APELACION

Mucho se ha discutido sobre si se justifica la apelación. En contra se dice que si la decisión definitiva es la de un Juez Superior, desde un principio debe recurrirse a él para que decida, en única instancia, que por confiable, hace innecesaria su revisión.

A favor se afirma que "...no se puede sustituir la primera instancia por la apelación, porque precisamente la apelación, en la concepción revisora, realiza su función a base de contar, como material previo, con la resolución de primera instancia que se trata de mejorar..."

"...En sustancia, la apelación puede concebirse como la prueba de una operación matemática a los efectos de la garantía de su resultado. Si la prueba consiste en la repetición de la misma operación, es muy de temer que el error, de existir, vuelva a ser reproducido. En cambio, si la prueba consiste en practicar

² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1981, páginas 169 y siguientes.

una operación distinta, que diga si la primitiva resulta o no correcta, sí constituye un mejoramiento sustancial y una fuente de eliminación de posibles errores. En consecuencia, hoy por hoy debe mantenerse el recurso de apelación...³

III. ORIGEN DE LA APELACION⁴

La pluralidad de instancias no se conoció en los orígenes de la administración de justicia, porque ésta se aplicaba directamente por el pueblo o por el Rey, quienes no tenían superior. Cuando en lugar del pueblo o el supremo intervinieron jueces a quienes se "delegaba" la administración de justicia, surgió el recurso de apelación⁵, que se conoció en casi todos los pueblos de la antigüedad, donde existían tribunales de segunda instancia, conformados por la clase sacerdotal, nobleza o milicia, como los superiores de Tebas, Menfis y Heliópolis en Egipto, el Gran Sanedrín de los hebreos y el Phrytaneo y los Heliastas en Grecia, a quienes se encomendaba controlar las providencias de jerarquías inferiores.

En la historia jurídica de Roma inicialmente no podían impugnarse las sentencias. Sin embargo, ante la posibilidad de error, idearon la acción de nulidad o "querella nullitatis", para vicios de forma (para algunos el remoto origen del recurso de casación) y la "restitutio in integrum", para los casos en que faltó o había sido defectuosa la defensa o aparecían nuevos medios de prueba (Lejano origen del recurso de revisión).

Posteriormente con el proceso formulario apareció la "appellatio", para llegar ante magistrados superiores e incluso ante el emperador, vía impugnativa que pasando por el derecho francés y el Fuero Juzgo, se ha mantenido hasta nuestros días, a excepción de la época feudalista, donde la justicia administrada patriarcalmente o mediante la interpretación del juicio de la divinidad, era considerada infalible.

³ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Tomo Segundo, página 733. En igual sentido REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1957 Tomo II, página 80.

⁴ RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de los Recursos Ordinarios*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Tomo I; Buenos Aires, 1991, páginas 236 y siguientes. DE SANTO, Victor. *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, Tomo I, páginas 82 y siguientes.

⁵ CHIOVENDA, Guisepe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, volumen II, página 108.

IV. FIN DE LA APELACION

Las providencias, como actos humanos, son susceptibles de error. Pero también puede suceder que la providencia sea correcta y que la parte la considere equivocada. Los recursos sirven, en el primer caso, para buscar la corrección del defecto y en el segundo para despejar la incertidumbre del recurrente sobre la presencia del error. Por eso puede concluirse que los recursos, incluida la apelación, persiguen enmendar los errores de las providencias, para una mejor administración de justicia.

Sobre la APELACION en particular, el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil establece que **“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...”**.

Frente a una providencia adversa la reacción natural de la parte perjudicada es rebelarse, sentimiento que en el campo procesal se traduce en apelar, “alzarse” ante el superior. “...El impulso instintivo de desobediencia de parte del perdedor —dice Eduardo J. Couture— se constituye en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta. El alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez”⁶.

Si la parte lo que quiere es que la providencia se aclare o adicione, no requiere, en principio, interponer recurso de apelación; basta que presente la solicitud de acuerdo con los artículos 309 y 311. Si su solicitud es negada y la providencia inicial es apelable, ahí sí debe recurrirse en apelación, para que el superior, al reformar, adicione o aclare⁷.

Si de lo que se trata es de corrección de error aritmético, omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, deberá tenerse en cuenta el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, según el cual estos defectos son corregibles por el juez en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra la providencia inicial, salvo los de casación y revisión.

⁶ *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, página 353.

⁷ La aclaración en legislaciones extranjeras, como la argentina, es un recurso. Nuestro legislador optó por regularla, junto con la adición y la corrección de errores aritméticos y gramaticales, como un remedio para situaciones irregulares, que por lo general no requieren recurso, sino simple solicitud.

El recurso de apelación es el más efectivo para remediar errores, porque lo resuelve un funcionario diferente al que dictó la providencia, superior jerárquico que supone mayor experiencia, versación y no está comprometido con la providencia. En la reposición suele ser un obstáculo para la corrección la vanidad del juez o resistencia a reconocer su propio error.

V. LA APELACION COMO RECURSO ORDINARIO

Dentro de la llamada clasificación tradicional, en civil son **Recursos Ordinarios** la REPOSICION, la APELACION, la SUPLICA y la QUEJA. Son **Recursos Extraordinarios** la CASACION y la REVISION y algunos incluyen dentro de ellos el de ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES. Adicionalmente existe el **Grado Jurisdiccional de Consulta**.

La apelación, como recurso ordinario, se diferencia de los EXTRAORDINARIOS en varios aspectos⁸ que pueden resumirse así:

a. Procedencia: Los recursos EXTRAORDINARIOS sólo proceden contra sentencias. En cambio algunos ORDINARIOS proceden contra autos (reposición, súplica y queja) y el de apelación contra autos y sentencias.

b. Causales: Los EXTRAORDINARIOS sólo proceden por causales taxativamente señaladas en la ley, mientras que algunos ORDINARIOS, como reposición, súplica y apelación, no tienen causales expresas y proceden entonces para cualquier clase de error.

c. Oportunidad: Los ORDINARIOS proceden contra providencias dictadas desde que se inicia el proceso hasta que termina (auto que rechaza la demanda, que decide un incidente). Los ORDINARIOS proceden contra providencias dictadas desde que se inicia el proceso decide un incidente). Los EXTRAORDINARIOS sólo proceden contra la sentencia que pone fin al proceso.

d. Formalismo: Los EXTRAORDINARIOS son más formalistas, porque deben sustentarse en una demanda, con precisos requisitos. (Demanda de casación o revisión). En cambio los ORDINARIOS no requieren demanda y algunos, como la apelación, ni siquiera sustentación.

⁸ Recurso de Casación Civil. **Humberto Murcia Ballén**. Librería el Foro de la Justicia. Tercera edición, páginas 12 y siguientes.

e. Competencia: Los EXTRAORDINARIOS están reservados para la Corte (casación y revisión) o los Tribunales (algunas revisiones): En cambio los ORDINARIOS, como la apelación, pueden presentarse y resolverse por jueces o cuerpos colegiados.

VI. REQUISITOS DE LA APELACION

Son REQUISITOS PARA LA VIABILIDAD DE LA APELACION, es decir, necesarios para que se tramite, no para que se decida a favor: LA LEGITIMACION, LA PROCEDENCIA, LA OPORTUNIDAD Y EL CUMPLIMIENTO DE CARGAS PROCESALES.

Adicionalmente, una vez tramitado el recurso, por reunirse estas condiciones, es REQUISITO PARA SU PROSPERIDAD, que asista razón al apelante, por adolecer de errores la providencia impugnada.

VII. LEGITIMACION PARA APELAR

La tienen las partes o terceros a quienes vincule y **perjudique** la providencia, a través de sus abogados, cuando la ley no autoriza actuar en causa propia.

La apelación, como todos los recursos, es un **Acto Procesal de Parte**, no de los funcionarios investidos de jurisdicción. Esto diferencia la APELACION de la consulta (que se realiza aún sin petición de parte) y de la aclaración, corrección de errores aritméticos y adición de providencias (artículos 309, 310 y 311 Código de Procedimiento Civil), que pueden hacerse por simple iniciativa del funcionario.

Hay sujetos con LEGITIMACION para recurrir determinadas providencias, pero que carecen de ella para providencias que no los involucran o perjudican. Por esto se habla de "DERECHO DE RECURRIR" como un derecho subjetivo de determinado sujeto procesal para impugnar una providencia que le perjudica. **Sin perjuicio no hay recurso.** Por eso el inciso segundo del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil establece que "...**Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52...**", según el cual "...**el coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta...**", de tal forma que, en nuestra opinión, el coadyuvante sólo podrá apelar cuando apela la parte a la que ayuda, pero no cuando ésta acepta la providencia, expresa o tácitamente.

Jairo Parra opina que "...En cuanto al coadyuvante es preciso recalcar que está legitimado para incoarlo, siempre y cuando el litigante principal, con el cual colabora, no haya manifestado expresamente su deseo de no hacerlo; si guarda silencio, no hay obstáculo alguno para que lo intente"⁹.

No compartimos este planteamiento. Si una parte, con o sin coadyuvante, no apela, procesalmente su conducta, frente al Juez y a la contraparte, se traduce en aceptar la providencia. Ahora bien, si el coadyuvante puede efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, **"en cuanto no estén en oposición con los de ésta"**, como el silencio de la parte principal implica aceptación de la providencia y la apelación del coadyuvante rechazo, prevalece la actitud procesal de la parte principal, que es la conformidad con la providencia de primera instancia.

En estos aspectos el silencio implica aceptación de la providencia, con total independencia de si se tiene o no coadyuvante o de cualquier otra consideración. Si la parte principal **acepta**, así sea implícitamente, la apelación de su coadyuvante es un acto que está en oposición con los del coadyuvado, situación rechazada por el inciso 2 del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil. Que el silencio de una parte sin coadyuvante implique aceptación de una providencia y el silencio de una parte con coadyuvante signifique autorización a su coadyuvado para que apele, es un planteamiento contradictorio, contrario a las facultades que la ley concede al coadyuvante y sin respaldo en el Código de Procedimiento Civil.

En tratándose de LITISCONSORTES NECESARIOS, el recurso interpuesto por uno favorece a los demás (artículo 51 del Código de Procedimiento Civil). En tanto que en LITISCONSORCIO FACULTATIVO, por ser considerados como litigantes separados, los actos de cada uno no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros (artículo 50 Código de Procedimiento Civil).

VIII. PROVIDENCIAS APELABLES

El recurso de apelación **procede** contra las siguientes providencias:

⁹ **PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil.** Tomo I. Editorial Temis, Primera Edición, página 283. En el mismo sentido **Hernán Fabio López Blanco** escribe: "...Cuando se dicta una providencia y el coadyuvante interpone un recurso contra ella, sin que el coadyuvado haya manifestado nada al respecto, ese silencio equivale a una tácita autorización; pero si el coadyuvado expresamente manifiesta su deseo de que no se interponga ningún recurso, la impugnación realizada por el coadyuvante queda de inmediato sin eficacia; no hacerlo implicaría una clara contradicción entre coadyuvado y coadyuvante, la cual no es permitida por la ley..." **Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano** Editorial ABC. Edición. Tomo I, página 220. Igualmente **DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal.** Editorial ABC, Octava Edición, Bogotá, 1981, Tomo I, página 366.

1. Sentencias apelables: De acuerdo con el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, son apelables las sentencias de primera instancia. El artículo 31 de la Constitución Nacional dice: "...**Toda sentencia judicial será apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley...**".

2. Sentencias no apelables: No son apelables las siguientes sentencias:

a) Las que se dicten en equidad de acuerdo con el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil.

b) Las que las partes convengan en recurrir en casación per saltum, si fuere procedente este recurso¹⁰

c) Las dictadas en procesos para los cuales la ley tiene prevista única instancia, como son los contenciosos y de sucesión de mínima cuantía y los verbales del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, todo de conformidad con el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil.

En la misma situación las sentencias dictadas en procesos de responsabilidad de jueces y magistrados (artículo 40 del Código de Procedimiento Civil), cuyo conocimiento está atribuido a la Corte y Tribunales en única instancia (artículos 25 No. 6 y 26 No. 2 del Código de Procedimiento Civil).

d) Las que la ley expresamente dice que no son apelables, como las que se dicta en los procesos ejecutivos, así sean de menor o mayor cuantía (primera instancia), cuando el ejecutado no propone excepciones oportunamente, (inciso final artículo 507 del Código de Procedimiento Civil).

3. Autos apelables: Son apelables los autos de primera instancia para los cuales la ley expresamente tiene previsto este recurso¹¹, que son los siguientes:

a) El que rechace la demanda, su reforma o adición¹², salvo disposición en contrario.

¹⁰ Realmente no es que sea improcedente el recurso en este caso, lo que sucede es que con la casación per saltum, las partes deciden no hacer uso de él.

¹¹ En el Código Judicial o Ley 105 de 1931 eran apelables los autos **interlocutorios**, de tal manera que la apelabilidad de un auto quedaba sujeta a la calificación que de interlocutorio o de trámite le diera el funcionario de turno, situación que terminó con el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

¹² Hasta el Decreto 2282 de 1989 sólo era apelable el auto que rechazaba la demanda; no el que rechazaba la reforma o adición.

- b) El que resuelva sobre la citación o intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la intervención de alguna de las partes.
- c) El que deniegue la apertura a prueba, el señalamiento de término para practicarlas o el decreto de una pedida oportunamente o su práctica.
- d) El que deniegue el trámite de incidente, alguno de los trámites especiales que lo sustituyen contemplados en los artículos 99, 142, 152, 155, 158, 159, 162, 167, 338 párrafo 3, 340 inciso final y 388, el que los decide¹³ y el que rechace de plano las excepciones en proceso ejecutivo.
- e) El que resuelve sobre la liquidación del crédito en procesos ejecutivos.
- f) El que decide sobre suspensión del proceso.
- g) El que decide sobre un desistimiento, una transacción, la perención, decreto o levante medidas cautelares¹⁴ o por cualquier otra causa ponga fin al proceso¹⁵.
- h) El que decida sobre nulidades procesales.
- i) El que decida sobre excepciones previas, salvo norma en contrario¹⁶.
- j) Los demás expresamente señalados en el Código, como el que decide sobre la reconstrucción del expediente (artículo 133), el que determina a quien le

¹³ Antes de la reforma del Decreto 2282 de octubre 7 de 1989 sólo era apelable el auto que decidía un incidente. Con la reforma se amplió al auto que deniega el trámite de un incidente o un trámite especial, o los rechace de plano.

¹⁴ El Tribunal de Bogotá, en auto de agosto 5 de 1993, Magistrado Ponente: **Luis Miguel Carrión**, consideró que no es apelable el auto que niega la cancelación de una medida cautelar, porque la ley sólo consagra apelación para el auto que levanta la medida, no para el que deniega el levantamiento.

¹⁵ El Tribunal de Bogotá, en providencia de 5 de agosto de 1993, consideró no apelable el auto que niega la terminación del ejecutivo por pago (artículo 537), argumentando que es apelable sólo el que pone fin al proceso. Consideramos equivocada esta interpretación, porque el numeral 7 del 351 debe entenderse en el sentido que son apelables los autos que "deciden" sobre la terminación del proceso y también se decide negándola. Además si es apelable el que decide sobre el desistimiento, necesariamente debe ser apelable el que decide la solicitud del 537 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ No es apelable el auto que resuelve excepciones previas en la audiencia del 101 del Código de Procedimiento Civil. Auto de 29 de abril de 1993. Tribunal Bogotá, Magistrado Ponente: **Luis Miguel Carrión**. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional.

corresponde el pago de honorarios de auxiliares de la justicia (artículo 390), el auto que aprueba la liquidación de costas objetadas, en lo que se refiere a agencias en derecho (artículo 393 del Código de Procedimiento Civil), el que decreta la suspensión de actos o decisiones de asambleas de accionistas o juntas directivas (artículo 421, etc.).

Los autos para los cuales no está expresamente prevista la apelación, no son susceptibles de este recurso¹⁷. Las providencias que se dictan en segunda instancia, lo mismo que la que resuelve una apelación no son susceptibles de nueva apelación, porque sólo hay 2 instancias.

Además, la apelación, como los demás recursos, proceden contra providencias del Juez y no contra actuaciones de las partes. Las actuaciones de las partes cobran relevancia en el proceso en la medida en que sean aceptadas por una providencia judicial y es esta última (auto o sentencia) la que ataca el recurso.

IX. ANTE QUIEN SE INTERPONE EL RECURSO DE APELACION

El inciso primero del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil indica que el recurso de apelación deberá interponerse verbalmente o por escrito¹⁸ "...ante el Juez que dictó la providencia..."

No puede interponerse directamente ante el superior, ni ante Oficinas Judiciales, mientras no estén autorizadas¹⁹.

¹⁷ Ejemplos: 1) La providencia en que se decide no atender una oposición en la diligencia de entrega de bienes del 531 del Código de Procedimiento Civil no es apelable. Auto de 19 de noviembre de 1993. Tribunal de Bogotá. Magistrado Ponente: **María Teresa Plazas Alvarado**. 2) El auto por el cual "...el juzgado improbió el remate por falta de pago del precio..." no es apelable. Auto del 12 de agosto de 1993. Tribunal de Bogotá, Magistrado Ponente **Ariel Salazar R.** 3) No es apelable el auto que acepta justificación por inasistencia a la audiencia de conciliación y señala nueva fecha, como dice el parágrafo 2 del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Auto de 3 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: **Ariel Salazar R.**

¹⁸ La Corte, en auto de 15 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente: **Héctor Marín N.**, consideró que el Fax no es camino idóneo para formular recursos, porque no está expresamente previsto en el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, para enviar memoriales. Con fundamento en reiterada jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, consideramos equivocado el criterio de la Corte.

¹⁹ La Corte, estudiando la interposición del recurso de casación ante Oficinas Judiciales indicó lo siguiente, aplicable al recurso de apelación: "1. Los numerales 5 y 9 del artículo 3 del Decreto 2287 de 1989..., consagran como funciones de las Oficinas Judiciales 'recibir las presentaciones personales de

X. OPORTUNIDAD PARA EL RECURSO

Agrega el inciso primero del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil que el recurso de apelación deberá interponerse "...en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes..."²⁰. Si aquella se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, el recurso deberá proponerse en forma verbal inmediatamente se profiera; el Juez resolverá sobre su procedencia al final de la misma".

De esta disposición resulta lo siguiente:

1. Providencia en actuación escrita: La apelación debe interponerse verbalmente al momento de la notificación personal o por escrito presentado

las demandas, poderes, así como la de velar por la debida programación y ejecución de los trámites judiciales... que se deriven de las actuaciones procesales ... 2. Los citados numerales, fácil es advertirlo, no consagran como funciones de dicha entidad, la recepción de recursos interpuestos por los litigantes contra providencias... y, por ende, no faculta a las partes procesales a proceder de ese modo... 3. La mencionada función tampoco fue confiada a dichas Oficinas Judiciales en ninguno de los numerales restantes del artículo 3 del citado Decreto. Por demás... ni el Tribunal..., ni el Consejo Seccional..., han atribuido específicamente a la Oficina Judicial en mientes la función ya comentada... 4. Corolario de lo dicho es que los recursos contra las providencias... expedidas por el Tribunal..., deben interponerse, al menos en lo que corresponde a este momento procesal, directamente ante la mencionada Corporación lo cual se traduce en que si se presenta alguno ante la Oficina Judicial... éste no es de recibo sino en la medida en que llegare a poder del Tribunal dentro del término para interponerlo... 5. El recurso de casación aducido en estas diligencias por la parte demandada dejó de presentarse directamente ante el ad-quem, fuera de que cuando éste lo recibió era ya extemporáneo y en esas condiciones, es obvio, no podía tener eficacia, así se hubiera hecho valer en oportunidad delante de la Oficina Judicial de Medellín, conclusión que no varía aún si se tiene en cuenta la conducta asumida por esta entidad de recibir el recurso sin estar facultada para ello, pues sobre aquella parte concomitó no sólo la carga de recurrir en tiempo hábil, sino la de hacerlo ante la autoridad llamada a recepcionar el recurso... 6. Viene de lo señalado, que, cual lo manifestó el Tribunal, el recurso de casación interpuesto por la parte demandada no es procedente, por extemporáneo. Habrá de mantenerse, por tanto, el auto recurrido...". Auto de enero 26 de 1993. Magistrado Ponente: Doctor **Alberto Ospina Botero**.

²⁰ En litisconsorcio, dice **Hernando Deveis Echandia** con fundamento en el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, que "...Consecuencia de la unidad de procedimiento es que los términos para interponer recursos y los de pruebas y traslados son comunes o corren simultáneamente para todos los litisconsortes una vez se surta la notificación a todos. Se exceptúa el traslado de la demanda, que es separado si no tienen el mismo apoderado...". *Compendio de Derecho Procesal*. Editorial ABC. Novena Edición, 1983, página 342. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Primera, auto de enero 29 de 1980. Magistrado Ponente: Doctor **Carlos Galindo Pinilla**, donde se consideró: "...Si la ejecutoria de un fallo comienza para todos cuando ha transcurrido el término de 3 días que se cuenta a partir de aquél en que haya sido notificada a todas las partes (artículo 331 del Código de Procedimiento Civil), ello significa que hasta antes del vencimiento de tal término la providencia no es firme, vale decir que puede impugnarse por la vía del recurso".

dentro de los 3 días siguientes a la notificación²¹ (personal, por estado, edicto o conducta concluyente), es decir, dentro del término de ejecutoria (artículo 331 del Código de Procedimiento Civil)²².

Como los autos, por regla general, se notifican por estado (artículo 321), la apelación podrá interponerse dentro de los tres días siguientes al día de fijación del Estado. Si se trata de sentencias, la apelación debe interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación personal, para la cual se tienen 3 días (artículo 323); y si ésta no se logra en ese término y entonces se efectúa por edicto, el término para apelar se extenderá durante los tres días de fijación del edicto y tres días más que es el término de ejecutoria, de tal forma que desde la fecha de una sentencia podrán pasar 9 días hábiles antes que quede ejecutoriada²³.

2. Providencia en audiencia o diligencia: La apelación debe interponerse verbalmente, inmediatamente se dicta la providencia, porque de acuerdo con el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, "Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias, se considerarán notificadas el día en que éstas se celebren, aunque no hayan concurrido las partes" y el juez resuelve sobre la procedencia de la apelación al final de la audiencia o diligencia²⁴.

Cuando la ley dice "**inmediatamente**", debe entenderse el instante siguiente a aquél en que se dicta la providencia y no todo el tiempo que dure la audiencia o diligencia²⁵.

²¹ En auto de 9 de mayo de 1973 la Corte aclaró que la fecha de presentación oportuna de un escrito es aquella en la cual se recibe en el despacho judicial y no otra diferente, como por ejemplo la de presentación personal ante una notaría.

²² En auto de octubre 30 de 1980 El Tribunal de Bogotá, Magistrado Ponente: Doctor **Marco Gerardo Monroy Cabra**, no dio curso a una apelación porque de ella se dejó constancia en el acta de notificación personal, que se realizó después de desfijado el edicto de notificación de sentencia, considerando que "solamente es posible la apelación en el acto de la notificación personal, cuando no se ha cumplido la notificación por edicto; pero desfijado éste, el recurso sólo puede interponerse mediante memorial, puesto que la sentencia ya está notificada y está transcurriendo el término de ejecutoria", interpretación que consideramos de exagerada exégesis, porque si bien es cierto la nueva notificación personal resulta ineficaz, no puede predicarse lo mismo de la interposición oportuna del recurso, de la cual se dejó expresa constancia **escrita** en el acta correspondiente.

²³ El Tribunal de Bogotá, en auto de abril 21 de 1994, Magistrado Ponente: Doctor **Edgardo Villamil Portilla**, consideró que la fijación del edicto de notificación de una sentencia por un término superior al legal, no tiene la virtud de extender el término de ejecutoria para la interposición del recurso de apelación.

²⁴ De presentarse el caso en que en audiencia se interponga la apelación **por escrito**, el Doctor **Eduardo García Sarmiento** considera que no existe inconveniente para que se conceda, opinión que compartimos.

²⁵ Para evitar discusiones algunos jueces, a nuestro juicio con buen criterio, optan en las audiencias y diligencias por dejar constancia, a medida que se producen las providencias, que han sido notificadas en estrados y, ante el silencio de las partes, proceden a declararlas ejecutorias. Este procedimiento, aunque legalmente innecesario, evita alegaciones de abogados que tardíamente pretenden recurrir.

La oportunidad para la interposición del recurso de apelación no se reduce a estos dos casos generales. Algunas situaciones especiales merecen comentario adicional:

1. Providencia que se repone: El inciso 3o. del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que "...Cuando se accede a la reposición interpuesta por una parte, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso...", disposición traída por el Decreto 2282 de 1989, acogiendo la interpretación que hasta entonces venía haciendo la doctrina.

Para ilustrar este inciso tercero imaginemos que se dicta un auto decretando pruebas pedidas por el demandante, quien no apela la providencia que accede a su solicitud. Interpuesto recurso de reposición por el demandado, sobre la base que la solicitud de pruebas no reúne los requisitos legales, el funcionario revoca el auto y, en su lugar, niega la práctica de las pruebas. En este evento el demandante puede apelar el nuevo auto dentro del término de ejecutoria.

2. Aclaración o complementación de providencia apelable: Cuando se pide, en las oportunidades previstas en los artículos 309 o 311 del Código de Procedimiento Civil, o se produce de oficio, aclaración o complementación de una providencia, **podrá apelarse de la inicial y de la aclaratoria o complementaria, dentro del término de ejecutoria de la nueva providencia,** resuelva positiva o negativamente la solicitud, porque según el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil **"...En caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva"**²⁶.

El asunto es claro, el recurso de apelación puede interponerse contra la primera providencia en el término de ejecutoria de la segunda²⁷, de tal forma que la apelación de la segunda providencia –aclaratoria o complementaria– comprende la inicial, salvo que el apelante lo limite a una de las dos.

²⁶ En este sentido PARRA QUIJANO, Jairo. *Derecho Procesal*. Ob. Cit., páginas 288 y 289. LOPEZ, Hernán Fabio, por el contrario, considera que esta solución sólo es aplicable a la complementación, pero no a la aclaración, porque en el inciso 4 del artículo 352 sólo está prevista para la adición. *Instituciones*. Ob. Cit., páginas 571 y 572. Creemos que el Doctor López Blanco no tuvo en cuenta el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

²⁷ En auto de la Corte de junio 17 de 1993, Expediente 4442, Magistrado Ponente: Doctor BECHARA SIMANCAS, Nicolás, estudiando estos eventos se indicó que las solicitudes de aclaración y adición de sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal se pueden formular en el término de 5 días (No. 3 como es la regla general) contados a partir de la notificación, porque ese es el término que se tiene para recurrir en casación. Preciso la Corte que habrá de tenerse en cuenta adicionalmente lo previsto en

El asunto es igual cuando se trata de determinar el alcance de la apelación contra la providencia inicial, respecto de la complementaria. En otras palabras, si se apela inmediatamente se dicta la primera providencia, pero no se interpone nuevamente el recurso al producirse la segunda, la apelación debe tramitarse para ambas, por conformar una unidad jurídica y por ser una situación análoga a la anterior, que debe resolverse con los mismos parámetros, por no estar expresamente resuelta en la ley (artículo 5 del Código de Procedimiento Civil)²⁸.

Además esa pareció ser la intención del legislador, cuando el inciso final del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil señaló que "...Si antes de resolverse sobre la complementación de una providencia se hubiere interpuesto apelación contra ésta, en el auto que decida aquélla se resolverá sobre la concesión de dicha apelación...".

3. Corrección de error aritmético o gramatical de providencia apelable:

Si se trata de corrección de error aritmético o gramatical (artículo 310), lo que puede hacerse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante **auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra la providencia inicial**, lo que se puede apelar en el término de ejecutoria de la segunda providencia es **únicamente** esa segunda providencia, es decir, el auto que resuelve la solicitud de corrección y no la providencia inicial, de tal manera que no puede pretenderse utilizar este expediente para revivir el término de ejecutoria de la primera providencia.

los artículos 331 y 369 inciso primero, según el cual "cuando se haya pedido oportunamente adición, corrección o aclaración de la sentencia, o éstas se hicieren de oficio, el término -de 5 días para recurrir en casación- se contará desde el día siguiente al de la notificación de la respectiva providencia", razonamiento que sirve de soporte para insistir que igual sucede con la apelación, cuando se solicite aclaración o complementación, salvo la diferencia de término, que para la apelación siempre es de 3 días.

²⁸ **AZULA CAMACHO, Jaime** anota al respecto que "...la situación, en cambio, es diferente en el caso de la adición, pues las dos sentencias contienen pronunciamientos diferentes y, en consecuencia, son independientes, por lo cual la apelación interpuesta contra la primera -si se formuló en el término inicial de la ejecutoria- comprende exclusivamente a ella; entonces, si la segunda es también desfavorable a esa parte, tiene que interponer el recurso nuevamente contra ésta". Este comentario sería admisible en un caso excepcional como éste: En un proceso con dos demandas acumuladas se dicta sentencia adversa al demandado, pero sólo por una de las demandas acumuladas. El demandado apela y, después, en la oportunidad del artículo 311, se produce sentencia complementaria acogiendo las pretensiones de la otra demanda acumulada. Pero no podría afirmarse que con el recurso contra la providencia inicial se entiende apelada también la complementaria. Sin embargo, cuando la segunda providencia es apenas aclaratoria o la complementación se refiere a pretensiones consecuenciales o accesorias de la principal reconocida en la primera providencia, deberá tenerse en cuenta la regla general y, por lo tanto, la suerte del recurso de apelación contra la primera providencia afectará a la segunda, porque son pronunciamientos que acceden a los primeros.

El recurso debe interponerse entonces en las oportunidades legales, dejando constancia²⁹. La interposición debe hacerse desde que se dicta la providencia aún antes de su notificación, por estado, edicto o personal, actitud que comporta notificación por conducta concluyente (artículo 330); pero no puede interponerse antes de dictada la providencia, de manera específica o genérica, como lo pretenden algunos abogados al afirmar, por ejemplo desde la presentación de la demanda, que desde ese momento recurren en apelación las providencias que eventualmente se dicten en su contra. En conclusión, no se pueden interponer recursos antes que se dicten las providencias, ni después de ejecutoriadas, en desarrollo del principio de la PRECLUSION O EVENTUALIDAD, consagrado en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, según el cual **"... Los términos y oportunidades ... para la realización de los actos procesales de las partes..., son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario..."**

XI. APELACION ACCESORIA

La apelación contra autos puede interponerse como subsidiaria de un reposición. Contra sentencias la apelación es siempre recurso principal, porque contra ellas no procede reposición. Cuando se pretende recurrir un auto con reposición y subsidiario de apelación, deben interponerse simultáneamente los dos recursos, dentro del término de ejecutoria de la providencia, sin que sea procedente presentar sólo la reposición y esperar su resultado para ahí sí interponer la apelación, ya que sería extemporánea (artículos 348 inciso 3 y 352 inciso 2), sin perjuicio del caso especial del inciso 3 del artículo 352, que es una situación diferente, aplicable sólo cuando se accede a la reposición de una parte, respecto de la otra, a la que inicialmente beneficiada el auto recurrido.

Cuando equivocadamente se interpone contra una sentencia recurso de reposición como principal y en subsidio apelación, creemos debe concederse la apelación por el inferior y admitirse por el superior, porque negado el principal por improcedente, debe despacharse la apelación, en desarrollo del artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que un defecto formal de interposición, que no es más que un vicio de técnica procedimental, no debe impedir la revisión por el superior, para la efectividad de los derechos sustanciales y en busca de una mejor administración de justicia.

²⁹ El tribunal de Bogotá, en auto de 25 de junio de 1993, al resolver un recurso de queja, se ocupó de un caso en el cual no aparecía constancia en el expediente, ni en poder de la parte interesada, de haberse presentado oportunamente un recurso de apelación contra sentencia. El recurrente argumentaba que "...el escrito de apelación fue presentado en tiempo, como quiera que lo elaboré, se lo entregué a mi abogado sustanciador, con él lo envié y él dice que lo entregó...". El Tribunal, con fundamento en artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, declaró bien denegado el recurso de alzada.

Sin embargo, el Tribunal de Bogotá³⁰, con apoyo en jurisprudencia de la Corte³¹, según la cual la Sala no debe ocuparse del recurso de súplica cuando se interpone como subsidiario de la reposición, ha venido inadmitiendo recursos de alzada en esta situación, considerando que la apelación contra sentencias excluye la modalidad de la subsidiariedad y que todo recurso para su viabilidad debe someterse a los parámetros procesales establecidos en la ley, que son de obligatorio cumplimiento, de tal manera que el menosprecio de tales exigencias conlleva el fracaso del medio de impugnación.

XII. SUSTENTACION DE LA APELACION

En los procesos civiles no es necesario sustentar la apelación. Sí en penal (artículo 209 del Código de Procedimiento Penal) y administrativo (artículo 212 del Código Contencioso Administrativo)³².

La Corte, en sentencia de septiembre 17 de 1992, Magistrado Ponente Doctor **Alberto Ospina Botero**, al resolver una tutela, explicó: "...Si bien el Código de Procedimiento Civil de 1970 al regular el recurso de apelación, no le impuso al apelante para la concesión y admisibilidad del mismo, la carga de sustentarlo, puesto que a la sazón sólo se exigía que se encontrase legitimado procesalmente para recurrir, que la resolución le causare agravio, que la providencia fuese susceptible de ser atacada por ese medio de impugnación, y que el recurso se formulase en la oportunidad establecida por la ley (artículos 350, 351 y 352 del Código de Procedimiento Civil de 1970), a partir del 17 de enero de 1984, fecha en que entró en vigencia la Ley 2 de ese año, a más de los anteriores requisitos, se le impuso al recurrente el deber o carga de sustentarlo ante el juez a-quo, dentro del término previsto por dicha ley, so pena de que el juzgador lo declarase desierto (artículo 57 Ley 2 de 1984)..."

³⁰ Autos de octubre 14 de 1993 y febrero 22 de 1994, Magistrado Ponente: Doctor **CARRION J., Luis Miguel** y 28 de enero de 1993, Magistrado Ponente: Doctor **Ariel Salazar Ramírez**.

³¹ Auto 081 de 3 de agosto de 1989, Sala de Casación Civil.

³² El Tribunal de Medellín, por auto de julio 30 de 1992, con ponencia de la Doctora **María Euclides Puerta Montoya**, consideró que si era necesaria la sustentación, porque el artículo 170 del Decreto 2282 de 1989, que modificó el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, no derogó expresamente el artículo 57 de la Ley 2 de 1984 y al no resultar contradictoria esta norma con la nueva, continuaba vigente (artículo 2 Ley 153 de 1887).

"...De suerte que lo que hizo la mencionada ley fue agregarle a las exigencias legales para la concesión del recurso de apelación por el a-quo y su admisión por el ad-quem, el de motivar o sustentar tal medio de impugnación, y en esa forma quedó complementado el artículo original del Código de Procedimiento Civil.

"... Posteriormente, autorizado el Presidente de la República por la Ley 30 de 1987 para 'simplificar el trámite de los procesos judiciales y ajustarlos a la informática y a las técnicas modernas', se expidió el Decreto 2282 de 1989, que entró a regir el 1o. de junio de 1990, por el cual se le introdujeron numerosas modificaciones al Código de Procedimiento Civil, puesto que lo reformó en casi la mitad de su articulado, entre ellas, y concretamente con el recurso de apelación, lo atinente a la procedencia del mencionado recurso...

"... Lo que se acaba de reseñar, pone de presente, por una parte, que si el criterio del legislador de 1989, según la ley de autorizaciones (Ley 30 de 1987), fue simplificar los trámites judiciales, y de otro lado, se ocupó de regular todo lo atinente al recurso de apelación, y específicamente la procedencia, oportunidad y requisitos del mencionado recurso, es de concluir que se reglamentó toda la materia en dicho punto, y por ende, quedó eliminada del mismo, como exigencia para su concesión por el a-quo y admisión por el ad-quem que el recurrente deba sustentar el referido medio de impugnación"³³.

XIII. APELACION ADHESIVA

De acuerdo con el inciso primero del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, "La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el Juez que la profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar...

De esta disposición resulta claro que la OPORTUNIDAD para la APELACION ADHESIVA se extiende desde que otra de las partes interpone el recurso³⁴, hasta que vence el término para alegar ante el superior.

³³ En igual sentido auto del 2 de abril de 1992, Tribunal de Bogotá, Sala Civil, Magistrado Ponente: Doctor **Edgardo Villamil Portilla** y Tribunal de Cundinamarca, auto de mayo 8 de 1991, Magistrado Ponente: Doctor **Luis Ernesto Vargas Silva**.

³⁴ **Jairo Parra Quijano** en la obra *Derecho Procesal Civil* opina que no es de recibo la **apelación eventual**, tal como sería afirmar "si se apela esta providencia, desde ahora manifiesto que me adhiero a ella", ya que "...es requisito indispensable que el adherente tenga la calidad de apelado, y ésta sólo se adquiere una vez se ha entablado el recurso...". Ob. cit. página 283.

El inciso segundo del mismo artículo 353 agrega que "...La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal...", disposición introducida por el Decreto 2282 de 1989 para acabar con la discusión sobre la suerte de la apelación adhesiva cuando se desistía de la principal. Hoy es claro que la apelación adhesiva, por interpuesta después del término inicial de ejecutoria, es accesoria a la principal, sigue su suerte y por lo tanto, si se desiste de la principal, queda sin efecto la adheriva. Por lo tanto, el litigante perjudicado con una decisión, para no exponerse a esta contingencia, debe apelar dentro del término de ejecutoria, para que su recurso se considere, frente a cualquier eventualidad, como principal.

De acuerdo con el artículo 357, cuando la parte que inicialmente no apeló hubiere adherido, el superior resolverá sin limitaciones, de tal manera que con la apelación adhesiva el superior adquiere plena competencia, sin las limitaciones de la reformatio in pejus.

XIV. CONCESION DEL RECURSO

Interpuesto el recurso en tiempo y reunidos los demás requisitos de viabilidad, se concede por el juez de primera instancia, determinando el efecto en que debe tramitarse.

Por eso en la APELACION, al igual que en CASACION, se diferencia: INTERPONER, CONCEDER, ADMITIR y RESOLVER. La primera etapa es un acto de la parte y la segunda del juez a-quo. Las dos últimas etapas las realiza el superior.

Para la concesión del recurso de apelación contra el auto que niega el mandamiento de pago en procesos ejecutivos debe tenerse en cuenta el inciso tercero del artículo 505, que exige "...previa notificación al ejecutado..." para la tramitación del recurso, novedad del Decreto 2282 de 1989 para garantizar al demandado su defensa y evitar la situación irregular que venía presentándose, ya que cuando el superior libraba el mandamiento en segunda instancia, revocando el auto apelado, dejaba sin recursos a la parte demandada contra la orden de pago.

Adicionalmente, no debe olvidarse que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 137 del C. de P. C. "...Sobre la procedencia de las apelaciones que se interpongan en el curso de un incidente, se resolverá en el auto que concede la apelación que se interponga contra el auto que decide el incidente. Si no se apela éste, aquéllas se tendrán por no interpuestas..."³⁵.

³⁵ El Tribunal de Bogotá, en auto de 4 de junio de 1993, Magistrado Ponente: Doctora **María Teresa Plazas Alvarado**, consideró que los recursos de alzada contra los autos que se dictan en el curso de

XV. EFECTOS EN QUE SE CONCEDE LA APELACION

Cuando el Código se refiere a "EFECTOS", se refiere a las consecuencias procedimentales del recurso, consagradas en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil³⁶, que en síntesis son las siguientes:

ASPECTOS	SUSPENSIVO	DEVOLUTIVO	DIFERIDO
COMPETENCIA	Se suspende	No se suspende	No se suspende
PROVIDENCIA	No se cumple	Se cumple	No se cumple
SE ENVIA	Original	Copias	Copias
EJEMPLOS	Sentencias	Providencias que deciden sobre intervención de terceros	Providencias Que imponen Multas o decretan desembargos

1. Efecto Suspensivo: Si se trata de sentencia, se suspende la competencia del inferior desde la ejecutoria del auto que concede, hasta que se notifica el de obediencia a lo resuelto por el superior, conservando competencia para conocer lo referente a secuestro y conservación de bienes y depósito de personas, siempre que la apelación no verse sobre esas cuestiones. Cualquier actuación por fuera de estas excepciones será nula por falta de competencia.

Si se trata de autos, dice el artículo 354, las apelaciones en el suspensivo se otorgan a medida que se interpongan, pero no suspenden la competencia sino cuando el proceso se encuentre en estado de proferir sentencia, momento en el cual por auto sin recurso se envía el proceso al superior, conservando competencia el inferior, como ocurre con las sentencias, para conocer lo que se refiere a secuestro y conservación de bienes y depósito de personas, disposición que resulta inaplicable por lo previsto en el siguiente inciso, según el cual de esa regla

un incidente que no es apelable, por ejemplo los que niegan pruebas dentro del trámite de la excepción previa de falta de competencia (artículo 98 No. 13 Código de Procedimiento Civil), deben concederse y decidirse antes de resolver el incidente. Creemos equivocada esta solución: Si el incidente no es apelable, es de única instancia y, por lo tanto, los autos que dentro de él se dicten también lo serán.

³⁶ Esta norma fue modificada en numerosos aspectos por el Decreto 2282 de 1989, consagrando la concentración de apelaciones, el efecto devolutivo como la regla general para apelación de autos, la posibilidad del cumplimiento parcial de providencia apeladas y la posibilidad de dictar sentencia aunque estén pendientes apelaciones de autos en los efectos devolutivo o diferido.

"...se exceptúan las apelaciones concedidas en el efecto suspensivo contra autos que resuelvan incidentes, o trámites especiales que los sustituyen, las que suspenderán la competencia del inferior desde la ejecutoria del auto que lo concede, como se dispone en el primer inciso..."

Hernán Fabio López, con razón, critica esta disposición, calificándola de "letra muerta", "...por cuanto las excepciones a su aplicación son tantas que en la práctica la apelación de autos en el efecto suspensivo sigue igual al de las sentencias, es decir que una vez ejecutoriado el auto que concede el recurso en dicho efecto se remite el expediente al superior"³⁷.

2. Efecto devolutivo³⁸: No se suspende el cumplimiento de la providencia, ni el curso del proceso.

3. Efecto diferido³⁹: Es una combinación de los dos efectos anteriores, porque se suspende el cumplimiento de la providencia (suspensivo) y el proceso continúa ante el Juez de primera instancia en lo que no dependa de ella. (devolutivo).

Tres aspectos más merecen analizarse sobre este punto. Ellos son: La regla general de los efectos para cada tipo de providencia, el cumplimiento parcial y la posibilidad de dictar sentencia con apelaciones pendientes de autos:

1. Regla general de los efectos de la apelación: La regla general es que la apelación de sentencias se otorga en el suspensivo, salvo disposición en contrario y la de autos en el devolutivo, a menos que la ley disponga otra cosa. Sin embargo, cuando la apelación deba otorgarse en el suspensivo, el apelante puede pedir que lo sea en el diferido o en el devolutivo y cuando procede en el

³⁷ *Reforma al Código de Procedimiento Civil*. Editorial ABC, Bogotá, 1990, páginas 210 y 216.

³⁸ La denominación correcta para este efecto sería la de ejecutivo o no suspensivo, porque sus características no concuerdan con su denominación. El nombre actual obedece a una tradición histórica, según la cual al enviarse el proceso al superior se le "devolvía" la competencia que había delegado en su inferior. (El Príncipe o Emperador delegaba a sus inferiores la facultad de administrar justicia y al apelarse ante él se le restituía su función), situación que no se presenta en la estructura actual de la jurisdicción, **RIVAS, Adolfo Armando**. *Tradado...* Ob. Cit., T. II páginas 626 y 627.

³⁹ En el Decreto 2282 de 1989 se incurrió en un error de redacción en el numeral 3 del artículo 354, al agregar la partícula "No se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada...", cuando en realidad Si se suspende el cumplimiento de la providencia, toda vez que de otra forma no se diferenciaría del efecto "devolutivo", por lo cual debe leerse este numeral sin considerar el No, como aparecía en el texto original del Código de Procedimiento Civil.

diferido, que se otorgue en el devolutivo. El mandamiento de pago –según el artículo 505– es apelable en el devolutivo; el auto que lo niegue, en el suspensivo, previa notificación al ejecutado; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido...⁴⁰

2. Cumplimiento parcial de providencias apeladas: Dice el artículo 354 que “cuando la apelación en el efecto suspensivo o diferido se haya interpuesto expresamente contra una o varias de las decisiones contenidas en la providencia, las demás se cumplirán excepto cuando sean consecuencia de las apeladas, o si la otra parte hubiere interpuesto contra ellas apelación concedida en el efecto suspensivo o en el diferido...”.

Así por ejemplo si en una demanda se acumulan de manera concurrente pretensiones independientes por varias obligaciones y el juez concede unas y niega otras, si el demandante apela por las rechazadas, podrá pedir, a pesar del efecto suspensivo, que se ejecuten las concedidas, siempre que el demandado no haya apelado.

Agrega el artículo que “...con las mismas salvedades, si la apelación tiene por objeto obtener más de lo concedido en la providencia recurrida, podrá pedirse el cumplimiento de lo que ésta hubiere reconocido...”. Pensemos que se demanda reclamando indemnización por \$1.00.000.000 y se concede la mitad. Si el demandante es el único apelante, puede pedir que a pesar de la apelación en el suspensivo, continúe el inferior conociendo de la ejecución por \$50,000.000.

En estos eventos es necesario que se compulsen copias del expediente, para lo cual deben observarse las reglas sobre expedición de copias previstas para el efecto devolutivo.

3. Posibilidad de dictar sentencia con apelaciones pendientes: Los dos últimos incisos del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil establecen que el juez de primera instancia puede dictar sentencia aunque estén pendientes de resolver apelaciones de autos en el efecto devolutivo o diferido, siempre que no haya recibido aviso de su superior sobre la decisión de tales apelaciones (359 inciso 2), circunstancia que puede originar las siguientes posibilidades:

⁴⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Anota que “...no estuvimos de acuerdo en que el efecto del recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo revocado por vía de reposición sea en el diferido pues vemos innecesaria la expedición de copias para mantener el expediente en primera instancia en donde ninguna actuación se podrá cumplir por cuanto todo depende de la decisión apelada, de ahí que no tiene objeto este efecto que parte del supuesto de que otra parte del proceso pueda proseguir...”. *Reforma al Código de Procedimiento Civil...* Ob. Cit., página 340.

a) **Que la sentencia no sea apelada, ni tenga consulta.** El superior deberá declarar desierto los recursos pendientes de decisión, al recibir comunicación que el secretario del juez de primera instancia debe enviarle sin necesidad de auto que lo ordene. Si el superior resuelve apelaciones después de la sentencia de primera instancia, sus decisiones quedarán sin efecto.

b) **Que la sentencia sea apelada o tenga consulta.** El superior deberá decidir en la sentencia de segunda instancia, todas las apelaciones pendientes cuando le fuere posible.

La norma señala "...cuando fuere posible...", porque como lo comenta el profesor Jairo Parra Quijano "Por ejemplo: si el inferior negó una prueba y el superior igualmente la niega, podrá resolver en la sentencia lo anterior. Pero si llega a revocar, tendrá que practicar la prueba y una vez hecho lo anterior, dictar la sentencia. Por ello resulta muy importante que el superior estudie cuidadosamente el caso para saber si puede resolver todo en la sentencia o no..."⁴¹.

En todo caso, el inferior no puede dictar sentencia después de recibir el aviso de superior sobre la decisión de las apelaciones (359 inciso 2) y mientras no se haya notificado el auto de obediencia a lo resuelto por el superior, ya que si la dicta y el superior revoca alguno de los autos apelados, deberá declararse sin valor la sentencia dictada, por auto que no tendrá recurso. Por el contrario, si en esta misma situación el superior confirma los autos apelados, la sentencia conservará validez.

XVI. ENVIO DEL EXPEDIENTE O DE SUS COPIAS

Para las apelaciones en el efecto suspensivo se envía el expediente original y para las que son en efecto devolutivo o diferido se remiten copias.

En las apelaciones en el suspensivo, cuando el inferior conserva competencia para adelantar cualquier trámite (Ejemplo medidas cautelares), en el auto que concede la apelación se ordenará que se deje copia a costa del apelante de las piezas que el juez estime necesarias, para lo cual el recurrente suministrará su valor al secretario dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria del auto, so pena de que quede desierto el recurso. El secretario debe expedir las copias dentro de los 5 días siguientes. En el mismo término las partes podrán solicitar por escrito al secretario que se adicionen las copias indicando los respectivos folios y acompañando su valor, sin necesidad de auto que lo ordene.

⁴¹ *Derecho Procesal Civil*. Ob. Cit., página 286.

En el auto que conceda la apelación en efectos devolutivo o diferido, el juez determinará las piezas cuya copia se requieren y si el apelante no suministra lo necesario en 5 días a partir de la notificación del auto, el recurso quedará desierto.

Cuando ya se hayan expedido copias para una apelación y se conceda otra en el devolutivo o diferido, deberán agregarse las existentes con las de la actuación posterior, aun cuando no hayan sido devueltas, circunstancia de la que se informará al superior por el secretario en el oficio con el cual se remitan las nuevas copias, mecanismo que ahorra tiempo, dinero y evita el aumento inútil del volumen del expediente.

El inciso final del artículo 356 establece que "El superior puede pedir copia de otras piezas del proceso cuando lo considere indispensable, por auto que no tendrá recurso. El inferior ordenará por auto, que tampoco tendrá recurso, la expedición de tales copias a costa del recurrente, si no existieren otras de las mismas piezas o la complementación de éstas. Si aquél no suministra el valor de las expensas en el término de 5 días, que se contará a partir de la notificación del auto que las ordene, el secretario informará de tal hecho por oficio o telegrama al superior, quien declarará desierto el recurso".

XVII. OBSERVANCIA DE CARGAS PROCESALES

La ley tiene previstas algunas cargas para el recurrente, con el propósito de hacer viable la apelación, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que el recurso se declare desierto⁴². A manera de ejemplo, el pago de copias comentado en el numeral anterior.

Mención especial merece el envío del expediente de un lugar a otro, por ejemplo cuando el inferior y el superior no tienen una misma sede, regulado en el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual son dos las posibilidades para remitir el expediente a un lugar diferente:

1. Por correo ordinario: Deben pagarse en la Oficina postal los portes de ida y regreso y si no se pagan se declara desierto el recurso.

⁴² El auto que declara desierto el recurso de apelación no es apelable. Auto de enero 28 de 1993. Tribunal de Bogotá, Magistrado Ponente Doctor Luis Miguel Carrión J.

2. Por medio más rápido: El impugnante debe solicitar este tipo de envío al Secretario del Tribunal documental o verbalmente, entregándole el valor total del porte, de lo que se deja constancia en el expediente⁴³.

XVIII. EXAMEN PRELIMINAR Y ADMISION POR EL SUPERIOR

Varios aspectos detienen la atención sobre este tema:

1. Verificación requisitos de viabilidad.

Repartido el expediente el juez o el Magistrado Ponente, que debe ser el superior del a-quo de acuerdo con el factor funcional⁴⁴, debe realizar un examen preliminar para verificar si efectivamente se reúnen los requisitos para la concesión del recurso: Legitimación, procedencia, oportunidad, competencia y cumplimiento de cargas procesales. Si están presentes admite, si no declara inadmisibles la apelación y devuelve el expediente; si fueren varios los recursos, sólo se tramitarán los que reúnan los requisitos mencionados. El auto que resuelve sobre la admisión de la apelación es susceptible de súplica (artículo 363 del Código de Procedimiento Civil).

2. Falta de firma de la providencia apelada.

Si se encuentra en el examen preliminar que la providencia apelada no se encuentra suscrita por el inferior, se debe ordenar devolver el expediente para que cumpla esta finalidad, por auto que no tendrá recurso. Si se hubiere producido cambio de juez, quien lo haya reemplazado proferirá nueva providencia, sin que lo ate la anterior, que deberá notificar. En este evento la providencia sin firma no tendrá efectos jurídicos. Si a pesar de la falta de firma de la providencia el superior decide la apelación, se tendrá por saneada la omisión.

⁴³ La Corte ha sido extremadamente exigente en estas formalidades para el recurso de casación, que resultan aplicables a la apelación. En auto de 20 de octubre de 1994, Expediente 5118 Magistrado Ponente: Doctor **Rafael Romero Sierra**, se inadmitió un recurso de casación, porque el secretario del Tribunal, a pesar de recibir oportunamente el valor de los portes, no dejó constancia de la solicitud de envío por medio especial, providencia que consideramos contraria al artículo 132 del Código de Procedimiento Civil porque la sanción de declarar desierto el recurso únicamente está prevista para el caso de falta de pago de portes, pero no para la omisión del secretario en dejar una constancia inútil.

⁴⁴ Las Salas de decisión de los Tribunales no son el superior del Magistrado Ponente. Sentencia de la Corte de 15 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Doctor **Alberto Ospina Botero**. Expediente de Tutela 296.

3. El auto admisorio no obliga a decidir el recurso.

El auto admisorio no obliga al funcionario, si al momento de decidir la segunda instancia encuentra que no se reúnan los requisitos de admisibilidad. Los errores no se corrigen persistiendo en ellos, sino adecuando el proceso a los causes legales, de tal forma que las providencias ilegales no pueden convertirse en leyes del proceso, como reiteradamente lo ha pregonado la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE en las que se acogió lo que se conoce como TEORIA DEL ANTIPROCESALISMO.

En sentencia de casación de octubre 28 de 1988, con ponencia del Doctor Eduardo García Sarmiento puede leerse: "...que los autos aún firmes no ligan al Juzgador para no proveer conforme a derecho, pudiendo por ende apartarse de ellos cuando quiera que lo resuelto no se acomode a la estrictez del procedimiento. Así por ejemplo refiriéndose a estos autos expresó que la Corte no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece cometiendo así un nuevo error (auto de 4 de febrero de 1981. En el mismo sentido sentencia de 23 de marzo de 1981, LXX, página 2 y XC, página 330)... De manera que si es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones, en cuanto pronunciadas según la ley, es lo que da certeza y seguridad y no meramente al quedar en firmes por no recurrirse oportunamente..."⁴⁵.

4. Examen adicional en apelación de sentencias.

En la apelación de sentencia, el superior, además, debe verificar lo siguiente:

a) Si existen demandas de reconvención o procesos acumulados, y en caso de no haberse resuelto sobre todos enviará el expediente al inferior para que profiera sentencia complementaria.

b) Si se incurrió en la primera instancia en causal de nulidad, de oficio la pondrá en conocimiento de la parte afectada, o la declarará y devolverá el expediente al inferior para que renueve la actuación anulada según las circunstancias. (Igual sucede en apelación de autos).

⁴⁵ En el mismo sentido auto de 29 de septiembre de 1993. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento, Expediente 4633, Auto A-042 del 18 de abril de 1991, también de la Sala Civil de la Corte y auto de agosto 11 de 1981 del Tribunal de Medellín, Magistrado Ponente Doctor Horacio Montoya Gil.

5. Error en el efecto del recurso.

Si existe error en el efecto de la apelación, se procede así:

a) *Cuando debiendo ser en el suspensivo lo fuere en otro:* El superior lo admite en el que corresponda, ordena devolver las copias y deja la del auto que admitió el recurso, disponiendo que el inferior le remita el expediente. Al llegar el original se dan los traslados a las partes.

b) *Cuando debiendo ser en el diferido o devolutivo lo fuere en el suspensivo:* El superior la admite en el que corresponda y dispone que se devuelva el expediente al inferior, previa expedición de las copias para el trámite del recurso, a costa del recurrente, quien deberá suministrar su valor en el término de 5 días, contados a partir de la notificación del auto que lo admite, so pena de que quede desierto.

c) *Cuando debiendo ser en el devolutivo se concedió en el diferido o viceversa:* El superior lo admitirá en el que corresponda y ordenará comunicarlo al inferior por medio de oficio.

XIX. TRAMITE EN LA APELACION DE AUTOS

Según el artículo 359, en el mismo auto que se admite el recurso se debe dar traslado al apelante por 3 días para que lo sustente. El escrito se agrega al expediente y se mantiene a disposición de la parte contraria por 3 días que se cuentan desde el vencimiento del primer traslado; si ambas partes apelaron, los términos serán comunes.

Vencido este traslado debe decidirse la segunda instancia, teniendo en cuenta que al proferirse el auto que resuelve la apelación concedida en el efecto devolutivo o diferido, el secretario debe comunicarlo inmediatamente por telégrafo u oficio al inferior, para que, si fue confirmada su providencia, dicte sin obstáculos la sentencia de primera instancia o, si fue revocada, espere la devolución de la actuación para los fines a que haya lugar, ya que de otra forma su sentencia quedará sin valor, como lo establece el inciso final del artículo 354 ya comentado.

La comunicación debe enviarla el secretario del superior, so pena de incurrir en multa de 1 salario mínimo mensual que le será impuesta por el juez o magistrado ponente, según fuere el caso.

XX. APELACION DE AUTOS QUE NIEGAN PRUEBAS

De acuerdo con el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil si se apela el auto que niega el decreto o la práctica de una prueba y el superior revoca, pueden presentarse las siguientes situaciones:

1. **Primera instancia en etapa probatoria.** Si el proceso o incidente aún está en pruebas en primera instancia, se procede a su práctica.
2. **Primera instancia pendiente de decisión.** Si el superior revoca después de vencido el término probatorio, pero antes de decidirse la instancia, debe concederse un término adicional que no puede exceder el inicial del proceso o incidente a señalar fecha para la audiencia y diligencia.
3. **Primera instancia terminada.** Si se revoca después de dictada la **sentencia** de primera instancia, si hay lugar a segunda, el superior procederá a practicar dichas pruebas, dentro de un término igual al de primera instancia o fija fecha para audiencia o diligencia.

La negativa de pruebas dentro de un incidente merece comentario especial. Si dentro de él se niega la práctica de una prueba, se apela esta providencia, en el devolutivo y el superior revoca después de fallado el incidente, creemos que la solución debe ser igual a la de sentencias, es decir, que si se apela el auto que decidió el incidente, el superior podrá practicar en segunda instancia las pruebas, como excepción al principio según el cual no hay pruebas en apelación de autos.

Si bien es cierto la negativa de pruebas en apelación de autos es principio consagrado desde 1970, porque no existía en el Código Judicial, donde era posible esa práctica (artículo 505 C.J.), no es más que un principio general y como tal tiene que admitir excepciones, como la comentada, donde los derechos del interesado para cumplir con su carga de la prueba, vulnerados inicialmente por una providencia injusta de primer grado, deben considerarse más importantes que simples formalismos procedimentales, en desarrollo del artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, tendencia que, en buena hora y en muchos casos de enfrentamiento de derechos sustanciales con normas procesales, viene siendo acogida por la nueva doctrina y jurisprudencia del derecho procesal.

XXI. TRAMITE EN LA APELACION DE SENTENCIAS

En desarrollo del artículo 360, ejecutoriada el auto que admite el recurso, o transcurrido el término para practicar pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por el término de 5 días a cada una, empezando por el apelante y sin retiro del expediente.

En todos los procesos, cuando la segunda instancia se tramita ante Tribunal⁴⁶ puede solicitarse, dentro del término para alegar, o señalarse de oficio, fecha y hora para audiencia, una vez que el proyecto haya sido repartido a los demás magistrados de la Sala de decisión.

En la audiencia las partes podrán hacer uso de la palabra por una vez y hasta por 30 minutos, en el mismo orden de traslado para alegar y presentar resúmenes escritos dentro de los 3 días siguientes.

Pedida oportunamente la audiencia forzosamente debe decretarse por el Tribunal, sin importar la naturaleza del proceso, so pena de incurrir en nulidad, por omitir una oportunidad para formular alegatos, que puede invocarse a través de incidente (artículo 142 Código de Procedimiento Civil) o denunciarse en casación (artículo 368 No. 5) se revisión (artículo 380 No.8)⁴⁷.

La utilidad de esta audiencia es reconocida unánimemente por la doctrina, porque es una buena oportunidad para entregar a la Sala claramente del objeto del litigio y argumentaciones de las partes.

Si el apoderado que pidió la audiencia no concurre, en la sentencia se le impondrá multa de 2 a 5 salarios mínimos mensuales, a menos que dentro de los 3 días siguientes pruebe justa causa. Si no asiste ninguno de los apoderados, se prescinde de la audiencia.

En estos casos el término para que el magistrado registre el proyecto de sentencia comenzará a correr el día siguiente al vencimiento del término para presentar los resúmenes (si se realizó la audiencia) o aquél o en qué debía celebrarse.

XXII. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En apelación de **sentencias**, dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas que se decretan únicamente en los siguientes casos:

⁴⁶ La referencia que la norma trae sobre segunda instancia ante la Corte ya no tiene aplicación práctica. La tuvo cuando la Corte conocía en segunda instancia de los procesos de separación de cuerpos de matrimonio católico que se tramitaban ante Tribunales en primera instancia.

⁴⁷ Así lo consideró la Corte en sentencia de revisión del 22 de agosto de 1978, Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén.

1. Cuando **todas** las partes las pidan de común acuerdo.
2. Cuando decretadas en la primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió⁴⁸, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero sólo para demostrarlos o desvirtuarlos⁴⁹.
4. 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 contraria⁵⁰.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

La norma no establece que de la solicitud de pruebas de una parte deba correrse traslado a la otra. Sin embargo, como la parte contraria a la que presenta la solicitud, especialmente en los casos de los numerales 3 y 4, sólo viene a enterarse cuando se decreta la prueba, debe permitirse en ese momento, dentro de la ejecutoria del auto que decreta pruebas en segunda instancia a solicitud de una parte⁵¹, que la otra pida las necesarias para contraprobar, ya que de otra forma no tendría aplicación práctica el numeral 5 del 361, que supone petición anterior de la contraparte y se quebrantaría el derecho de defensa.

⁴⁸ "...Si para la procedencia de la práctica de una prueba en segunda instancia -dice el Tribunal de Bogotá-, se requiere que haya sido pedida y decretada oportunamente en la primera, pero que no se haya podido practicar por circunstancias no imputables al mismo solicitante, obviamente no es viable decretar en segunda instancia que no fueron solicitadas dentro de la oportunidad legal y por ende, tampoco decretadas en la primera..." Auto de 15 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Doctor **Ariel Salazar Ramírez**.

⁴⁹ Es un desarrollo de lo previsto en el inciso 4 del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Es inútil la mención que las pruebas deben solicitarse "solamente para demostrarlos o desvirtuarlos" (los hechos), porque para eso se piden todas las pruebas.

⁵⁰ La Corte, en sentencia de revisión del 25 de febrero de 1988, Magistrado Ponente: Doctor **Rafael Romero Sierra** se ocupó de estudiar el numeral 1 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, consideraciones aplicables al numeral 4 del artículo 361.

⁵¹ En este sentido el maestro **Jairo Parra Quijano**. *Derecho Procesal Civil*. Ob. Cit., página 295.

Si las pruebas solicitadas por las partes reúnen los requisitos del 361, se solicitan oportunamente y en debida forma y son legales, pertinentes, conducentes y útiles (artículo 178 Código de Procedimiento Civil), se fijará término para practicarlas, que no podrá exceder de 10 días.

Termina el artículo 361 indicando que "...**igual término se concederá en el caso del inciso segundo del artículo 183**" (debe leerse inciso tercero), según el cual cuando en primera instancia llegan pruebas documentales cuando el proceso ya está al despacho para sentencia y no se han cumplido los requisitos necesarios para su contradicción, el juez de primera instancia no las tendrá en cuenta, pero serán consideradas por el superior, quien ordenará el trámite que les falte, en ese mismo término máximo de 10 días.

XXIII. COMPETENCIA DEL SUPERIOR

Para determinar hasta dónde llega la competencia del superior, es necesario diferenciar si se trata de apelación de autos y de sentencias:

1. Apelación de sentencias.

En la apelación de sentencias el superior adquiere plena competencia para estudiar toda la actuación adelantada ante el juez de primera instancia⁵².

"... Salvo la limitación derivada de la reformatio in pejus, —dice la Corte—, por virtud de la apelación el juez adquiere idéntica competencia a la que con anterioridad tenía el sentenciador de primer grado al proferir la sentencia apelada; en otros términos, con la salvedad observada, el superior ostenta el poder de examinar completamente el proceso, pudiendo así adoptar igual o diferente conclusión frente al fallo del a-quo..".

"... La apelación —ha expuesto la Corte—, como medio ordinario de impugnación, da al juez de segundo grado la competencia que originalmente tuvo el funcionario que dictó la providencia apelada. En tal virtud tiene aquél el

⁵² El Tribunal de Bogotá ha venido sosteniendo invariablemente que en tratándose de sentencias, "El recurso es un control de legalidad de lo actuado ante el juez de primera instancia, desde su inicio hasta su culminación...", de tal manera que "...el superior puede apartarse, siempre que haya oportunidad para hacerlo, de los autos ilegales proferidos por el inferior y que tengan incidencia en la cuestión a resolver...", ya que "...los autos ilegales no atan ni vinculan al juez ni a las partes, porque no pueden ser fuente de nuevos errores, por lo que si el fallador tiene oportunidad para hacerlo debe corregirlos...". Sentencia de enero 11 de 1994, Magistrado Ponente: Doctora Inés Galvis Santofimio.

mismo conocimiento y los mismos poderes para enfrentar el estudio de los hechos y del derecho, para valorar las pruebas, de igual o de distinto modo que el de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden coincidir en parte o en todo con las del juez a-quo y, en fin, revocar la providencia, pues su posición frente a los litigantes es la misma al momento de resolver el recurso que la que tuvo el inferior al tiempo de decidir, entendido todo esto, en la medida en que lo pretenda el apelante y con la limitación de la *reformatio in pejus*...”.

“... Con las excepciones dichas la competencia adquirida por el juez ad quem no admite reservas... De donde podía volver al estudio de la relación procesal, de las condiciones de la pretensión, de los presupuestos procesales, etc. ..., para aceptar el criterio del Juez o dirimir el pleito, según su propia inteligencia del problema (Tomos CIII – CIV, página 160)⁵³”.

De acuerdo con el inciso 2o del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil “...El superior deberá complementar la sentencia del a-quo cuando pronuncie la sentencia de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si se dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria”.

2. Apelación de autos.

Según el artículo 357, en la apelación de autos el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses.

En todo caso, si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145, es decir, que debe declarar la nulidad insaneable que observe (Ejemplo: Falta de jurisdicción) y la saneable (Ejemplo: indebida notificación) debe ponerla en conocimiento de la parte afectada, por auto que se notifica en la forma prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 320. “...Si dentro de los 3 días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará”. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

⁵³ Sentencia de casación de 1 de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

XXIV. REFORMATIO IN PEJUS

1. Sistemas para conceder la apelación: Se han conocido dos sistemas para conceder la apelación: El primero es el denominado SISTEMA DE LA PERSONALIDAD DE LA APELACION o de la no reformatio in pejus, consagrado en nuestra legislación, según el cual, en segunda instancia sólo se consideran los errores denunciados por el apelante, por tener la impugnación un alcance eminentemente PERSONAL, de tal forma que quien no interpone el recurso jamás puede esperar una reforma a su favor. El segundo es el SISTEMA DE LA COMUNIDAD DE LA APELACION, según el cual el juez de segunda instancia tiene plena competencia, independientemente de quien sea el apelante, en procura de adecuar la sentencia a las leyes y a la justicia, sistema que en concepto de la doctrina más autorizada del derecho procesal "...es el que mejor se aviene con las modernas corrientes del derecho procesal..."⁵⁴.

2. Regla general sobre competencia del superior: Principio de la personalidad o de la no reformatio in pejus. Según el artículo 357, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante⁵⁵, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso⁵⁶, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Cuando ambas partes apelan o lo que no apeló adhiere al recurso, el superior resolverá sin limitaciones⁵⁷.

⁵⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Ob. Cit., Tomo I, páginas 281 y 282.

⁵⁵ Si el fallo es parcialmente adverso al apelante y equivocadamente solicita su revocatoria total, de acuerdo con doctrina del Tribunal de Bogotá, la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en lo desfavorable al recurrente. Sentencia del 12 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Doctora **María Teresa Plazas**.

⁵⁶ En sentencia de 21 de septiembre de 1992, Magistrado Ponente: Doctor **Eduardo García Sarmiento**, dijo la Corte: "...En atención al interés para recurrir y al postulado de la personalidad de la impugnación... el recurso de apelación, por expreso mandato del legislador, se entiende interpuesto en lo que irroga perjuicio al recurrente; vale expresar, la parte que de la providencia recurrida favorece al impugnador, es campo vedado para la decisión del superior, pues siendo consentida por la contra parte, sin más debe permanecer inmodificable". En el mismo sentido en sentencia de 5 de agosto de 1993, Magistrado Ponente: Doctor **Héctor Marín Naranjo**, comentando el artículo 357 dijo la Corte: "...como a primera vista es perceptible, el precepto anterior sienta una regla de alcance general: Es la desfavorabilidad de la decisión impugnada la que acota el campo de la apelación que contra la misma se interponga y, por ende, la competencia del superior, siendo, entonces, tal la base sobre la cual éste puede entrar a reformar o modificar la resolución del a-quo... Esa desfavorabilidad puede ser total o parcial; en este último caso, la facultad de enmienda o de reforma por parte del ad-quem queda circunscrita a aquella parte de la decisión constitutiva del perjuicio para el apelante..."

⁵⁷ En sentencia de 22 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente: Doctor **Carlos Esteban Jaramillo S.**, expediente 3770, dijo la Corte: "...Como todo otro medio de impugnación, el recurso de apelación debe encontrar apoyo en el interés de quien lo ejercita, razón por virtud de la cual el artículo 357 del

3. Reformatio in pejus como causal de casación. Es causal de casación, dentro de los procesos del artículo 366 y de acuerdo con el numeral 4 del 368 "contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357...", es decir, el caso de la sentencia inhibitoria, evento en el cual, si el superior la revoca "...deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante..."

La Corte, en sentencia de septiembre 22 de 1993, Magistrado Ponente: Doctor **Carlos Esteban Jaramillo** dijo: "...Para que se configure la reforma en perjuicio ni permitida por la ley, es indispensable: a) que haya un litigante vencido, excluyéndose por ende los fallos meramente formales; b) que sólo dicho litigante apele, puesto que la restricción cede cuando la parte contraria formula también recurso o adhiere al inicialmente promovido; c) que con su decisión el ad-quem haya modificado, desmejorándola, la posición procesal que para el apelante creó el proveído en cuestión; y d) que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consideración misma del pronunciamiento..."

"...No obstante lo anterior, el principio prohibitivo de 'la reformatio in pejus' no es de carácter absoluto, pues con él no se trata de evitar que se introduzcan enmiendas o correcciones a la sentencia del primer grado orientadas a subsanar yerros en que aquélla incurrió, por lo que... se admite que en determinados eventos el superior pueda modificar la parte no impugnada de una decisión "como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella reforma; o cuando de una materia que siempre requiere examen previo por el superior, se impone por éste la declaración de que la relación procesal no se ha trabado regularmente por ausencia de uno de los presupuestos procesales, esto es, por falta de demanda en forma, de competencia, de capacidad para comparecer en la litis o de capacidad para ser parte (Casación Civil de 10 de mayo de 1989)"⁵⁸

Código de Procedimiento Civil estipula que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, disposición que se traduce en una importante restricción para los jueces de segunda instancia en la revisión de lo resuelto por el a-quo, pues a raíz de la decisión de aquellos, no puede resultar desmejorada la posición del recurrente. Pero frente a esa limitación, la misma norma contempla expresas excepciones determinadas por situaciones de orden procesal como son el que ambas partes hayan apelado, cuando quien no apeló haya adherido al recurso o cuando materia de alzada lo es una sentencia inhibitoria...

⁵⁸ Sobre este mismo punto ya haba dicho la Corte en sentencia del 29 de septiembre de 1980, con ponencia del Doctor **Ricardo Uribe Holguín**, que "...El principio de la no reformatio in pejus, como es sabido, no es absoluto, en casos excepcionales puede la Corte, como juez de instancia luego de casar la sentencia, redificar la del a-quo aún en la parte en que no fue objeto del recurso de apelación, por no ser

En sentencia del 4 de julio de 1979, Magistrado Ponente; Doctor Alberto Ospina Botero, la Corte consideró que se configura la reformatio in pejus, cuando siendo dos los demandados frente a los cuales se busca responsabilidad civil contractual solidaria, en primera instancia se absuelve a uno y se condena al otro, único apelante y en segunda la condena se extiende a los dos, consideración que estimamos equivocada, porque la reforma, en vez de perjudicar al único apelante (demandado condenado), lo beneficia, al abrirle el camino para que reclame parte de la condena a su codemandado (artículo 1579 Código Civil) condenado en segunda instancia.

4. Apelación de sentencias inhibitorias. Es importante recalcar que como dice el inciso final del artículo 357, "Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante"⁵⁹,

XXV. DECISION DE LA APELACION

Lo normal es que la segunda instancia termine con providencia del superior en la que resuelve la apelación interpuesta. Por regla general, la apelación de autos se decide por auto de segunda instancia y la de sentencias mediante sentencia de segunda instancia, providencias en las que se confirma, se revoca o se reforma la providencia apelada.

Sin embargo, la segunda instancia puede terminar también por causas diferentes, como el decreto de nulidad (artículo 358 inciso 4), desistimiento del recurso o del proceso, (artículo 344), perención (artículo 347), transacción (artículo 340) pago total (artículo 537), etc.

Creemos que en la apelación de sentencias en el suspensivo el ad quem tiene plena competencia para resolver sobre la terminación del proceso por desistimiento, transacción, pago total etc., ya que así resulta de los artículos 340, 342 y 357, entre otros, decisión que se adoptará por auto de magistrado (artículo 29), recurrible en súplica, porque de haberse dictado en primera instancia sería apelable (art. 363 del C. de P. C.).

desfavorable al apelante. Uno de tales casos es el de que vaya envuelta una cuestión de orden público, como son los presupuestos procesales. Ciertamente no podría la Corte inhibirse por ineptitud de la demanda y, a la vez, dejar en firme decisiones de fondo pronunciadas en la sentencia acusada...". En el mismo sentido la sentencia de Casación de enero 21 de 1994, Magistrado Ponente: Doctor **OSPINA BOTERO, Alberto**, Expediente 4038 y sentencia de Casación Civil de noviembre 9 de 1992, Magistrado Ponente: Doctor **JARAMILLO S., Carlos Esteban**.

De acuerdo con el artículo 29 del C. de P. C. "Corresponde a la Sala de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación o la queja... contra estos autos no procede recurso alguno. El magistrado ponente dictará los autos de sustanciación y los interlocutorios que no correspondan a la Sala de decisión".

XXVI. CUMPLIMIENTO DE LA DECISION DEL SUPERIOR

Decidida la apelación y devuelto el expediente al inferior, éste dictará auto de obediencia a lo resuelto por el superior, en el cual dispondrá lo pertinente para su cumplimiento; si no lo hiciera así dictará de oficio o a petición de parte auto con tal fin.

El inciso final del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil dispone que "...Cuando se revoque una providencia apelada en el efecto devolutivo o diferido, quedará sin efecto la actuación adelantada por el inferior después de haberse concedido la apelación, en lo que dependa de aquélla, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 354. El Juez señalará expresamente la actuación que quede sin efecto...".

Consideramos que la disposición sólo es aplicable para apelaciones en el efecto devolutivo, donde se cumple la providencia, pero no en el diferido, donde su cumplimiento se suspende y, por lo tanto, no hay actuación adelantada con posterioridad que quede sin efecto. Además, la remisión al artículo 354 debe entenderse únicamente respecto de su inciso final, que es el que dispone que dictada y no apelada la sentencia de primera instancia, quedan sin efecto las decisiones posteriores del superior.

XXVII. PROVIDENCIA PENDIENTE DE APELACION

Se ha estudiado⁶⁰ cuál es la naturaleza jurídica de la providencia sometida al recurso de apelación en el efecto suspensivo.

Desde el punto de vista académico se afirma que se trata de un ACTO JURIDICO SOMETIDO A CONDICION SUSPENSIVA (Calamandrei), también que estamos en presencia de un ACTO JURIDICO SOMETIDO A CONDICION RESOLUTORIA (Kholer y

⁶⁰ BODENSIEK SARMIENTO, Jorge. *Teoría de la Apelación en el Proceso Civil Colombiano*. Editorial Temis, Bogotá 1974, páginas 81 y siguientes.

Mortara). Otros, como Chiovenda, prefieren afirmar que se trata de una MERA SITUACION JURIDICA en la que sólo podrá hablarse de verdadera sentencia cuando ya no sea impugnabile. Ugo Rocco prefiere inclinarse por afirmar que la sentencia apelada es un ACTO JURIDICO PERFECTO, ejecutable al quedar ejecutoriada y, finalmente, Eduardo J. Couture cree que la sentencia apelada es un ACTO JURIDICO MULTIPLE, teoría que en opinión de Hernando Devis Echandía no difiere sustancialmente de la de Rocco.

El aspecto práctico en la legislación colombiana se encuentra resuelto en el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, según el cual únicamente "...podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas...", de tal forma que por interesante que pueda resultar la disquisición teórica, en nuestra legislación la sentencia de primera instancia será ejecutable una vez ejecutoriada, es decir, al quedar en firme la providencia que resuelve el recurso interpuesto (artículo 331 del Código de Procedimiento Civil).

XXVIII. CONSULTA Y APELACION

Tres aspectos deben estudiarse sobre este tema:

1. Pueden tramitarse simultáneamente la consulta y la apelación.

Cuando una sentencia obligatoriamente debe ser consultada y, además, contra ella se interpone recurso de apelación "...es deber del ad quem tramitar de acuerdo con la ley y decidir en forma simultánea, no solamente el recurso de apelación interpuesto, sino también la consulta, ésto último oficiosamente y con la amplitud propia que corresponde a este grado especial de competencia funcional..."⁶¹.

Lo anterior porque si se tramita sólo la apelación y no la consulta, se incurre en nulidad insaneable, como lo ha dicho la Corte, en los siguientes términos: "...si tratándose de una sentencia que por mandato de la ley es consultable, la segunda instancia respecto de ella se cumple tan sólo con vista en el recurso de apelación propuesto por una persona diferente de aquella y sujeta por tanto a las condignas vinculaciones procesales que en tesis general son las atinentes al principio de la personalidad de la apelación, es indiscutible que toda una instancia se habrá pretermitido con menoscabo evidente de las garantías en juicio a que tiene derecho el "...beneficiario de la consulta..." (Casación Civil 8 de agosto de 1988 no publicada

⁶¹ Sentencia de 22 de abril de 1993. Magistrado Ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente 3642.

oficialmente), lo que envuelve existencia de una nulidad que, de conformidad con el inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, es radical y por lo tanto no susceptible de saneamiento, habida cuenta que en situaciones con las características descritas no es posible fraccionar la instancia...⁶²

2. Si no se tramita consulta, pero se tramita apelación de un litisconsorte necesario, no hay nulidad, porque el recurso los favorece a todos. Si hay nulidad si es voluntario y facultativo: Cuando debiéndose tramitar consulta, se tramita apelación de un litisconsorte necesario de la parte favorecida con la consulta, no se incurre en nulidad, porque en este caso la apelación se entiende interpuesta en favor de todos los litisconsortes necesarios. Si hay nulidad si la apelación es de un litisconsorte facultativo o voluntario.

Así lo consideró la Corte en sentencia del 9 de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento, en los siguientes términos: "...En la sentencia citada por la parte recurrente, la Corte ciertamente expresó el segundo grado de competencia funcional llamado consulta debe surtirse cuando, entre otras hipótesis, el fallo le ha sido adverso a la parte demandada representada en el proceso por curador ad litem...; si así no se procede, la segunda instancia tramitada con fundamento en la apelación interpuesta por una parte diferente a aquélla, en cuya sustanciación no se ordena también rituar este grado jurisdiccional, dicha omisión conduce a nulidad insaneable, ya que ello implica pretermitir la instancia y, además, a que la sentencia permanezca sin ejecutoriarse.

...Pero igualmente la Corporación, al final de sus consideraciones de orden jurídica expuso en el mismo fallo: Lo cierto es que no tratándose en la especie de esta litis de un caso de litisconsorcio necesario, sino voluntario, rige el principio de la personalidad de la apelación, esto es, que el recurso propuesto sólo beneficia a quienes lo interpusieron (Casación Civil de 16 de agosto de 1972). (G. J. CLXXX, página 202)..."

...Significa lo anterior, contrario sensu, que tratándose... de un caso de litis consorcio necesario, en el que por producir el fallo efectos erga omnes, debe vincularse forzosamente a todas las personas..., conforme con el artículo 51, la apelación interpuesta por uno solo de los litisconsortes beneficia, no sólo al recurrente, sino a todos los que conforman o integran el número plural de demandados..."

"...Entendido así el alcance del recurso interpuesto por la demandada, puede concluirse que como las consecuencias de la alzada impetrada, en caso de prosperar, favorecerían también a las personas indeterminadas, desde luego que la decisión en este asunto es única e inescindible, no puede entonces afirmarse válidamente que se afectarán los derechos de quienes fueron emplazados, al no haber dispuesto expresamente el Tribunal tramitar la consulta..."

3. Puede consultarse después de apelación declarada desierta. En sentencia del 9 de noviembre de 1992 la Corte, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento, estudió el siguiente caso: Una persona demandó herederos determinados e indeterminados de su presunto padre, para que se le declarara hija extramatrimonial. En sentencia de primera instancia se accedió a sus pretensiones. Los herederos determinados apelaron, pero por vicios de forma se declaró inadmisibles el recurso. Archivado el expediente, tres años después el apoderado de los herederos determinados solicitó que se surtiera la consulta a favor de los indeterminados, lo que se hizo. Al desatar el Tribunal la consulta revocó el fallo de primera instancia y negó las pretensiones, sentencia recurrida en casación, alegándose nulidad por revivirse proceso legalmente concluido. Para resolver consideró la Corte: "El proceso termina legalmente con la sentencia ejecutoriada. Conforme con el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil "las sentencias sujetas a consulta no quedan en firme sino luego de surtida ésta"; así lo corroboró la sentencia de 19 de mayo de 1989..., "ahora bien, si en tratándose de una sentencia de las que por imperativo legal es consultable, y la segunda instancia se surte con fundamento en el recurso de apelación propuesto por una parte diferente de aquélla en cuyo beneficio ha sido instituida la consulta, incuestionablemente se ha pretermitido la segunda instancia de la parte beneficiada con ésta, lo cual se traduce en un vicio de nulidad insaneable..., y, además en que el fallo del a-quo cuya consulta se ha omitido, aún permanece sin ejecutoriarse, puesto que a términos del inciso final del artículo 331..., las sentencias sujetas a consulta no quedarán en firme sino luego de surtida ésta" (Sentencia de julio 30 de 1985, G.J. CLXXX, página 209)...

"..En el caso presente los herederos indeterminados estuvieron representados por curador ad litem, luego la sentencia que se profirió en el proceso debía ser consultada; el juez a quo omitió este mandato, pero con posterioridad a la inadmisión del recurso de apelación interpuesto por herederos determinados envió al proceso al Tribunal a solicitud de dichos herederos, para que se surtiera la consulta, la que una vez tramitada fue fallada mediante la sentencia atacada en casación. Como la sentencia no había sido revisada en consulta no estaba ejecutoriada y, por lo mismo, al ordenarse el grado de competencia, no se revivió el proceso, como que éste no estaba concluido y debía revisarse oficiosamente, dado que la apelación fue interpuesta por personas distintas de los herederos indeterminados.

“...Aún si el a-quo hubiera ordenado la consulta en el propio fallo, lo evidente es que el grado de competencia funcional oficiosa no se había surtido. De modo que frente a la actuación desarrollada, no había concluido el proceso, pues que la sentencia de primer grado no se hallaba ejecutoriada por no haberse consultado...

“...Conclúyese de lo anterior, que no se configuró el motivo de nulidad señalado en el numeral 3o del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil...”.

CONFLICTOS FAMILIARES EN MATERIA SUCESORAL

Dra. Carlota Varhel

Profesora de la Universidad de Córdoba

CONFLICTO: Significa problema - litio, antagonismo, ambivalencia y en las familias se presentan conflictos por falta de equidad por injusticias, algunas veces por ignorancia, por no darle a cada uno lo que le corresponde por tratar de invadir los espacios de los demás, y a veces por tratar de usurpar el derecho ajeno. Nuestro derecho llega hasta donde empieza el de otros. Si nosotros queremos invadir el espacio de otros en todo el conflicto, de manera que los conflictos se den en todos los campos y con respecto a cualquier persona o grupo de personas. Pero el conflicto que más nos llega y nos aflige irrefutablemente es el que se presenta en la familia y cuando hablamos de familia no solo hablamos de la pareja y de la prole nacida de esa pareja sino que hablamos de los ascendientes de esa pareja, de los hermanos, de los sobrinos etc., porque la familia sobre todo entre nosotros es extensa, por ese apego que sentimos y amor que hay entre los parientes en nuestro pueblo, vemos como hay todavía hijos casados que a su vez tienen hijos y nietos que viven en la casa de sus abuelos y en el mismo escenario pasan tres y cuatro generaciones, hasta que alguno de la tercera o cuarta generación se le da por vender la casa antigua para que así se construya un edificio...

Pues bien, los hijos que por invadir el espacio de los demás, surge un conflicto y eso se ve mucho en Derecho Sucesoral, aunque a algunos les da vergüenza reconocer esa realidad, por causa de la extensión que habido los conflictos más grandes e intrincados de la humanidad, se han iniciado entre hermanos, hijos han dado muerte al padre, al abuelo, y así sucesivamente y por eso el Código Civil en el artículo 1025 establece causas de indignidad, porque hay personas que invaden tanto el espacio de los demás que terminan dándole muerte o atentando gravemente contra su integridad para quedarse ellos en ese lugar...