



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC14998-2017

Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-02403-00

(Aprobado en sesión de trece de septiembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Derrotado el proyecto presentado inicialmente, se procede a decidir la tutela impetrada por Eloisa Elvira de Hoyos Ortega frente al Juzgado Promiscuo de Chinú y la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, integrada por los magistrados Carmelo Cristo Ruíz Villadiego, Cruz Antonio Yáñez Arrieta y Marco Tulio Borja Paradas, con ocasión del asunto verbal de simulación instaurado por la aquí actora contra Fabio de Hoyos Banda y otros.

1. ANTECEDENTES

1. La tutelante reclama la protección de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, presuntamente quebrantados por las autoridades jurisdiccionales querelladas.

2. Del ambiguo escrito de tutela y de lo obrante en este asunto, se establece que la censora impulsó las diligencias criticadas para que se declarara fingido el “(...) acto (...) de traspaso en confianza de los bienes (...) denominados *El Destino, El Lamento, La Cienegueta, El Alivio y El Descanso* (...)” realizado por su padre, Francisco Javier de Hoyos Díaz, en favor de José del Carmen Hoyos Díaz, negocio elevado a escritura pública el 10 de agosto de 1982.

Señala que Fabio de Hoyos Banda, heredero de Hoyos Díaz, contestó la demanda interpuesta por ella, aceptando los hechos materia de la misma; no obstante, el despacho acusado omitió declarar el “*allanamiento*” de ese sujeto procesal y procedió a decretar pruebas.

Relata que aun cuando lo solicitó, no fue ordenado el recaudo de los folios de matrícula inmobiliaria de los predios objeto del enunciado contrato; además, si bien no concurrieron sus testigos a la audiencia establecida para recepcionar declaraciones, “(...) de manera extraña no se fijó

nueva fecha para ello, a pesar de que se (...) informó que se encontraban al frente del juzgado (...)".

En sentencia de 26 de octubre de 2016, se negaron las pretensiones de la demandante, aquí actora; dicha providencia fue apelada y el recurso se admitió el 21 de noviembre siguiente.

Posteriormente, se estableció el 4 de mayo de 2017, para surtir la audiencia de sustentación y fallo; sin embargo, como la promotora no concurrió, la alzada se declaró desierta.

Sostiene que los acusados quebrantaron sus prerrogativas, porque, el juzgado, valoró irregularmente el caudal demostrativo y, sus “(...) abogados sólo tenían información de que el (...) expediente se encontraba (...)” en el Tribunal, empero no sabían de la data determinada para la enunciada diligencia.

3. Exige, en concreto, anular la actuación descrita e imponer la concesión de sus pedimentos.

4. Mediante proveído de 13 de septiembre 2017, se dispuso remitir la presente acción al despacho de este Magistrado, tras derrotarse la ponencia del inicialmente cognosciente.

1.1. Respuesta de los accionados

- a) El Colegiado denunciado afirmó haber declarado desierta la apelación impetrada respecto de la sentencia de primer grado, por cuanto la tutelante no concurrió a sustentar ese remedio en la data señalada para el efecto. Aseguró que esa decisión se ajusta a lo dispuesto en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso y está en consonancia con el criterio reciente de esta Sala.
- b) El juzgado convocado relató los antecedentes del decurso confutado y expresó que prescindió de los testimonios decretados en favor de la querellante, por cuanto los deponentes no asistieron en la oportunidad indicada, tampoco se justificó su inasistencia y no se insistió en el recaudo de esa prueba. Añadió que para rebatir el fallo emitido en ese asunto, la promotora ha debido agotar correctamente el remedio vertical, lo cual no hizo.

2. CONSIDERACIONES

1. La accionante cuestiona, puntualmente, (i) la sentencia dictada el 26 de octubre de 2016, por el juzgado encartado; y (ii) la deserción de la apelación propuesta contra esa decisión, adoptada el 4 de mayo siguiente, por la Corporación enjuiciada.

2. En torno al segundo reparo, esta acción no sale avante, por cuanto no se halla irregularidad en el proceder reprochado.

En efecto, el Colegiado acusado, tras admitir la alzada referida, en auto de 27 de abril de 2017, fijó el 4 de mayo siguiente para la celebración de la audiencia contemplada en el canon 327 del Código General del Proceso, providencia notificada mediante estado N° 071 de 28 de abril de esta anualidad, “(...) *visible en la secretaría del Tribunal Superior (...)*” -según lo informó el juez involucrado (fl. 74, Vto.)-.

Llegada la data para la enunciada diligencia, se decretó la deserción del remedio vertical porque “(...) *las partes no asistieron a la audiencia para llevar a cabo [su] sustentación (...)*”.

Esa gestión no se contrapone al ordenamiento jurídico, pues además de comunicársele a los interesados las decisiones adoptadas en los términos establecidos por el legislador, la negativa a tramitar la alzada se funda en los principios rectores de la actual Codificación Procesal Civil.

Lo esgrimido porque como lo ha aseverado esta Corte en recientes oportunidades, quien apela una sentencia no sólo debe aducir en forma breve sus reparos concretos respecto de ese pronunciamiento, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales.

Sobre lo esgrimido, esta Colegiatura en pretéritas ocasiones y de manera unánime, ha indicado:

“(...) [Aunque] el apoderado apeló la sentencia estimatoria dictada en audiencia de 3 de marzo de 2016 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla y le fue concedido el recurso en el efecto suspensivo, no compareció a la diligencia programa por el superior para la sustentación el 30 de agosto de 2016 y ante ello se declaró desierto con base en las siguientes disposiciones del Código General del Proceso:

“El inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 establece: «al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustanciación que hará ante el superior» (subraya la Corte) (...”).

“El inciso 4º de dicha preceptiva, prevé que: «Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. **El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado**» (negrillas y subrayas fuera del texto) (...”).

“Al respecto esta Sala ha sostenido que «el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior» CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00, entre otras). Subraya la Sala. (...)"¹.

En otro asunto equiparable, esta Corporación negó la salvaguarda peticionada, motivando:

¹ CSJ. STC6055 de 4 de mayo de 2017, exp. 08001-22-13-000-2017-00100-01.

“(...) [D]el auto del colegiado no emerge irregularidad con entidad suficiente como para permitir la intromisión de esta particular justicia. Adviértase, el juzgador expresó:

“Teniendo en cuenta que el actor popular (...) no se ha hecho presente a esta audiencia, como lo anunció en escrito que obra a folio 12 del cuaderno de segunda instancia, aduciendo amenazas de muerte en su contra, sin que allegara prueba alguna de tales declaraciones, entonces esta Magistratura declara desierto el recurso en los términos del artículo 322 del Código General del Proceso que le impone la carga de sustentarlo en esta audiencia”.

“La inconformidad del interesado con el pronunciamiento resenado por ser adverso a sus intereses no le abre paso a esta particular justicia, por cuanto se halla reservada para eventos de patente desafuero judicial, lo cual no se configura en el pleito examinado, pues, la providencia fue el producto del estudio realizado al acervo demostrativo aportado, a la luz de las reglas jurídicas pertinentes (...)”².

3. En relación con el momento para interponer el remedio vertical, esta Corte, a la luz de lo reglado en el canon 322 *ídem*, ha explicitado que, si la providencia es proferida en audiencia, la alzada debe impetrarse en la misma diligencia. Por el contrario, si el pronunciamiento se emitió fuera de esa oportunidad, se cuenta con tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión para la formulación de tal impugnación.

En lo atinente a la sustentación, el legislador previó, específicamente, respecto de las sentencias, que la fundamentación de la apelación debía darse ante el *ad quem* a partir de los reparos concretos aducidos ante el *a quo*.

² CSJ. STC7554 de 31 de mayo de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-01262-00.

En cuanto a lo discurrido, esta Corporación esgrimió:

“[D]ándole un sentido integral al artículo 322 del Código General del Proceso], se tiene que de acuerdo a su numeral 1º, cuando la providencia se emite en el curso de una audiencia o diligencia, la apelación «deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada», a lo que seguidamente indica que de todos los recursos presentados, al final de la audiencia el juez «resolverá sobre la procedencia (...) así no hayan sido sustentados».

“Significa lo anterior que una es la ocasión para interponer el recurso que indudablemente es «inmediatamente después de pronunciada», lo cual da lugar a que se verifique el requisito tempestivo, y otro es el momento del desarrollo argumentativo del reproche, que tratándose de sentencias presenta una estructura compleja, según la cual la sustentación debe presentarse frente al a quo y luego ser desarrollada «ante el superior», conforme lo contemplan los incisos 2º y 3º del numeral 3 del citado canon 322 (...).”

“En tal sentido, el segundo de los apartados de la preceptiva en cita establece: «al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustanciación que hará ante el superior» (...).”

“Conforme a la disposición bajo estudio, para la presentación de esos concretos y determinados reparos que deben realizarse para habilitar la apelación de una sentencia dictada en audiencia, se establecen dos oportunidades: (i) al momento de interponer el recurso, que como se sabe debe realizarse de manera inmediata a su pronunciamiento y (ii) dentro de los tres (3) días siguientes a la finalización de dicha audiencia (...).”

“Este entendimiento lo expresó la Sala al señalar que:

“4.5.2.- Respecto al momento en que el memorialista debe precisar de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”, la ley hace la misma diferenciación dependiendo de si tal resolución se dictó en forma oral o escrita.

“Así, determina que si la providencia “se profirió en audiencia”, el interesado podrá cumplir la referida carga i) bien “al momento

de interponer el recurso” o ii) “dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización”. Empero, de haberse emitido “por fuera de audiencia”, deberá hacerlo “dentro de los tres (3) días siguientes a [...] la notificación”. (CSJ, STC10557-2016, 3 ago. 2016, rad. 2016-00608-01) (...).

“Como resultado de la interpretación dada a la norma en cita, de su secuencia lógica surge lo preceptuado en el inciso final del numeral 3º, al señalar que «Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral», y para afianzar indica que «El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado» (...).”

“(...) Ciertamente, esta Corporación, mediante reciente pronunciamiento aclaró: (...) ante la evidente contradicción que al respecto ofrecen las citadas providencias, la Sala entra a estudiar nuevamente el tema y, atendiendo el contenido de la norma adjetiva en comento, precisa que:

“(...)”.

“c) Frente al momento en que el recurrente debe “precisar de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”, la norma establece que:

“- Si la sentencia se “profiere en audiencia”, podrá cumplir dicha carga, (i) “al momento de interponer el recurso” o, (ii) “dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización”.

“- Si se emite “por fuera de audiencia”, le corresponderá efectuar el señalado acto procesal i) “dentro de los tres (3) días siguientes a [...] la notificación”

“d) Se declarará desierto el medio vertical “cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada” (CSJ, STC15304-2016, 26 oct. 2016, rad. 00174-01, reiterada en STC16932-2016, 23 nov 2016, rad. 00305) (...)³.

De lo consignado en el canon 322 *ídem*, se desprenden diferencias en torno a la apelación de autos y

³ CSJ. STC de 9 de febrero de 2017, exp. 68001-22-13-000-2016-00808-01; ver en el mismo sentido el fallo de 13 de marzo de 2017, exp. 76001-22-03-000-2017-00041-01

sentencias, aspecto sobre el cual esta Corporación reciente y unánimemente, expuso:

“(...) a) Para los primeros, el legislador previó dos momentos, uno relativo a la interposición del recurso, el cual ocurre en audiencia si la providencia se dictó en ella o, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión controvertida si se profirió fuera de aquélla; y, dos, la sustentación, siendo viable ésta en igual lapso al referido si el proveído no se emitió en audiencia o al momento de incoarse en la respectiva diligencia, todo lo cual se surte ante el juez de primera instancia (...)”.

“b) En cuanto a las segundas, el remedio vertical comprende tres etapas, esto es, (i) su interposición y (ii) la formulación de reparos concretos, éstas ante el *a quo*, y (iii) la sustentación que corresponde a la exposición de las tesis o argumentos encaminados a quebrar la decisión, conforme a los reparos que en su oportunidad se formularon contra la providencia cuestionada. Dichos actos se surten dependiendo, igualmente, de si el fallo se emite en audiencia o fuera de ella, tal como arriba se expuso (...)”⁴.

4. Se infiere, entonces, que tratándose de autos esta Sala ha identificado como fases del recurso de apelación, en primera instancia: interposición del recurso, sustentación, traslados de rigor y concesión; y, en segunda: la inadmisión o admisión y decisión. Para las sentencias, en primera instancia: interposición, formulación de los reparos concretos y concesión; y, en segunda: admisión o inadmisión con su ejecutoria, fijación de audiencia con la eventual fase probatoria, sustentación oral y sentencia.

Por tanto, le corresponde al recurrente no sólo aducir sus quejas puntuales ante el *a quo*, sino acudir a la audiencia fijada por el superior para el efecto y

⁴ CSJ, STC6481 de 11 de mayo de 2017, exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01

fundamentar allí el remedio vertical, tal y como lo prevé el reseñado canon 322 *ídem*.

5. En cuanto a ese último aspecto, esta Corte estima pertinente señalar que el vigente Estatuto Procedimental Civil, en su Título Preliminar, establece sin ambigüedad la forma como deben surtirse las actuaciones judiciales, esto es, de manera “*...oral, pública y en audiencias (...)*”⁵, principio neural del sistema procesal orientador en toda la Ley 1564 de 2012.

Esa circunstancia conlleva un cambio en la estructura de los recursos seguidos tradicionalmente por escrito y les impone a los usuarios de la administración de justicia modificar su comportamiento, pues ahora, entre otras cuestiones, están compelidos a presentarse personalmente frente al juez para exponerle sus argumentos.

Lo anterior, sin duda, pugna por el respeto y garantía de principios trascendentales como los de oralidad, concentración, celeridad, transparencia, contradicción e inmediación desarrollados en los cánones 4º y siguientes de la dicha obra. Igualmente, las reglas 106 y 107 *ídem*, contemplan la metodología a seguir para el desarrollo de los litigios, dirigida, concretamente, a lograr que aquéllos además de tener una duración razonable (art. 121 del

⁵ “*...Artículo 3º. PROCESO ORAL Y POR AUDIENCIAS. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva (...)*”.

C.G.P.), comprendan solamente una audiencia inicial y, si es el caso, una de instrucción y juzgamiento.

La contundencia de la oralidad y del derecho a ser oídos para los justiciables, partes y terceros, es tal que el numeral 1º del artículo 107 consagra la nulidad de la actuación de presentarse “*(...) la ausencia del juez o de los magistrados (...)*” en la respectiva diligencia. A su turno, el inciso 5º de la misma preceptiva impone la convocatoria “*(...) a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar (...)*” cuando se presenta el cambio del juez que debe dictar el fallo y, aunado a ello, el numeral 6º *ídem* prescribe: “*(...) Prohibiciones. Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos (...)*”; en concordancia con el numeral 7º del art. 133, donde se prevé la invalidez del recurso si “*(...) la sentencia se profiere[...] por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación (...)*”.

Aceptar entonces que los reparos concretos aducidos ante el *a quo* al formularse la alzada contra una sentencia son suficientes y que puede soslayarse la sustentación oral frente al superior, impuesta en el canon 322 del Código General del Proceso, contradice los postulados en mención y, de contera, el principio democrático representativo, según el cual es el Congreso de la República, revestido de una amplia potestad legislativa, el competente para regular los recursos judiciales (art. 150, C.P.).

La facultad asignada a ese órgano no es absoluta, dado que siempre debe ajustarse a los fines de la administración de justicia, a los principios de proporcionalidad y racionalidad y, por supuesto, a los derechos supralegales de los justiciables.

Sobre lo enunciado, la Corte Constitucional en sentencia C- 124 de 1º de marzo de 2011, sostuvo:

“(...) [E]l legislador no está facultado para prever, bajo el simple capricho o la arbitrariedad, las ritualidades procesales, (...) pues no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por (...) hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedural, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso (...)”.

En torno al cambio del procedimiento escritural por el verbal en materia civil, el Alto Tribunal Constitucional al pronunciarse respecto de las distintas medidas insertas en la Ley 1395 de 2010, expresó sus razones para tener por apegado a la Carta Política ese proceder.

Así, indicó que el objetivo de dicha reglamentación

“(...) es evidente: obtener la descongestión de los despachos judiciales a partir de reformas al procedimiento que privilegien la celeridad y la consecución de decisiones sin dilaciones justificadas, de acuerdo con el mandato constitucional, sirviéndose para ello de un modelo procesal regido por la oralidad, de una nueva concepción del procedimiento civil,

fundada en la preeminencia de las audiencias orales, en contraposición con el peso específico del proceso escrito (...). El legislador, en ese orden de ideas, hace uso de la amplia facultad de configuración legislativa, a fin de establecer a la oralidad como un instrumento de superación de la inveterada congestión de la jurisdicción civil en Colombia. Esta solución legislativa, que está dirigida a garantizar un proceso eficiente y, a su vez, respetuoso de los derechos fundamentales de las partes, en especial el debido proceso, se muestra prima facie compatible con la Constitución. A su vez, la preferencia que [se] hace (...) por la oralidad en el proceso civil significa una reconceptualización de la función de administración de justicia. Por años, el procedimiento civil ha sido arquetípicamente escrito, incluso respecto de procesos que formalmente han sido denominados por décadas como 'verbales'. En tal sentido, la reforma legal en comento busca lograr que la audiencia sea el escenario preferente de desarrollo del proceso (...)".

"En términos de autores como Chiovenda, 'la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente'. La instauración de la oralidad, en ese orden de ideas, también es un escenario de satisfacción de derechos constitucionales. Ello en el entendido que la audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad (...)"⁶ (subraya fuera de texto).

A la luz de lo discurrido, la oralidad se erige como postulado rector de la actual Codificación Procesal Civil y demanda ser respetada con ímpetu dentro de los juicios de esa especialidad, pues a través de ella se logrará la realización de prerrogativas como la contradicción y defensa. Además, se busca garantizarle a los administrados la facultad de ser oídos por los funcionarios judiciales, cuestión que, al final, les impone a todos los sujetos

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 124 de 1º de marzo de 2011

procesales intervenir con transparencia, fundamento de la democracia participativa.

6. Ahora, aunque algunos podrían aducir la configuración de un procesalismo a ultranza al exigirse la sustentación de la apelación de una sentencia ante el *ad quem*, porque, en criterio de aquéllos, esa autoridad elabora previamente su fallo de fondo, atendiendo, exclusivamente, a los “*reparos concretos*” ventilados frente al *a quo* y pretiriendo la posterior argumentación, lo cierto es que tales aseveraciones no tienen la entidad suficiente para derruir principios prevalentes como la publicidad, transparencia y el derecho a ser oído.

Lo esgrimido, toda vez que el legislador concibió la etapa memorada no sólo para que las partes actuaran públicamente y con transparencia, exponiendo sus apreciaciones, sino para evitar juicios secretos provenientes de los funcionarios jurisdiccionales.

Así, la nueva Codificación Procesal Civil pugna por lograr que los falladores definan los casos bajo su conocimiento en las diligencias establecidas, tras escuchar las aserciones de los extremos de la *litis*.

El hecho de actuar de manera contraria no le resta eficacia a la normatividad y tampoco vuelve adecuado un comportamiento prejuicioso. Recuérdese que compete a las autoridades jurisdiccionales, en primer lugar, la aplicación

de las leyes y, en mérito de ésta, la resolución de los asuntos en las audiencias consagradas para el efecto y no antes.

La oralidad no es un fin, sino un medio para conquistar la transparencia en el ejercicio de la actividad procesal en la solución de casos como desarrollo de la tutela judicial efectiva. No es el culto a la forma, mucho menos, como erróneamente se confunde con leer textos elaborados previamente; no es cuestión de lecto - escritura, porque en estas hipótesis subyace las más de las veces una equivocada concepción que traslada la magna y auténtica misión de juzgamiento en cabeza del juez a los auxiliares. Es tornar público y cristalino el juicio y la función de la judicatura, y por supuesto, la de los representantes de las partes, por cuanto los intervenientes exponen sus argumentos para que sean conocidos, para que haya contradicción y una defensa válida, todo en presencia de la jurisdicción. Procura que el fallo no sea secreto, ni las decisiones se tomen al margen de lo comprobado y vertido en la deliberación racional e instrucción probatoria pública. Es materializar el debido proceso previsto en el art. 29 de la Carta.

Una providencia en esta nueva cultura del Estado constitucional no debe anclarse en lo oculto, en construcciones gramaticales escritas frías, que inclusive atentan contra el medio ambiente, que apartan la interpretación del lenguaje humano y corporeidad, presente

en los sentidos y en el proceder de los extremos del litigio. Un sistema oral no puede prescindir del todo de la escrituralidad, es cierto, pero no puede ser un debate de notas o copias donde el juzgador se aleja de la parte, de su rostro y de su sentimiento expresado en la conducta.

La oralidad tiene su manifestación en la inmediación, en la publicidad del pleito y en la concentración uniéndolas íntimamente al compeler al fallador para dirigir directamente la instrucción probatoria, los alegatos y la decisión; cosa que no acontece propiamente con la escrituralidad que en nuestro sistema, distancia al ciudadano del administrador de justicia y torna frío al proceso. Lo escrito es riesgo para la desigualdad y dispersión del pleito, pero esencialmente para la posibilidad de que los sujetos de derecho no sean escuchados, oídos y vencidos en juicio ante la presencia de los jueces singulares o colegiados, cuando la instancia o la alzada se surte en presencia de éstos.

Un procedimiento oral y público, además, potencia la democracia participativa y la posibilidad de que la actividad de los jueces sea objeto de escrutinio ante la comunidad jurídica y la opinión pública por el ejercicio de sus funciones, porque de esa manera puede de primera mano conocer su desempeño, el modelo de juez, los esquemas de administración de justicia y auscultar a quienes fallan los asuntos de la ciudadanía en el reconocimiento de prerrogativas. Por supuesto, compete a esa opinión y a esos

visores sociales respetar la autonomía e independencia judicial con enorme celo, sin interferir en tan sagrada labor.

Esa posibilidad de forjar simultáneamente democracia participativa y deliberativa, es propósito, que únicamente se consolida procurando la concentración de actuaciones para realizar el mayor número de actos en el menor tiempo, agotándolos en una audiencia, en lo posible. Además, ello, da identidad al juzgador que instruye, oye el alegato y resuelve; admite que evacúe los interrogatorios, revise los documentos que se le presentan y analice los testigos y su reacción física y psíquica a los cuestionarios formulados por los intervenientes o por el propio juez; observe directamente las cosas u objetos materia del litigio; permite que reflexione, oiga y defina con fundamento en lo probado y alegado, en inmediatez física y con la activa participación de los sujetos legitimados procesal y sustancialmente. Se trata entonces de la adecuación de la democracia y socialización del proceso civil.

El citado principio también busca el desarrollo de un trámite público, dentro de un tiempo razonable, sin dilaciones injustificadas o inexplicables como ejecución del debido proceso.

7. Finalmente, se insiste, desde la propia arquitectura del Código General del Proceso, la fundamentación o sustentación de la apelación contra sentencias es durante la segunda instancia en audiencia; y no de otro modo, en desarrollo de la oralidad y de la

publicidad, cual de forma puntual lo imponen las premisas insertas en el numeral 5º, art. 327 del aludido Código, al decir: “(...) ejecutoriado el auto que admite la *apelación*, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo (...)”, reivindicación consignada en el epílogo del 330 *ibid* de la misma manera en: “(...) audiencia de sustentación y fallo (...)”, lo anterior, como efecto directo del art. 3º del *ibidem*, cuando consagra: “Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva (...)” (subraya fuera de texto).

Por esas razones el numeral 6º, art. 107 *ejúsdem* determina: “(...) Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos (...)”, de tal modo que corresponde al juez oír e instruir y conducir personalmente el decurso, al punto de que “(...) [c]uando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales (...)”, siguiendo el inciso 5º, numeral 1º, art. 107 *ibidem*. De no procederse así, esto es, sustentando en audiencia ante el juez que debe resolver la causa, indefectiblemente se engendra nulidad, en los términos del numeral 7º, art. 133 del mismo ordenamiento: “(...) Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación (...)”. En fin, no es presentar un escrito de

sustentación ante un juez diferente al que debe resolver la alzada, sino de exponer los fundamentos del disenso por el recurrente, y consecuentemente, de escuchar y oír los alegatos y la argumentación por el juez a quien directamente corresponde fallar la cuestión, en desarrollo de la inmediación, según se infiere cristalinamente de la nueva axiología procesal.

Lo dicho, obviamente, en relación con las sentencias.

8. Como es deber de las autoridades públicas realizar no sólo un control legal y constitucional, sino de carácter convencional, es procedente destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José -Costa Rica- y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en su artículo 8.1 resalta la independencia e imparcialidad de la función judicial al exponer:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).”

La Corte Interamericana aludiendo a dicho precepto, expresó

“(...) que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes

sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura (...)”⁷.

Contrastado el marco normativo, doctrinal, constitucional y convencional con la situación denunciada, no se infiere la existencia de actuaciones o decisiones inconvencionales o inconstitucionales.

La sola divergencia conceptual no puede ser veneno para demandar este amparo porque la tutela no es instrumento para definir cuál planteamiento hermenéutico en las hipótesis de subsunción legal es el válido, ni cuál de las inferencias valorativas de los elementos fácticos es la más acertada o la más correcta para dar lugar a la intervención del juez constitucional. El resguardo previsto en la regla 86 es residual y subsidiario.

9. Efectuadas las anteriores elucubraciones, se concluye, igualmente, el fracaso del primer motivo de disenso planteado por la quejosa, dada la inobservancia del requisito de subsidiariedad.

Lo esbozado porque la promotora no agotó en debida forma la apelación a su alcance para controvertir la valoración probatoria efectuada en el fallo de primer grado,

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Párrafo 73.

pues su incomparecencia a la audiencia de sustentación señalada por el *ad quem*, generó la deserción de dicho remedio.

En relación con lo discurrido, esta Corte ha adoctrinado:

“(...) De modo que, si incurrió en pigricia y desperdicio las diferentes oportunidades procesales, es inadmisible la pretensión de recurrir tal actuación por esta vía extraordinaria o de tratar de recuperar mediante ese instrumento tal posibilidad, puesto que no ha sido diseñado para rescatar términos derrochados, - pues los mismos son perentorios e improrrogables, (...) ni para establecer una paralela forma de control de las actuaciones judiciales, circunstancia que, acorde con reiterada jurisprudencia, impide la intervención del Juez constitucional en tanto no está dentro de la órbita de su competencia suplir la incuria, los desaciertos o descuidos de las partes en el ejercicio de sus facultades, cargas, o deberes procesales, pues esa no es la finalidad para la cual se instituyó la tutela (...)”⁸.

10. Por tanto, la protección demandada será desestimada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁸ CSJ. STC de 6 de julio de 2010, exp. -2010-00241-01; ratificada el 2 de marzo de 2011, exp. 2010-000380-01.

RESUELVE:

PRIMERO: **NIEGA** la tutela solicitada por Eloisa Elvira de Hoyos Ortega frente al Juzgado Promiscuo de Chinú y la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, integrada por los magistrados Carmelo Cristo Ruiz Villadiego, Cruz Antonio Yáñez Arrieta y Marco Tulio Borja Paradas, con ocasión del asunto verbal de simulación instaurado por la aquí actora contra Fabio de Hoyos Banda y otros.

SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados.

TERCERO: Si este fallo no fuere impugnado remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con salvamento de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto hacia los magistrados que suscribieron la providencia, me permito expresar los motivos de mi discrepancia con la decisión adoptada.

1. Se resolvió denegar la protección constitucional esencialmente por dos razones. La primera de ellas, referida a la ausencia de un proceder arbitrario por parte del juzgador colegiado al declarar desierta la apelación formulada por la parte demandada, y la segunda fundada en la subsidiariedad del amparo, en relación al fallo de primera instancia.

Se argumentó que la Corporación ha sido unánime al señalar que quien impugna una sentencia no sólo debe precisar los reparos concretos que le hace, sino que debe *«...acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio...»*. Como base de esa postura, fueron transcritos apartes de varios pronunciamientos que, en sede de tutela, ha dictado esta Sala.

Se afirmó, también, que el actual sistema de oralidad, garantiza a los *«...justiciables, partes y terceros...»* el derecho a ser oídos y el acceso efectivo a la administración de justicia, porque a través de ella *«...se logrará la realización de prerrogativas como la contradicción y defensa...»* y que la contundencia de éstos es tal que el numeral 1º del artículo 107 del Código General del Proceso, consagra *«la nulidad de la actuación ante "...la ausencia del juez o de los magistrados (...) en la respectiva diligencias.»* e impone la convocatoria *“a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar (...)”* cuando se presenta el cambio de juez que debe dictar la

sentencia, en concordancia con lo anterior, «*el numeral 7º del art. 133, donde se prevé la invalidez del decurso si “(...) la sentencia se profiere por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación».*

Finalmente, en relación al fallo de primera instancia, se indicó que la accionante no agotó en debida forma dicho mecanismo, «*pues permitió la deserción en razón a su ausencia a la audiencia de sustentación y fallo».*

2. Al respecto, si bien la Sala ha proferido de manera unánime fallos de tutela donde se ha concluido que la decisión de declarar desierto el recurso de apelación contra la sentencia, por falta de sustentación, no es arbitraria ni irrazonable y que por tanto, no vulnera derechos fundamentales, es lo cierto que en ninguna de ellas la situación fáctica corresponde a la que el asunto objeto de estudio, plantea.

En cada una de las sentencias a que se hace alusión en la decisión de la que se aparta el Despacho, los recurrentes no sustentaron de ninguna forma la impugnación y, en esa medida era legítimo declarar su deserción sin que ello implicara vulneración de garantías superiores, pues así lo establece la última parte del inciso 2º del artículo 322 del Código General del proceso, que indica: «*El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.*»

El caso analizado en el fallo emitido el 11 de agosto de 2016 en la radicación No. 2017-02143-00 (CSJ STC11058-

2016), dista diametralmente del que aquí se estudia, porque en aquella providencia quedó claro que el extremo tutelante interpuso recurso de apelación contra la sentencia «...y, en el mismo memorial, manifestó que lo sustentaría ante el superior...», sin exponer los reparos concretos ni sustentar su disenso, luego, la declaratoria de deserción que la impugnante pretendía controvertir por vía de tutela, estaba ajustada a la legalidad.

En la tutela No. 2017-00100-01 (CSJ STC6055-2017), el quejoso criticaba la sentencia emitida en el proceso que en su contra adelantó el Banco Davivienda S.A. para la terminación del contrato de leasing habitacional y la restitución del inmueble respectivo. La petición de amparo fue negada porque el actor desaprovechó el medio defensivo con que contaba para controvertir la decisión de mérito dictada por el juez natural, ya que el recurso interpuesto, fue declarado desierto por el *Ad quem*, por falta de sustentación.

En la acción de No. 2017-01262-00 (CSJ STC-2017), por su parte, se puso a consideración de la Sala la transgresión de prerrogativas constitucionales del peticionario, porque el Tribunal declaró desierta la apelación formulada contra el fallo que se emitió en una acción popular; sin embargo, se evidenció que la impugnación no fue sustentada y en tal virtud, no podía tildarse de caprichoso ni arbitrario el proveído cuestionado, como para habilitar la intervención del juez constitucional.

En el asunto radicado bajo el No. 2016-00608-01 (CSJ STC10557-2016), la Sala protegió los derechos de una persona a quien no le fue oportunamente anexado el memorial a través

del cual expuso los reparos contra la sentencia, en los términos del inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, circunstancia que determinó que el juzgador de la segunda instancia declarara injustamente la deserción de la censura.

Se concedió el amparo en la actuación constitucional No. 2016-00174-01 (CSJ STC15304-2016), porque pese a que el promotor presentó un escrito donde señaló los motivos de inconformidad frente a la sentencia apelada, dos días después de su emisión, el fallador rechazó de plano el recurso, basado en que *“debió ser sustentado en audiencia, como lo dispone el Art. 322 del C. G. del P.”*

En la radicación No. 2016-00808-01 (CSJ STC1453-2016), se debatió el caso de una persona que pedía protección constitucional porque consideraba violatorio de sus garantías el auto por medio del cual le fue declarado desierto el recurso de apelación, petición que fue denegada porque la decisión cuestionada encontraba fundamento en que el reclamante se limitó a interponer el medio defensivo, sin explicitar los reparos concretos contra el fallo ni, por supuesto, sustentar su inconformidad.

Situación similar planteaba la tutela con radicación No. 2017-00056-01 (CSJ STC6481-2017), donde la accionante no interpuso el recurso de apelación en la audiencia donde fue dictada la sentencia y pretendía que se le tuviese en cuenta el escrito que para tal efecto presentó dentro de la oportunidad prevista para la exposición de los reparos concretos; allí la Corte

negó el amparo, dado que no podía tildarse de violatoria de derechos fundamentales, la decisión del A quo consistente en desestimar la censura por extemporánea.

En la queja No. 2017-00047-01 (CSJ STC3473-2017), la Corporación amparó las prerrogativas del actor constitucional, porque el juzgador cuestionado declaró desierto el recurso que interpuso contra la sentencia, por no haber precisado los motivos de su disenso en la audiencia, ni sustentado el ataque dentro de los tres días siguientes, cuando la realidad procesal daba cuenta de lo contrario, es decir, que el impugnante, había señalado tanto al cabo de la diligencia como en escrito separado posterior, las razones de su desacuerdo y ello era suficiente para la concesión de su censura.

He sido del criterio que la inasistencia del apelante a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia, *per se*, no habilita la declaratoria de deserción del recurso, porque si el apelante fundamentó su disconformidad ante el *a-quo*, bien al término de la diligencia donde se dictó la sentencia o dentro de los tres días siguientes a ese acto procesal (inciso 2º, artículo 322 del Código General del Proceso), es viable resolver su censura, tal como lo hizo el Tribunal Superior accionado, en atención, precisamente, a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y a la necesidad de garantizar a los sujetos procesales, partes e intervenientes en un litigio, derechos de raigambre superior como el acceso efectivo a la administración de justicia, defensa, contradicción y doble instancia.

Es en virtud de esa postura, se ha expresado el desacuerdo en asuntos donde la impugnación fue sustentada por el recurrente y no obstante, se ha declarado desierta por no haber ocurrido ello ante el superior en la audiencia de que trata el artículo 327 *ejúsdem*, pues tal sanción procesal solo está prevista para los casos donde el disidente no fundamentó su censura, cosa que no equivale a ausentarse de una diligencia. (Salvamentos de voto a CSJ STC7342-2017, CSJ STC8909-2017 y STC-10405-2017 y Aclaración de voto a CSJ STC8947-2017)

Luego, no es posible afirmar que esta Sala ha sido unánime al considerar que «*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión – la sentencia -, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio...*», porque, como se vio, ello no corresponde a la verdad.

3. Aunque el Código General del Proceso introdujo varios cambios en el régimen de los medios de impugnación, a ninguna de sus previsiones puede atribuirse el efecto que la decisión dio a la falta de comparecencia a la audiencia, y si bien no se desconoce que en virtud de la implementación del sistema procesal de oralidad «*las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias*» (art. 3º), a la par debe admitirse que la misma codificación consagra excepciones que son aquellas actuaciones que «expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva» (ibidem), de ahí que la oralidad no tenga el alcance absoluto y totalizador sobre las formas procesales que algunos quieren ver en ella, y que no todos los escritos presentados por las partes pueden considerarse desprovistos de

efectos en ausencia de actuación oral.

Tratándose de los recursos ordinarios, los artículos 318, 322, 331 y 353 del citado estatuto evidencian que es admisible y procedente la sustentación escrita de tales mecanismos, los cuales materializan el derecho a controvertir las decisiones judiciales como una de las más claras manifestaciones de las garantías fundamentales de defensa y debido proceso.

El artículo 318 establece que el recurso de reposición «*deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten*» y si el proveído cuestionado se pronunció fuera de audiencia, el recurrente tendrá que formularlo «*por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto*».

Idéntica regla se consagra para la apelación de providencias que no se dicten en audiencia, pues de conformidad con el artículo 322, la interposición deberá tener lugar «*en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado*» (inciso 2); luego preceptúa que tratándose de autos «*el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición*» y finalmente expresa que resuelta la reposición y concedida la apelación, «*el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral*» (lo que necesariamente se hará por escrito).

Si el apelado es un fallo proferido en audiencia, la norma estatuye que el recurso se interpondrá «*en forma verbal*

inmediatamente después de pronunciada» y allí mismo o «dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización», el apelante deberá «precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión», y en cuanto a la apelación adhesiva se indica que aquella se interpone a través de «escrito de adhesión» presentado ante el juez, «mientras el expediente se encuentre en su despacho o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia».

El artículo 331 respecto de la súplica expresa que deberá interponerse «dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, mediante escrito dirigido al magistrado sustanciador, en el que se expresarán las razones de su inconformidad».

Y por último, en relación con el recurso de queja, preceptúa el artículo 353 que el «escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno».

La reseña precedente deja en evidencia que el legislador ha autorizado la formulación y sustentación escrita de los recursos ordinarios en ciertos eventos, incluso tratándose de apelación del fallo, aunque haya sido proferido en audiencia.

Además de los fallos y autos dictados por los Juzgados y Tribunales del país en sede de segunda instancia, se observa que los pronunciamientos han sido previamente diseñados y plasmados por escrito y posteriormente leídos en su integridad a los asistentes a la audiencia, incluso, en la gran mayoría de los casos, como lo ha podido percibir este Despacho al estudiar

los procesos controvertidos mediante acciones de tutela, no se hace ninguna pausa en la diligencia para efectos de preparar la decisión del recurso, de cara a la sustentación del extremo inconforme, sino que, una vez escuchados sus argumentos, se procede a leer un proyecto de sentencia ya elaborado, situación que en la práctica, convierte a la fundamentación de la apelación ante el *ad-quem*, en una formalidad innecesaria, tanto más si el impugnante dejó expuesta su argumentación contra la sentencia al momento de interponer la censura o dentro del término para formular reparos, así como la contraparte ha tenido mucho más tiempo de preparar su alegación.

4. En lo que atañe al deber de sustentación del recurso de apelación contra autos y sentencias, es necesario atender que el artículo 322 citado establece que *«[s]i el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado»*.

Del precitado texto surge que la deserción del recurso de apelación únicamente se presenta en las tres hipótesis señaladas, la última de las cuales se circumscribe a que no se haya sustentado la impugnación, evento que difiere de la inasistencia a la audiencia que menciona el artículo 327 del Código General del Proceso, omisión a la que, ni éste ni el precepto 322 le asignó esa consecuencia.

En este caso, la parte demandante sustentó el recurso de apelación previo a la audiencia a que alude el artículo 327 del

Código General del Proceso, pues una vez manifestada su intención de recurrir el fallo, no solo lo formuló y expuso los reparos concretos que esa decisión le merecían, sino que expresó suficientemente *«las razones de su inconformidad con la providencia apelada»* que es lo que, según el artículo 322 *ejusdem*, consiste la sustentación, así como los complementó posteriormente.

Luego, agotado y cumplido, como lo estaba, el objeto de la fase de sustentación prevista en el artículo 327, no había lugar a exigirle a la parte recurrente una doble sustentación, es decir, que adicional a la presentada, realizara otra de carácter oral en la citada diligencia.

Análoga situación se presenta con la exposición de la inconformidad que se hace en audiencia ante el *a quo* al interponer el recurso, porque las normas precitadas no prohíben realizarla en tal oportunidad.

En ese contexto, la inasistencia de la parte accionante no constituye un obstáculo para proferir el fallo de segunda instancia, pues habiéndose sustentado la apelación antes de la audiencia convocada por el *ad quem*, aquel no puede tenerla por inexistente o no presentada y menos declarar desierta la impugnación, con mayor razón, si en cuenta se tiene que los Magistrados tuvieron la posibilidad cierta de observar y escuchar al recurrente, a través de la reproducción del disco compacto que recoge la grabación con audio del acto procesal respectivo, lo cual, sustancialmente hablando, respeta el

sistema oral implementado por el nuevo ordenamiento procedural.

Al obrar de ese modo, el Tribunal de Montería, en criterio de este Despacho, no solo faltó a su deber de resolver el asunto puesto a su consideración y de acuerdo a su competencia, sino que impuso una sanción que la ley estableció para supuestos de hecho disímiles al previsto en el artículo 322 del C.G.P., toda vez que la inasistencia del apelante a la audiencia contemplada en el precepto 327, no equivale necesariamente a falta de sustentación del recurso.

Sobre ese aspecto, no puede perderse de vista que las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva¹ y no es posible extender su ámbito de acción a hipótesis diferentes de las situaciones y circunstancias que el legislador consideró ameritaban esa consecuencia desfavorable, ni tampoco es admisible desconocer el principio de legalidad de las sanciones consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso aplicable a «*todas las actuaciones judiciales y administrativas*», conforme al cual no puede existir pena o sanción sin ley que la establezca y precise la infracción o comportamiento merecedor de la misma.

En relación al último postulado, la Corte Constitucional, en sentencia C-475 de 2004 señaló:

¹ Preceptúa el artículo 31 del Código Civil que «*lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.*

[...] En efecto, dicho principio [el de legalidad de las sanciones], que forma parte de las garantías integrantes de la noción de debido proceso, exige la determinación precisa de las penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades en ejercicio del poder punitivo estatal. Su operancia no se restringe a los asuntos penales, sino que tiene plena validez en el campo de la actividad sancionatoria de la Administración, toda vez que la misma Carta enuncia que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.” (C.P art. 29). (...) el comportamiento sancionable debe estar precisado inequívocamente, como también la sanción correspondiente, a fin de garantizar el derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 superior.” (Resalta la Sala)

Luego, al declarar la deserción del recurso de apelación, que castiga al recurrente incursión en el comportamiento expresamente previsto en la codificación procesal, que es única y exclusivamente la falta de sustentación, el juzgador tanto de primera como de segunda instancia debe obrar con estricta sujeción a la ley y con la mayor cautela, moderación y sensatez, pues la aplicación injustificada de semejante castigo entraña una restricción excesiva de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en el que se encuentra contenida la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva.

Aunque las actuaciones deban cumplirse en forma oral y en audiencia, no puede ignorarse que la implementación de ese modelo tiene como finalidad que los usuarios cuenten con una administración de justicia célere y efectiva, en cuyas actuaciones por mandato del artículo 228 de la Constitución Política debe prevalecer el derecho sustancial, lo que también impone el artículo 11 del C.G.P. que, como uno de sus principios fundamentales, establece que «*al interpretar la ley procesal el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.*»

De modo que el seguimiento estricto del sistema oral, que además no es absoluto, pues el legislador mantuvo vigentes algunas actuaciones escritas, no puede emplearse como pretexto para restringir los derechos de los intervenientes en el proceso, porque el respeto de las formas propias de cada juicio no implica en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos; por el contrario, la primacía de lo sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-207 de 4 de abril de 2017, expuso que:

[L]a aplicación de las reglas de carácter procedural no puede llegar a un grado de rigor tal, que se sacrifique el goce de los derechos fundamentales. Ha encontrado que:

“Si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia”

Y con mayor contundencia indicó:

“el juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental, ignora claramente el artículo 228 de la Carta Política que traza como parámetro de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.”

(...) si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).”

(...) Así lo ha considerado la Corte incluso para el caso de los procedimientos de casación, en los cuales el rigor procesal exige el

cumplimiento de especiales y particulares requisitos formales.
(Subrayado fuera del texto).

En este sentido, es contradictoria la decisión adoptada, pues allí se deja sentado que una de las finalidades del sistema oral implementado, es permitir a los justiciables, partes o terceros *«ser oídos»* y garantizar prerrogativas como el acceso a la administración de justicia, la contradicción, la defensa, entre otros, pero, al mismo tiempo, se señala que el recurso de apelación debía ser declarado desierto por no haber cumplido el recurrente con el rito procesal de asistir a la audiencia de sustentación a hacer lo que ya había hecho, es decir, fundamentar su impugnación contra el fallo del *a-quo*.

La anterior normatividad procesal con la reforma introducida por la Ley 794 de 2003 (art. 352 C.P.C.), de manera análoga al Código General del Proceso, establecía que la sustentación de la alzada debía realizarse *«ante el juez o tribunal que deban resolverlo»*, es decir, el superior funcional; empero, al interpretar dicha norma esta Corporación y la Corte Constitucional coincidieron en que debía entenderse que el apelante tenía la posibilidad de sustentar la impugnación ante el juez de conocimiento o ante el superior que debía resolverla.

En providencia de 22 de noviembre de 2010, esta Sala sostuvo:

«Al respecto, bien se conoce que la reciente reforma procesal civil dio en revivir el requisito de sustentar el recurso de apelación. Y puntualizó ciertamente que ha de sustentarse "ante el juez o tribunal que deba resolverlo", a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360 in fine.

No conviene que el asunto sea analizado de modo aislado, porque lo que en definitiva arrojará luces sobre el particular será aquel que conectado aparezca con los principios que informan el recurso de apelación. Es forzoso memorar, por ejemplo, que aun sigue operando el artículo 357 del mismo código, y, por lo tanto, la "apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante". Vale decir, que cuando de desatar la alzada se trate, el *ad quem* debe averiguar normalmente lo que perjudicado tiene al apelante, porque se supone, "o se entiende" para emplear la propia expresión de la ley, que sobre eso versa la apelación. Así ha sido siempre. Por donde se viene el pensamiento que al exigirse la sustentación con carácter obligatorio, *so pena de deserción del recurso*, lo que con ello se busca es facilitar, que no desplazar, aquella labor del juzgador, quien así conocerá más de cerca el inconformismo del apelante. En otras palabras, que el apelante llegue al *ad quem* con más expresividad. Como es fácil descubrirlo, allí lo determinante es que no se eche a perder esa posibilidad adicional de que el fallador se entere de modo expreso de lo que tácitamente está obligado a averiguar.

Así las cosas, la inteligencia de la reforma en el punto no es la de que fatalmente deba sustentarse el recurso ante el superior. La norma habló, sí, de que se sustentará "ante el juez o tribunal" que deba resolver la apelación, pero no puede echarse al olvido que enseguida añadió que "a más tardar" dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360... Por lo demás, nada justificaría semejante sacrificio al derecho de defensa, si es que de la sustentación que se haga, como aquí aconteció, al momento mismo de interponerlo, se enterará necesariamente el superior. Ninguna diferencia sustancial, pues, hay entre alegar allá y hacerlo acá. El enteramiento del superior, que es lo prevalente, será en todo caso igual. Con el agregado, desde luego, de que si la segunda instancia debe surtirse en sede diferente a la del juez que dictó la decisión apelada, ya tal posibilidad de sustentar ante éste, amén de armoniosa con el principio aludido, resulta por demás provechosa al principio de economía (Rad. 2010-01969-01, citada en CSJ SC, 2 Abr. 2013, Rad. 2011-02620-00; se destaca).

A su vez, la Corte Constitucional, compartiendo la interpretación de esta Corporación, en sentencia T-449 de 2004, indicó:

"Para esta Sala de Revisión, es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios tienen la obligación de interpretar las normas de manera que todos los contenidos incursos en ellas produzcan efectos jurídicos. Dicha finalidad se alcanza mediante la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a través de la cual se pretende otorgar un contenido armónico a todas las disposiciones que componen un sistema jurídico integral. Este es el

propósito previsto en el inciso 10 del artículo 300 del Código Civil, el cual al señalar las reglas de interpretación de las leyes, establece que “[el] contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”

En efecto, si en el asunto que ocupa la atención de la Sala, se hace una interpretación de conformidad con los principios que orientan el recurso de apelación, se debe concluir que al establecerse la sustentación obligatoria del recurso, so pena de la deserción del mismo, se busca facilitar la tarea del juzgador, al saber más de cerca el inconformismo del apelante... Por ello, cuando la norma en cuestión consagra que “[E]l apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo... ”, es porque precisamente permite acudir ante cualquiera de ellos. Dicha interpretación se deriva del alcance de los principios de conservación del derecho y de favorabilidad.

Bajo esta perspectiva, si una norma admite diversas interpretaciones, es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos; en aras de preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador. Ahora bien, en tratándose de normas procesales y de orden público dicha interpretación debe privilegiar el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso. Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad tomando procedente el amparo tutelar (el subrayado no es del texto).

No obstante que los anteriores pronunciamientos no aludían al artículo 322 del Código General del Proceso, brindan suficiente orientación sobre la forma en que debe interpretarse ese precepto a fin de no vulnerar garantías fundamentales de las partes, dado que la finalidad de la sustentación del recurso de apelación ante el superior no es otra que facilitar, que no desplazar, aquella labor del juzgador de conocer más de cerca los argumentos del apelante.

De manera que cuando tal cometido se halla cumplido, porque de la sustentación realizada previo a la audiencia del artículo 327 del C.G.P., necesariamente se van a enterar el

juzgador de segunda instancia y los demás sujetos procesales, es decir, los no impugnantes, desconocer dicho acto de la parte comporta un excesivo ritualismo que en pro de salvaguardar la forma sacrifica el derecho de defensa, pues ninguna diferencia sustancial existe entre la sustentación presentada cuando el expediente o sus copias aún no han sido remitidas al superior y la expuesta ante este, o entre la que se efectúa oralmente y aquella consignada en escrito en cualquiera de las instancias.

En línea con esa interpretación la Sala de Casación Laboral de esta Corporación al resolver la impugnación de una tutela con circunstancias de hecho similares al caso acá estudiado, apartándose de lo considerado en primera instancia por la Sala de Casación Civil, sostuvo que:

La citada norma [Art. 322] también establece que “Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”; de donde no se puede inferir que la misma deba necesariamente hacerse en forma oral, como al parecer lo entienden los demandantes y, por lo mismo, habiéndose considerado por el juez de la apelación que se sustentó en debida forma el recurso, no existía ningún obstáculo para que dicho estrado procediera a desatar el fondo del asunto sometido a su consideración. (CSJ, STL-11513-2017, 2 de agosto de 2017, Rad. 74421)

5. Tampoco se desprende de los artículos 107 y 133 del Código General del Proceso, que la inasistencia del recurrente a la diligencia de sustentación y fallo, conlleve indefectiblemente a declarar desierto el recurso, como lo indica el fallo del que me aparto, pues tales preceptos regulan circunstancias distintas.

En efecto dichas normas consagran la nulidad de la actuación ante la ausencia del juez o de los magistrados e

impone la convocatoria “*a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar (...)*», así como la invalidez del trámite si «*la sentencia se profiere[...] por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación*», pero cuando se presenta el cambio de juez que debe dictar la sentencia.

Por lo que no hay duda que van encaminadas a la necesidad de que el funcionario judicial sea quien presida las audiencias, las direccione, esto es, a que se garantice el principio de inmediación (Art. 6 CGP), así como a regular el trámite a seguir en caso de que se cambie de juez. Pero de ninguna manera, se desprende la obligatoriedad de sustentar el recurso de apelación sólo en la diligencia de segunda instancia o de acuerdo a una única forma, ni menos la posibilidad de aplicar la sanción de deserción del recurso dispuesta para la falta de sustentación a circunstancias de hecho distintas, como la inasistencia del recurrente a la audiencia.

Es así, que concretamente en el tercer debate del Senado, como explicaciones para agregar dichas modificaciones al Código, se indicó que:

En primer lugar... la ausencia del juez o de los magistrados en la audiencia solo generará la nulidad de la respectiva actuación cuando esta sea solicitada por los interesados.

En segundo lugar, con el propósito de garantizar el principio de inmediación en el procedimiento, se consagra en el numeral primero un nuevo inciso (el cuarto) de acuerdo con el cual, cuando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, se deberá convocar a una audiencia especial por parte del juez que lo sustituya, la cual tendrá como único fin que las partes presenten sus alegatos de conclusión. Esto le permite al juez aprehender mejor los argumentos expuestos en los alegatos.

Y más adelante se expuso que:

Consecuentes con las modificaciones del artículo 107 ya mencionadas relativas a la obligación que tiene el juez que deba dictar sentencia y no haya estado presente cuando se expusieron los alegatos de conclusión, de convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar, se creó una nueva causal de nulidad (numeral 6) consistente en omitir la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado. Lo anterior con el fin de consolidar el principio de inmediación en el sistema oral².

En ese orden es claro, que a partir de la interpretación de dichos preceptos, tampoco es posible fundar la aplicación de una sanción a una circunstancia de hecho distinta de la contemplada por el Código General del Proceso, esto es, la deserción del recurso por la ausencia de la recurrente a la audiencia de sustentación y fallo.

En los términos que preceden, salvo mi voto.


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado

² Disponible http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta_mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=159&p_consec=32069.