

Sustentación de la apelación

Salvamento de Voto del Magistrado

Dr. Eduardo Fierro Manrique:

Ref.: Recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 11 de noviembre de 1986, proferido por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón, dentro del proceso ordinario incoado por Luis Joaquín Serrezuela Manrique contra Francisco Suárez.

Expongo a continuación los aspectos fundamentales que me llevan a disentir del proyecto que, estimando extemporánea la sustentación de la alzada y por ello bien denegada la concesión de ésta, fué acogido mayoritariamente para decidir la queja de la referencia.

I. Enunciación del Asunto.

Al enunciar mi desacuerdo con el proyecto en cuestión, observé cómo no encontraba lógico que se citara en vía de apoyo conocida jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia para, sin aprehender su verdadero contenido, concluir contrariamente sosteniendo que la sustentación de la apelación debe hacerse dentro del término de ejecutoria de la providencia apelada.

II. La norma, su importancia y la dificultad de su aplicación.

El origen, soporte y marco obligado de la controversia es el artículo 57 de la Ley 2a. de 1984 (sobre "Reforma a la Administración de Justicia", en vigencia desde su promulgación —artículo 76—, ocurrida el 17 de febrero de 1984). Su transcripción literal parece de elemental conveniencia:

"Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.

"Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento".

La importancia de tal precepto legal es indiscutible, como que vino a racionalizar el empleo del recurso de apelación —restringiendo de cierta manera el frecuente abuso que de tal medio de impugnación, con fines meramente dilatorios, se venía presentando—, a tono con los más modernos sistemas jurídicos. Su trascendencia ha sido reconocida por la honorable Corte Suprema de Justicia, así:

"Con el propósito de armonizar con sistemas procedimentales más avanzados, el legislador colombiano de este año, mediante el artículo 57 de la Ley 2a., llenó el vacío hasta entonces observado al estatuir que quien interponga el recurso de apelación "en proceso civil, penal o laboral **deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión còrrespondiente**", antes que se venza el término para resolver la petición de apelación; y que si tal no hace el recurrente, "el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto" (subraya la Sala).

"O sea, que en un plausible avance el legislador patrio subordinó la admisibilidad del recurso de apelación al cumplimiento por el recurrente del deber de sustentarlo". (C. S. J., Auto de agosto 30/84, Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Ballén).

No obstante, como luego se verá, el término "deber", que aparece al final del fragmento jurisprudencial precedente, no parece gozar de la precisión técnica deseable.

Por lo que dice relación con la anunciada dificultad que ofrece en su aplicación la norma en referencia, debe aceptarse —por ostensible— que ciertamente contiene expresiones oscuras que hacen necesaria su interpretación. (Art. 27 del C. C.).

Así lo advirtió la honorable Corte, en memorable auto dictado el 10 de octubre de 1984, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero:

"Tal como quedó concebido el precepto transcrito, que ciertamente no irradia claridad, surge el interrogante sobre cuál es el "término legal" que tiene el recurrente para sustentar ante el juzgador a-quo el recurso de apelación propuesto y, a partir de cuándo empieza a correrle dicho término". (Esta providencia, mencionada en el auto que no comparto, servirá como referencia a las observaciones subsiguientes).

III. Relatividad de los precedentes judiciales.

Definido el tema, admitida su trascendencia jurídica y justificada la necesidad de interpretación que de la norma en comento ha de hacerse, no parece supérfluo anotar marginalmente que el suscrito Magistrado

asume su actitud crítica con el más absoluto respeto por ideas que en contrario sentido hayan sido expresadas, en el convencimiento de que el legislador previó prudentemente, a partir de la falibilidad humana, la necesidad de garantizar la autonomía del juzgador (Ley 169 de 1896, Art. 4º).

Y, además, menester es decirlo, que comparte integralmente el pensamiento de Gorphe cuando expresa:

"Copiar los precedentes constituye un trabajo servil, indigno de la justicia; pero inspirarse en ellos, sumarse a ellos incluso, es proceder con prudencia por aplicación del método analógico, utilizado en las ciencias naturales e indispensable en jurisprudencia, con caracteres específicos".

"El conocimiento de los precedentes desempeña su papel para uniformar la jurisprudencia más en la aplicación del derecho que en la comprobación del hecho. Todo magistrado tiene necesidad de estar al corriente del movimiento de la jurisprudencia, que manifiesta la vida misma del derecho. Pero en la elaboración del fallo interesa hacer que las sugerencias intervengan en el momento oportuno: su influencia prematura puede resultar peligrosa, también aquí, si conducen a trasladar a un caso concreto una solución hecha para otro. Porque la "caza de los precedentes", cuyo vicio se ha señalado ya, no tiende a otra cosa que a la imitación de los precedentes, en virtud de la ley del mínimo esfuerzo: procura una solución ya preparada, particularmente bienvenida cuando emana de una jurisdicción superior. Pero de ese modo pasa por alto la investigación del derecho, al sustituir el conjunto de investigaciones y de razonamientos que ello necesitaría por una simple aplicación inmediata y analógica: procedimiento superficial que se expone a no satisfacer sino a la lógica aparente. Muchas resoluciones defectuosas podrían encontrar en ese vicio de método su explicación". ("Las Resoluciones Judiciales", Francois Gorphe, Mundo Editores, Buenos Aires, 1982, Págs. 161 y 162).

IV. Diferencias conceptuales.

Sin perjuicio de lo anterior y por obvias razones, interesa conocer y confrontar los criterios expuestos sobre el particular por el más alto Tribunal de Justicia del país, de una parte, y por mis colegas de Sala, por otra.

Nuestra Suprema Corte, en la ocasión ya señalada, arribó a la fundamental conclusión de que para la sustentación de la apelación dispone el recurrente del término de tres (3) días, el cual debe empezar a contarse al día siguiente de transcurrido el término de ejecutoria, sin que ello obste para que pueda hacerse la sustentación de la alzada desde su

interposición oportuna. Entendiendo, además, que dicho término debe correr en secretaría (para facilitar el ejercicio del derecho de defensa del impugnante).

Estas las razones para erigir tan respetable tesis:

"8. Ahora bien, interpuesto el recurso de apelación, puede acontecer que el juez a-quo se pronuncie sobre tal impugnación en uno de estos dos sentidos: que lo conceda porque reúne las exigencias legales; o que niegue su concesión, por carecer de una de las condiciones legales necesarias, distinta de la sustentación, como la extemporaneidad, no ser susceptible la providencia de ser atacada por ese recurso, no tener interés el recurrente, etc.

"9. Así las cosas, y en el entendimiento de que **la providencia que concede el recurso de apelación es de trámite o de gobierno y la que niega su concesión es interlocutoria, se tiene que en la primera hipótesis el recurrente tendría un término legal de tres días para sustentarlo y, en la segunda, de diez días. Entre estos dos plazos, se debe optar por el primero; y esta conclusión tiene como soporte, entre otras razones, las siguientes:** a) porque lo que generalmente acontece, en tratándose del recurso de apelación, es que éste se conceda y, por consiguiente, es de entender que tal fue el criterio que inspiró al legislador en el punto; b) porque si el recurrente, en el evento de serle concedido el recurso por el a-quo y admitido por el ad-quem, tiene en la segunda instancia otra oportunidad para alegar, que es de tres o cinco días, según se trate de auto o sentencia (Arts. 359 y 360 del C. de P. C.); c) porque es indudable que con el establecimiento de la exigencia al recurrente de sustentar su recurso de apelación ante el a-quo, el propósito de la Ley 2a. en el punto, no fue, ni podía ser el de contribuir a la dilación de los procedimientos con la consagración de términos innecesariamente amplios. Lo razonable y entendible es que el recurrente goce para sustentar su recurso de apelación ante el a-quo, de un término igual o aproximado al que tiene para alegar ante el ad-quem; por el contrario, lo ilógico e inaceptable sería pensar que en el artículo 57 de la Ley 2a. de 1984 se estableció un término ampliamente superior al que le concede la ley para alegar ante el juzgador de segundo grado.

"10. **El término para sustentar el recurso comienza a contarse, según el alcance del artículo 57 de la Ley 2a., al día siguiente del vencimiento del término que, de conformidad con la ley, se tiene para recurrir en apelación.** Mas esto no quiere decir que antes de empezar a contabilizarse el término para sustentar el recurso no pueda la parte fundamentar su impugnación, porque bien puede hacerlo al interponer el recurso o durante el lapso que le concede la ley para apelar.

11. Por otra parte, **el término legal que tiene la parte apelante para sustentar su recurso no puede correr en el despacho del juez,** porque el impugnante, para fundamentar su inconformidad con la decisión atacada debe tener el expediente a su alcance, y este propósito

sólo puede cumplirlo eficazmente si el proceso se encuentra **én la secretaría del juzgador a-quo** (Art. 120 inc. final del C. de P. C.). No podría el impugnante cumplir con tan trascendental y delicada misión, sin comprometer seriamente su derecho de defensa, si el término que le concede la ley para sustentar el recurso le corriera en el despacho del fallador, porque si así fuera, su alegación indudablemente sería a tientas o fruto de la incertidumbre. Y esta última circunstancia no es la que quiere prohijar la ley, ni el rigor de la hermenéutica se puede llevar hasta tal extremo". (C. S. de J., auto de octubre 10/84, M. P. Dr. Alberto Ospina Botero. He subrayado).

A su turno mis respetados colegas entienden que la norma aludida "está indicando que la sustentación del recurso debe hacerse necesariamente antes de que el proceso pase al despacho del Juez... En ningún momento la ley le está otorgando a las partes un término especial o adicional para sustentar el recurso de apelación...".

Hasta aquí resulta claro que solo reconocen como hábil para sustentar la apelación, el término de ejecutoria de la providencia contra la cual se dirige. Pero lo realmente sorprendente es la afirmación siguiente:

"Entonces si como lo ha expresado nuestro máximo tribunal de justicia en la providencia que cita el juzgado al negar la reposición del auto que declaró desierto el recurso de apelación, "El término para sustentar el recurso comienza a contarse, según el alcance del Art. 57 de la Ley 2a. al día siguiente del vencimiento del término que, de conformidad con la ley, se tiene para recurrir en apelación", no debe quedar duda que precluido dicho término el apelante que no haya cumplido con la carga procesal de sustentar debidamente el recurso pierde el derecho a que se le conceda".

Palmario resulta, de la simple comparación de los conceptos destacados, que traer el contrario criterio de la honorable Corte —supuestamente en apoyo de postulado tan notoriamente diverso— significa no haberse logrado comprender su verdadero sentido.

V. Crítica de las dos posiciones precedentes.

a) Empezaré recordando, con Enneccerus, que "Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica, y por tanto, también para la decisión judicial". (Enneccerus, T. I, Vol. 1, Pág. 202).

Y, con Carnelutti, que "Toda interpretación supone una transmisión del pensamiento, y por consiguiente una declaración por parte del declarante (el legislador, si de la interpretación de la ley se trata), y una comprensión de ella por parte del destinatario; es decir, dos elementos cuya conjunción y enlace es siempre inseguro y falible. Ello hace que la interpretación, en cierto sentido, sea creación; pues equivale a volver a pensar lo que ya ha sido pensado y explica, en consecuencia, los fenómenos de transformación del pensamiento declarado".

“Una misma ley, según los diversos intérpretes y, sobre todo si corresponden a lugares y tiempos diferentes asume significaciones distintas... porque, a medida que el tiempo pasa, el pensamiento del intérprete está cada vez menos ligado al del legislador... No sólo la interpretación puede evolucionar, sino que no puede dejar de evolucionar”. (“Teoría General del Derecho”, Francisco Carnelutti, Trad. de Adolfo Posada. Madrid, 1941, p. 304 a 314).

b) Tan autorizados conceptos permiten ir más directamente al tema propuesto. Es así como, siendo lo dialéctico avanzar de lo simple a lo complejo, conveniente será dar precedencia en este estudio a la tesis expuesta en la providencia de que me aparto (haciendo abstracción del señalado error en que se incurre, al citar a la Corte como para tratar de hacerle decir lo por ella no expresado).

Por qué no puede ser lógicamente de recibo, a mi juicio, la hipótesis según la cual la sustentación de la apelación solamente puede hacerse dentro del término de ejecutoria de la providencia contra la cual se dirige? Porque, sencillamente, siguiendo el aforismo latino *Lex non omittit incaute, sel quia dictum no luit* —La Ley no omitió inadvertidamente, sino porque no quiso decirlo—, lo que la norma en comentario previó, sobre la ocasión para sustentar el recurso, fué: “antes de que se venza **el término para resolver la petición de apelación**”. (Se subraya).

Acaso podría asimilarse la expresión legal destacada, con esta: “antes de que venza el término de ejecutoria (o para interponer la apelación)”?

En manera alguna, pues son situaciones bien distintas: la ley se refiere al término de que dispone “el juez que haya proferido la decisión correspondiente”, para resolver (decidir) la apelación pedida (interpuesta), concediéndola o denegándola (“declarará desierto el recurso”, Art. 356, inc. 3º del C. de P. C.). Dicho término difiere según la materia (la norma comienza definiendo su ámbito de aplicación: “en proceso civil, penal o laboral”) y el sentido o contenido de la decisión.

Así, cuando la apelación se interponga en proceso civil, el término será de tres (3) ó de diez (10) días, según que se conceda (por auto de sustanciación o trámite) o se rechace (mediante auto interlocutorio), de conformidad con lo previsto en el artículo 124 del C. de P. C. y lo explicado por doctrina y jurisprudencia sobre la naturaleza de las providencias llamadas autos (Art. 302 *ibídem*).

Igual acontece en materia penal, por el necesario reenvío previsto en el artículo 82 del C. de P. P. (ante el silencio de los artículos 196 a 202 y concs. *idem*).

Ya dentro del proceso laboral la situación difiere, pues si el recurso es “interpuesto en la audiencia, el juez lo concederá o denegará inmediatamente; si por escrito, resolverá dentro de los dos días siguien-

tes", término éste que parece aplicable analógicamente cuando se trate de interposición de la apelación contra autos "por escrito dentro de los tres días siguientes, si la notificación se hiciere por estados". (Arts. 66, 65 y 145 del C. P. del T.).

Pero, en todo caso, la decisión deberá tomarla el juez una vez transcurrido —ininterrumpidamente— el término legalmente previsto para la interposición del recurso (Arts. 352, 331 y 120, inciso 3º del C. de P. C.). Luego, no debiendo decidir el juez la apelación dentro del término de ejecutoria y siendo bien distinto "resolver" sobre ella que interponerla, forzoso es concluir que la tesis glosada cae por su propio peso, ya que, por lo demás, conduciría a la inaceptable conclusión de que el legislador nada quiso decir con la expresión comentada.

Es que, por contera, se llegaría a la denominada "interpretación abrogante" que lleva a eliminar en algunos casos una ley, considerándola como no existente. Así lo expone José Castan Tobeñas, en relación con la interpretación de la ley por razón de su alcance y resultados:

"Modificativa o abrogante cuando la expresión literal de la ley da a entender algo cualitativamente diverso de lo querido por el legislador; pero la doctrina científica no suele admitir esta clase de interpretación sino en cuanto sirva para mejorar la expresión legislativa, sin cambiarla". "La interpretación abrogante significa que se puede corregir, no sólo la expresión literal de la ley, sino la ley misma dejando de aplicarla. "Cessante ratió legis, cessat lex ipsa", siempre que la ley se considere injusta por no encerrar el sentido lógico que toda ley debe tener. Pero al aplicar este método, no cabe duda que se abandona la esfera de la interpretación de la ley, y se entra en la investigación modificadora del derecho".

e) Procede, ahora, la crítica anunciada a la tesis de la honorable Corte. Qué se comparte, qué no se admite y por qué. Tal es el esquema a desarrollar en este acápite.

Sea lo primero reconocer que las consideraciones generales sobre el objeto de los recursos, los requisitos para la concesión de la alzada, la importancia de la revisión por el ad quem de "los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación", la falta de claridad de la norma en referencia y el análisis de la diferencia del carácter del auto y del término para dictarlo (según sea concedido o no el recurso), son acogidas con decidido entusiasmo, dado el inocultable vigor jurídico que las asiste.

No es posible predicar lo mismo, por razones que ya vendrán, de la aceptación sin reservas del vocablo "deberá" (referido a la sustentación de la apelación y en relación con quien la interponga —ver num. 2 de la jurisprudencia—), que emplea la norma en estudio; tampoco de la expresión que llega a identificar "término" y "oportunidad" ("dentro de la

oportunidad o término legal", num. 5 idem); menos aún de la solución —con el término de 3 días— dada a la señalada diferencia de términos para resolver (concediendo o denegando la apelación). La verdad es que sobre este último aspecto, no satisfacen las razones en las cuales la honorable Corte apoya la aludida conclusión (num. 9 ibídem). Veamos:

1º) Supone que por regla general la apelación es concedida, lo cual no pasa de ser una mera afirmación, ya que nadie osaría sostener que se trata de un hecho notorio o afirmación indefinida que no requieran prueba (Art. 117, inc. 2º del C. de P. C.). Con tal premisa, hace surgir otra suposición: "es de entender que tal fue el criterio que inspiró al legislador en el punto". De tal suerte podría inferirse que el legislador fué impróvido, en relación con todos aquellos eventos (no enmarcados en el "general acontecer") en los cuales la apelación no sea concedida (es decir, se reitera, cuando sea declarado desierto el recurso).

2º) Que el término debe ser solamente de tres (3) días, porque en segunda instancia tiene el recurrente "otra oportunidad para alegar". A lo sumo podría criticarse la norma de haber sido muy generosa al garantizar el derecho de defensa del impugnador. Pero es la misma Corte la que más adelante (num. 11 idem) destaca la sustentación como "tan trascendental y delicada misión". Por consiguiente, no se entiende cómo cuestionarse la amplitud de la norma, ni por qué inaceptar que ella sea mayor cuando de la no concesión del recurso se trate (lo cual se justificaría por la mayor dificultad que sí supondría tal situación al recurrente).

El punto ha dado lugar hasta para especulaciones como esta: "Se ha venido sosteniendo que la sustentación mencionada hace relación al contenido de la sentencia, cuando, a mi modo de ver, debe referirse a la procedibilidad del recurso. Interpretada la norma en aquel sentido, dejaría sin fundamento el traslado al apelante, dentro de la tramitación de la segunda instancia, ya que la alegación en esta oportunidad sería una repetición de las argumentaciones sustentadas (sic) ante el funcionario a-quo para que le concediera la alzada". ("El Proceso de Lanzamiento", Fabio Naranjo Ochoa, Ed. Jurídica, 1984, Págs. 106 y 107). Acótese a lo anterior, simplemente, que no puede desconocerse la significación histórica de la oportunidad para alegar en la segunda instancia (Arts. 359 y 360 del C. de P. C.), ni el sentido práctico y de garantía que debe reconocerse a la misma, pues, como se verá aún mejor, puede ser vital ocasión para ampliar y/o reforzar los argumentos de la sustentación ante el a-quo, que bien pudieron ser apenas suficientes para la concesión del recurso en razón de la eventualmente mayor o menor oportunidad que al efecto pudo haber tenido el impugnante.

3º) Cree la honorable Corte, además, que si se entiende que "el término para resolver la petición de apelación" sea de diez (10) días (para el caso de que no sea procedente su concesión), se contribuiría "a la dilación de los procedimientos con la consagración de términos innecesariamente amplios", lo cual no podía ser el propósito de la Ley

2a./84. Pero, qué hacer si (siguiendo este criterio que no se comparte) el legislador no distinguió y quiso en su sabiduría otorgar más amplitud en aquellos eventos de previsible mayor dificultad? Por qué suponer excesivo un término, siete (7) días más amplio, cuando se trata justamente de "cumplir con tan trascendental y delicada misión"?

Por otra parte, la amplitud de un término es asunto de bien relativa apreciación. Así, por ejemplo, quienes piensan que la sustentación de la apelación ha de hacerse dentro del término de ejecutoria, con la misma lógica de la honorable Corte podrían suponer que la tesis del término adicional de tres (3) días, sostenida al efecto por ella, estaría llamada a "contribuir a la dilación de los procedimientos con la consagración de términos innecesariamente amplios".

4º) El último argumento que se observa, en la jurisprudencia comentada, también parece deleznable: que "lo razonable y entendible" sea que el término para sustentar la apelación ante el a-quo corresponda "igual" o aproximadamente al previsto para alegar ante el ad-quem, pues se estima "ilógico e inaceptable" que la norma en referencia hubiese establecido "un término ampliamente superior al que le concede la ley para alegar ante el juzgador de segundo grado". Por qué plantear el asunto de esa manera, cuando el aspecto funcional de la competencia aquí poco importa frente a la naturaleza de la materia tratada? Mejor aún: no es por el grado del órgano judicial, sino con sentido finalístico como ha de entenderse y resolverse la cuestión. Porque, conforme a lo ya anotado, lo que resulta lógico es que siendo más "trascendental y delicada" la sustentación de la apelación ante el a-quo (como que de ella pende, en gran medida, la concesión del recurso) que la alegación ante el ad-quem (importante, desde luego, pero evidentemente no tan definitiva), la Ley 2a. de 1984 hubiese previsto una oportunidad más amplia para la realización del primer acto procesal señalado.

VI. Necesaria precisión semántica y jurídica.

La falta de claridad del artículo 57 de la Ley 2a. de 1984, unánimemente aceptada, derivase seguramente de la impropiedad de las palabras empleadas en la redacción de su texto. Fácil será, entonces, comprender la importancia de este aparte.

Si se revisa con cuidado la norma en estudio, se podrán encontrar locuciones como estas: "**deberá** sustentarlo por escrito..." (se subraya) y "si el recurrente no sustenta la apelación en **el término** legal, ..." (He subrayado).

Surge, así, la necesidad de precisar los siguientes conceptos: deberes procesales (Arts. 37, 71, 213 y concs. del C. de P. C.), cargas procesales (Art. 117 y concs. idem), términos (Arts. 118 a 124 ibídem) y oportunidades (Arts. 352, 118, 184, 154, 98, 143, 308 y concs. ibídem).

Nada más conveniente, para cumplir tal propósito, que acudir a nuestra más autorizada doctrina:

“Los deberes procesales tienen estas características: a) emanan de las normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso, bien sea como consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina o del derecho de contradicción del demandado o imputado, o de su trámite; d) corresponden al juez, las partes y los terceros, según el caso; e) dan lugar a sanciones y a coerción para su cumplimiento. Ejemplo: del juez, el de atender el ejercicio del derecho de acción contenido en la demanda o la denuncia o querrela penal, el de proveer oportunamente a las peticiones que se le formulen, el de citar y oír al demandado o sindicado, el de obrar con imparcialidad, honestidad y en los términos que la ley señala (véanse num. 173-176); de las partes: el de obrar con lealtad y buena fe en sus actuaciones procesales, el de prestarle colaboración al juez y no obstruir las diligencias judiciales; de los terceros concurrir a testimoniar, declarar con buena fe y veracidad, obedecer las órdenes del juez como la de presentar documentos y otras cosas muebles en su poder para su exhibición y permitir el acceso a los inmuebles”.

“Las cargas procesales tienen las características a, b, c, e, de las facultades (“a) emanan de las normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso; ... e) no se pueden exigir coercitivamente, ni su ejercicio da ocasión a sanciones;”), en razón de que corresponden, lo mismo que éstas y los derechos, al grupo de las relaciones jurídicas activas; pero tienen dos peculiaridades que las distinguen: sólo surgen para las partes y algunos terceros, nunca para el juez, y su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan (incluyendo en estos el de libertad del sindicado o imputado, en el proceso penal). Ejemplos: la de formular la demanda en debida forma y en oportunidad, para impedir la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial, la de contestar la demanda para el demandado, la de probar los hechos de los cuales pretende deducir el demandante el derecho sustancial reclamado o su excepción el demandado, la de recurrir contra las providencias desfavorables que estén equivocadas”. (“Compendio de Derecho Procesal”, Hernando Devís Echandía, Tomo I, Teoría General del Proceso, Sexta Edición, Editorial A B C, Bogotá, 1978, Págs. 8, 9 y 10).

“Cargas Procesales. Las cargas procesales pueden compararse hasta cierto punto con las obligaciones que nacen de los actos jurídicos y consisten en la necesidad de obrar para evitar un perjuicio procesal. En el derecho procesal en principio no existen obligaciones sino cargas. Fundamentar la demanda, probar, comparecer, contestar, son simplemente cargas. Esto sin perjuicio de los deberes de conducta (Art. 71).

“Desde el punto riguroso procesal las partes no están obligadas a nada en el proceso. Para que se surtan ciertas situaciones procesales, el Estado exige que las partes ejecuten determinados actos para que sus órganos obren. A las partes se les deja el ser o no activas en su propio interés, esto es, emplear a su arbitrio los medios de ataque y de defensa.

"Esto no significa, sin embargo, que las partes no se vean en muchas ocasiones constreñidas a obrar para evitar el empeoramiento de su situación procesal, la disminución o aumento de las posibilidades de una sentencia desfavorable, es decir, correr el riesgo de no obrar".

"En el proceso rige el mismo principio cuyo valor es innegable en la vida, de que la ocasión obliga. La más elemental conveniencia impide dejar pasar la oportunidad a objeto de prevenir su pérdida. A esto se debe el que la oportunidad de evitar un perjuicio procesal o de obtener una sentencia favorable, mediante un acto de la parte, imponga a ésta en su interés la carga de realizarlo, aún en el supuesto de que el acto no prometa seguramente una ventaja".

"En suma: la carga implica un imperativo del interés propio de la parte, al paso que la obligación es un vínculo impuesto por el interés ajeno, pues la norma jurídica o bien indica una conducta en interés ajeno, generalmente bajo pena de sanción, o bien una conducta que debe observarse por el interesado en su propio interés, si quiere conseguir un fin de otra manera no aprovechable". ("Curso de Derecho Procesal Civil", Hernando Morales Molina, Parte General, Séptima Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1978, Págs. 194 y 195).

"QUE SE ENTIENDE POR TERMINO Y POR OPORTUNIDAD JUDICIAL, SU PERENTORIEDAD".

"Como se deduce del artículo 118, término judicial es un plazo o lapso señalado por la ley o el juez en subsidio, para la realización de algún acto procesal, sea por las partes, los terceros interesados, los auxiliares de la justicia o los jueces y magistrados. Oportunidad procesal es el momento que la ley o el juez señalan para que se efectúe un acto procesal, como una diligencia, una audiencia o dentro de cierto término; por lo tanto, la oportunidad es el género y el término una de sus especies.

"El mismo artículo 118 dice que tanto los términos como las oportunidades señalados por la ley o el juez, "son perentorios e improrrogables, salvo disposición legal en contrario"; este principio se encuentra también en el artículo 6° del Código, conforme al cual: "las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley", por lo que "las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

"Este concepto de términos procesales se relaciona con el principio de la preclusión o eventualidad, con la importancia de las formas procesales y con la impulsión del proceso oficiosamente o por instancia de parte, ..." (Devis Echandía, ob. cit., T. III, El Proceso Civil, Vol. primero, parte general, cuarta edición, Edic. y año cit., Pág. 131).

Agrégase, por conveniente, la siguiente definición:

"Término. Límite. Plazo. (v. e. v.), aunque esta sinonimia sea incorrecta. Lugar para un acto. Tiempo señalado para un fin. Día y hora en que ha de cumplirse o hacerse algo.

"En rigor, término es el límite del plazo; pero por confusión proveniente de las mismas leyes, y una y otra vez se emplean alternativamente en lo procesal y en las obligaciones diferidas en el tiempo. En tal sentido, término es el lapso que debe transcurrir necesariamente para crear, modificar, consolidar o extinguir una relación jurídica. También se emplea muy comunmente para designar el espacio de tiempo concedido para evacuar un trámite judicial; como término legal, término probatorio, etc." ("Diccionario de Derecho Usual", Guillermo Cabanellas, Tomo IV, 9a. Edición, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1976, Pág. 201).

Con tal precisión de conceptos más sencillo será, a no dudarlo, el entendimiento de la norma en controversia en su genuino sentido.

VII. Nuestra opinión.

"Lex interpretione adjuvanda". —La interpretación ha de ayudar a la ley.—

Con tal aforismo latino como inspiración, las críticas y transcripciones precedentes como fundamento y el firme propósito de acertar en la labor jurisdiccional como objetivo, no resulta difícil plantear nuestra tesis de la siguiente sencilla manera:

En primer lugar, es evidente que la sustentación de la apelación por el recurrente no es forzosa u obligatoria, sino que constituye inequívocamente una carga procesal para el impugnante, en el sentido precisado por la doctrina.

Ahora bien: cuándo es posible realizar el acto procesal aludido, en condiciones de satisfacer dicha carga? También resulta claro que la sustentación de la apelación puede hacerse desde cuando es oportunamente *interpuesta (término de ejecutoria) hasta "antes de que se venza el término* para resolver la petición de apelación". (La palabra subrayada con sentido de plazo). Esta locución sirvió al legislador no para imponer término especial alguno, sino para señalar la oportunidad extrema para que la sustentación sea efectuada; es así como al expresar a continuación que "si el recurrente no sustenta la apelación en el **término legal**" (la palabra subrayada con sentido de vencimiento del plazo), aludió indudablemente al "término para resolver la petición de apelación" y de tal manera no hizo otra cosa que insistir en la señalada oportunidad procesal para sustentar la apelación. Corrobórase tal aserto, que dice relación con forma procesal y con principio de eventualidad, con lo previsto en el inciso final de la norma en comento; luego de in-

dicar la oportunidad de la sustentación y la secuela de no hacerse ésta oportunamente, dispuso: "Sustentado **oportunamente**, se concederá el recurso ..." (se subraya).

Por lo demás, no resulta difícil convenir que tampoco fué afortunado el legislador con las supérfluas e inconvenientes referencias al recurso de queja (de hecho, dice la norma, en terminología que aún se conserva en penal y laboral. Como lo advirtió prontamente la honorable Corte: "El recurso que procede contra el auto que niega la apelación o la casación se llama, en legislación del trabajo, de hecho, porque así lo denomina el Código de Procedimiento Laboral en sus artículos 62 y 68, pero el trámite correspondiente, que no está señalado en la mencionada obra, debe ser el indicado en el Código de Procedimiento Civil para el recurso ahora llamado en él, de queja", Sent. C. S. J., noviembre 20/71).

En verdad tal previsión, para el evento de que no fuera concedida la apelación, constituye precisamente uno de los casos en que procede dicho medio de impugnación: "Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja ante el superior, para que éste lo conceda si fuere procedente" (Art. 377, inciso 1º del C. de P. C.). Y, para ello, "El recurrente deberá pedir reposición del auto que negó el recurso, y en subsidio que se expida copia ..." (Art. 378 ibídem, en concordancia con los artículos 203 y 204 del C. de P. P., preceptos éstos de consagración bien similar).

De manera que, en tales condiciones, el verdadero sentido del artículo 57 de la Ley 2a. de 1984, en armonía con el contexto de la legislación, debe corresponder o aproximarse a la siguiente redacción:

"Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral podrá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en la oportunidad legal, el juez lo declarará desierto. Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento".

Volviendo al texto legal y, específicamente, a la oportunidad procesal para que la sustentación sea de recibo, es decir, "antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación", hay que reiterar que la norma no estableció término especial alguno sino que, sin perjuicio de que el juez resuelva dentro del término legal (Art. 124 del C. de P. C.), mientras no lo haya hecho y siempre que dicho término no haya vencido será bienvenida la sustentación.

Se preguntará el porqué de esta solución y se la criticará posiblemente por conducir a oportunidades más o menos amplias para sustentar la alzada, según que el juez decida si la concede o no el primero o el último día del término de que al efecto dispone. La respuesta es bien

simple: el legislador debió partir de una realidad, que sí configura un hecho notorio, cual es la congestión enorme de procesos en los distintos despachos judiciales (versó, como ya se anotó, sobre "Reforma a la Administración de Justicia", y en sus artículos 64 a 75 se ocupó de la creación de nuevos órganos jurisdiccionales). Esta situación hubo de llevar al legislador a la transcrita consagración, pues lo que generalmente acontece es que no sea posible resolver los distintos asuntos dentro de los términos previstos en la misma Ley. Pero, como existe la posibilidad legal y práctica de que el juez resuelva más temprano que tarde si concede o no la apelación, con lo cual la oportunidad para sustentar la apelación se vería reducida o limitada, las inquietudes que de allí surjan han de disiparse acudiendo al comentado concepto de carga procesal (pudo hacerla el recurrente al interponer la apelación, o dentro de los días restantes del término de ejecutoria; pero, si confió en poder efectuarla después de dicho término y antes de que el juez resolviera, sin alcanzar a hacerlo por sobrevenir la decisión judicial, seguramente afrontará las secuelas adversas de la omisión a que su exceso de confianza lo condujo).

También podrá argüirse que vencido el término de ejecutoria y pasado el expediente al despacho del juez no tendría cabida el memorial de sustentación, de una parte, y que el recurrente procedería "a tientas o fruto de la incertidumbre", por otra parte.

Lo primero se resuelve diciendo que la prohibición al secretario, prevista en el artículo 408 del C. de P. C., para que se abstenga de pasar al despacho escritos diferentes a los allí relacionados, sufre otra excepción, similar a la que se configura con las pruebas practicadas por comisionado que lleguen "cuando el proceso haya pasado al despacho del juez para sentencia" (Art. 183, inciso 3º ibídem).

La segunda objeción se atiende, dentro de la noción de carga procesal, diciendo que al interponer la apelación la parte recurrente, obviamente ha podido detectar los aspectos adversos o desfavorables de la providencia que impugna (para lo cual dispone de los tres días de ejecutoria), tomar las notas que estime necesarias y —si a bien lo tiene— estructurar la susodicha sustentación. Además, como ya se indicó, la utilidad de la oportunidad para alegar en la segunda instancia es ciertamente la posibilidad de ampliar o reforzar los argumentos de la sustentación de la apelación.

Con todo, debe quedar claramente definida la oportunidad extrema y oscilante —admisible, se reitera, en virtud de la significación de carga procesal— para sustentar la apelación: hasta "antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación".

Ilústrase la cuestión con dos (2) ejemplos extremos:

1º) El recurrente intenta sustentar la apelación al segundo día de haber pasado el proceso al despacho, pero inadvertiendo que el mismo

día en que lo tuvo a estudio el juez resolvió. Lógicamente, si bien lo hizo antes de que venciera el término para que el juez resolviera, éste no estaba legalmente obligado a esperar el vencimiento de dicho término para poder resolver (recuérdase que los términos y oportunidades son perentorios e improrrogables, según lo prevé el artículo 118 del C. de P. C.).

De tal guisa hay que concluir que la sustentación se efectuó extemporáneamente, cuando ya había precluido su oportunidad procesal (prácticamente por sustracción de materia), y por ende su recurso deberá ser declarado desierto.

2º) El último día del término de que dispone el a-quo para resolver, el impugnador presenta su escrito de sustentación. El funcionario, por el normal recargo de trabajo, resuelve al mes de haberle sido pasado el proceso al despacho. Cómo hacerlo? Pues, fuera de constatar la presencia de los demás requisitos para la concesión de la apelación, ningún inconveniente hallará con la oportunidad de la sustentación de la misma, ya que ésta tuvo ocurrencia antes de que venciera el término para resolver sobre su petición.

VIII. Procedencia de la apelación en el caso planteado.

Las copias remitidas por el señor Juez Unico Civil del Circuito de Garzón, del proceso ordinario —simulación— propuesto por Luis Joaquín Serrezuela Manrique contra Francisco Suárez, permiten aprehender los siguientes datos fundamentales:

— La sentencia de primera instancia fué proferida el 21 de octubre de 1986.

— El edicto para notificar dicha providencia fué fijado el 28 de octubre siguiente (constancia de secretaría, fl. 27 vto.).

— El 7 de noviembre de 1986 venció el término de ejecutoria (constancia de secretaría, fl. 29 vto.). En esta misma constancia se lee: "... y fenecido simultáneamente el término por el que disponían las partes para interponer y sustentar recursos. Dentro del término, el señor apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación por escrito (fol. 89 fte.) y sin haber sido sustentado conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley 2a. de 1984".

— Constancia de secretaría de noviembre 10/86 (fl. 32 vto), en la que se informa que en la fecha fué presentado memorial de sustentación, que se agrega al proceso que está a despacho.

— Por auto de noviembre 11/86 (fl. 33), el a-quo declara desierto el recurso.

Esa es la situación a resolver, escuetamente presentada.

Aplicando la tesis de la honorable Corte, desde luego previo entendimiento correcto de la misma, ninguna duda habría sobre que la sustentación se efectuó oportunamente (y si por error secretarial y/o judicial el asunto estaba a despacho del juez, la irregularidad hubo de ser corregida devolviendo el expediente a la secretaría para que allá acabara de correr el término de tres días). Y, presentes como están los demás requisitos para la concesión del recurso, el deber de tomar esta determinación era insoslayable.

Ahora bien: nuestro concepto, expuesto con antelación, también conduce a la misma conclusión. En efecto, la sustentación de la apelación la hizo el recurrente oportunamente, antes de que venciera el término para resolver (en cualquier sentido) la petición de apelación y cuando aún no había sido tomada decisión alguna por el a-quo (ya se observó que resolvió al día siguiente de presentada la sustentación).

IX. Conclusión.

Corolario obligado es que si el a-quo o mis compañeros de Sala hubiesen compartido realmente el criterio de la honorable Corte (el que apenas mencionan, con ánimo de aparente acogimiento), no hubiesen vacilado un instante en **conceder** la apelación oportunamente interpuesta y sustentada por la parte actora.

Ojalá que en futuros casos ya se haya estudiado suficientemente el tema, para que así pueda garantizarse cabalmente el derecho de defensa al apelante.

Si en otro sentido se han tomado decisiones, habrá de aceptarse con aquel gran pensador que "Hombre inteligente no es aquel que no comete errores, porque hombres que no cometan errores no los hay ni puede haberlos. Sino que hombre inteligente es aquel que habiendo cometido errores no muy graves, está en condiciones de corregirlos oportuna y adecuadamente". Si humano es errar, inteligente es corregir.

Queden estas sencillas observaciones como modesta contribución al debate que sobre tan interesante tema deberá adelantarse, ya que la misma honorable Corte Suprema de Justicia podrá ser incómodo que se la tenga en la difícil situación del Tribunal de La Rota: Roma locuta, causa finita.

Dejo así expresadas las razones de mi disentimiento.

Atentamente,

EDUARDO FIERRO MANRIQUE
Magistrado Sala Civil Laboral
Tribunal Superior de Neiva

Fecha: ut retro.