



REPUBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
 SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
 DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Decide admisibilidad - Apelación
 Tipo de trámite : Acción popular
 Accionante : Javier Elías Arias Idárraga
 Presunto infractor : Banco Davivienda Red Bancafé – Sucursal Pereira
 Radicación : 2014-00232-01 (Interna 9247)
 Procedencia : Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira
 Tema (s) : Presupuestos admisibilidad - Procedencia
 Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

PEREIRA, R., SIETE (7) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La verificación de los supuestos de viabilidad del recurso ordinario de apelación propuesto por la parte actora, contra el auto del 12-09-2014, que rechazó la demanda, al tenor de las apreciaciones jurídicas que a continuación se formulan.

2. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

2.1. Los requisitos de viabilidad de un recurso

Desde la óptica procesal, en presencia de los recursos, deben siempre concurrir los llamados presupuestos de viabilidad o trámite del recurso, al decir de la doctrina procesal nacional¹⁻², a efectos de examinar el tema de apelación.

Se dice que los aludidos presupuestos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Y como anota el profesor López Blanco: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el*

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 11ª edición, Dupré Editores, p.765.

² PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276.

mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo."³. Explica el profesor Rojas Gómez⁴ en su obra: "(...) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició."

Los mencionados requisitos son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma Corte Suprema de Justicia⁵ enseña: "(...) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensable para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y, en caso, contrario lo declarará inadmisibile (...)".

Para el *sub lite* son legitimación, oportunidad, procedencia y sustentación. En particular se echa de menos en este caso la procedencia, entendida como la expresa autorización normativa para atacar la decisión por vía de alzada, no obstante reconocer la existencia de posición contraria, sostenida eso sí en Sala Unitaria y no de Decisión, de esta misma Corporación⁶, que acogió la predicada por el Consejo de Estado⁷, pues son prevalentes, en criterio de esta Sala, los efectos de cosa juzgada constitucional de la sentencia C-377 de 2002, que declaró constitucional el artículo 36 de la Ley 472, cuyo enunciado estatuye: "Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil."

3. EL CASO CONCRETO QUE SE ANALIZA

Discrepa esta Sala Unitaria de la posición que admite la apelación del recurso frente al auto que rechaza la demanda en la acción popular porque (i) El efecto de cosa juzgada constitucional de la sentencia C-377 de 2002, impone inexorable acatamiento para la comunidad jurídica; (ii) La vigencia de la taxatividad como principio procesal, impide aplicaciones extensivas de una regla, cuando la especial la ha previsto; y, (iii) La suficiencia normativa de la regulación de la Ley 472, es decir, la ausencia de vacío normativo alguno, hace artificiosa la analogía para acudir al CPC.

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. Cit., p.746.

⁴ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal, tomo II, procedimiento civil, Escuela de Actualización Jurídica ESAJU, 2013, 5ª edición, Bogotá DC, p.332.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 17-09-1992; MP: Alberto Ospina Botero, publicado en Revista de Jurisprudencia y Doctrina, t.XXI, núm.251, Bogotá, Legis, pags.1021 y 1022.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Unitaria Civil – Familia. Auto del 30-07-2014; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, radicado No.2014-00136-01.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. (i) Auto del 02-09-2004, MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicado No.2004-00945-01; y (ii) Auto del 12-12-2005, MP: Enrique Gil Botero, radicado No.2005-01856-01; (iii) Auto del 23-07-2007, MP: Enrique Gil Botero, radicado No.2005-02295-01.

En efecto, la sentencia C-377 de 2002 declaró la conformidad de la citada preceptiva, con postulados de estirpe constitucional, como el derecho de defensa, el principio de doble instancia y el acceso a la administración de justicia, dado que concluyó:

En suma, entendida la norma en el sentido de que se aplica a todos los autos dictados durante el trámite de las acciones populares, no se desconoce la Carta Política pues el legislador en ejercicio de su libertad de configuración puede señalar en qué casos es o no es procedente el recurso de apelación, decisión que, según se advirtió, no conculca el principio de la doble instancia, ni los derechos de defensa, de acceso a la justicia y además la igualdad, *porque con tal determinación se persigue una finalidad constitucionalmente admisible como es la de obtener la pronta y efectiva protección de los derechos e intereses colectivos amparados con la acciones populares, imprimiéndole celeridad al proceso judicial correspondiente.* La sublínea y la cursiva son ajena al texto original.

Y es que el principio de la doble instancia, previsto por el artículo 31 de nuestra Carta Política, no es absoluto sino relativo, aplica para las sentencias con las excepciones que disponga el legislador. La doctrina constitucional sobre este principio ha sido constante y sólida desde 1995⁸ hasta nuestros días (2014⁹); en esta reciente decisión, también se declaró exequible el artículo 40 de la Ley 1437, que prohíbe los recursos contra el auto que decreta pruebas.

La Corte Constitucional en la citada sentencia de control abstracto empleó como *ratio decidendi* la invocación de la doble instancia como principio relativo y la autonomía legislativa para la regulación de los medios de impugnación procesal, y conforme al artículo 243 de la Constitución Política, los efectos *erga omnes* imponen su acatamiento para todos los operadores jurídicos y judiciales.

Por sabido se tiene, en la literatura procesal contemporánea, que la taxatividad es una regla técnica de regulación del recurso de apelación, como aplicación del principio de economía procesal, y cuyo contenido consiste en señalar que es procedente solo cuando así lo disponga una norma en forma expresa. En el Código de Procedimiento Civil así opera la mencionada regla de especificidad, tal como lo reconocen los autores nacionales¹⁰⁻¹¹⁻¹² y la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹³.

En la normativa propia de esta acción, ninguna norma estipula la apelación para el auto que

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-153 de 1995.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 del 29-01-2014.

¹⁰ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá D.C., p.260.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. El proceso civil, parte general, 1990, Bogotá DC, Diké, p.341.

¹² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte general, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.784.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia del 29-02-2008, MP: Edgardo Villamil Portilla.

rechaza la demanda. El enunciado gramatical del artículo 36 de la Ley 472 prescribe que es la reposición el recurso procedente para todos los autos, y cuando se declaró su constitucionalidad tampoco se le hizo en forma condicionada o modulada, lo que significa que ningún condicionante requiere la norma para allanarse a la Constitución.

Ahora, acudiendo al artículo 37 de la Ley 472, se puede evidenciar con mayor claridad que la regulación en recursos, fue completa en la materia, no hay vacío alguno para suplir apelando a la analogía de los artículos 5º y 44 ibídem, como hace el Consejo de Estado¹⁴ al exponer: *“Por lo tanto, al no existir regulación expresa en la ley 472 de 1998 frente al auto de rechazo de la demanda, pues sólo regula los recursos respecto de los autos dictados dentro del proceso, se debe aplicar el C.C.A., por remisión expresa del artículo 44 de la ley en comento toda vez que no se opone a la naturaleza y finalidad de tales acciones.”*

Una lectura atenta al artículo referido, permite apreciar con sana lógica y razonabilidad que se está señalando en forma clara que procede la apelación frente a la sentencia, y en manera alguna puede connotar que no se diga expresamente que es improcedente la alzada, como que hay una laguna o vacío normativo, pues si hay una regulación que justamente indica cuáles proceden frente a qué tipo de providencias; además, ese alcance interpretativo, se acompasa sin dificultades, a lo razonado por la Corte Constitucional en sede de control abstracto, amén de que ese juicio elaborado por la Corporación se aviene también, al querer del legislador ordinario, como claramente se invocó al señalar el trámite surtido ante el Congreso en su formación.

No está demás acotar, en refuerzo de la tesis sobre la inapelabilidad del auto de rechazo, que como esa decisión no hace tránsito a cosa juzgada, el actor puede de nuevo formular su demanda, amén de que los requisitos que se exigen son mínimos, por ende la posibilidad de rechazo queda aminorada. Igual debe advertirse que tampoco existen fenómenos prescriptivos o de caducidad que puedan hacer nugatoria la presentación de una nueva demanda.

En suma, este operador judicial se aparta con las argumentaciones anteriores, del parecer sostenido en otra Sala de esta Colegiatura, con la advertencia de que no se trata propiamente de un precedente horizontal, y aún si lo fuera, es viable disentir, a condición de exhibir la condigna motivación razonable, expone la Corte el deber que gravita sobre el juzgador, para separarse del precedente judicial: *“(…) están obligados exponer clara y*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto del 12-02-2014, MP: Mauricio Fajardo Gómez, radicado No.2013-00221-01.

razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión (...)”¹⁵, y luego precisa¹⁶: “(...) el error no se presenta siempre que el funcionario jurisdiccional reconozca y señale las decisiones anteriores de las que se aparta, y argumente con suficiencia los motivos de su decisión. Ello sucede con un manejo legítimo del precedente, labor que obliga a que el juez i) se refiera al precedente anterior y ii) ofrezca un argumento suficiente para el abandono o cambio de la norma jurisprudencial.”.

Y en efecto, se estima haber cumplido aquí, la carga argumental necesaria para sentar un criterio dispar. Nótese que tampoco se trata de una tesis insular, también una de las Salas del Tribunal de Manizales, así discurrió en este asunto (cuaderno No.2).

4. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con las premisas expuestas, se declarará la inadmisibilidad del recurso de apelación contra la providencia que rechazó la demanda, atendida su improcedencia, como atrás se dijera.

Considerando suficientes los argumentos expuestos en esta providencia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, EN SALA UNITARIA,

RESUELVE,

1. DECLARAR inadmisibile el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto del 12-09-2014, por falta de procedencia.
2. DEVOLVER el expediente al Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
M A G I S T R A D O

Dgh / 2014

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 09-08-2001; MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1029 del 2012.