El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Auto – 2ª instancia – 22 de febrero de 2017

 Tipo de proceso : Verbal – Inadmisibilidad recurso de apelación contra rechazo de la demanda

 Demandante : Yolanda Pineda de Salazar

Demandado (s) : Pablo Emilio Marín Salazar y otros

Procedencia : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2016-00533-01

Mag.Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Temas : **RECHAZO DE DEMANDA / INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN.** “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 1995 hasta nuestros días (2016); en esta reciente decisión, también se declaró exequible la expresión *"(…) si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso (…)"* del artículo 192 de la Ley 1437.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. (…) [H]echo el examen preliminar dispuesto por el artículo 325 del CGP, dentro de este proceso, conforme empezó por explicarse al iniciar este acápite, se advierte que la decisión recurrida es de aquellas que rechaza la demanda por incompetencia, proveído inapelable porasí disponerlo el artículo 139 del mismo estatuto procesal, (…) Finalmente, como dada la inadmisión quedaría en firme la decisión de rechazo de plano de la demanda cuando lo propio era la remisión del expediente al Juez Civil del Circuito de Dosquebradas, se dispondrá la devolución del expediente, para los fines pertinentes.”.

Pereira, R., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El cumplimiento de los supuestos de viabilidad del recurso ordinario de apelación propuesto por la parte recurrente, contra el auto del 14-12-2016, que rechazó la demanda, al tenor de las apreciaciones jurídicas que a continuación se formulan.

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

2.1. La competencia – primer examen para la admisibilidad

Concierne al juez, en el momento de recibir una demanda, verificar el cumplimiento de los requisitos para conocerla y los primeros presupuestos que deberá examinar son aquellos consagrados por el artículo 90 del CGP, pues son los únicos que dan lugar al rechazo de plano de la demanda y por esa misma razón, anteriores a los demás requisitos de la demanda, que dan a lugar es la inadmisión (Artículos 82, 83, 84 y 85, CGP).

El mencionado artículo 90, precisa en el inciso 2º, que las causales para el rechazo, son tres (3): (i) La falta de jurisdicción; (ii) La falta de competencia; y, (iii) La caducidad de la acción, además del caso nuevo y específico que figura en el artículo 375-4º del CGP, para los procesos declarativos de pertenencia.

Frente a la competencia, bien sabido es que es la aptitud del funcionario respectivo, para ejercer la jurisdicción en un caso concreto, y según las reglas establecidas por el estatuto procesal civil, se determina en los albores del proceso, tal como lo señala reciente (2016)[[1]](#footnote-1) decisión de la CSJ y que sin dudarlo está en arbitrio exclusivo del juez de conocimiento, al examinar su admisibilidad, como lo recuerda la misma Corporación[[2]](#footnote-2):

 … *al juzgador le asiste liminarmente el deber de evaluar lo relativo a la competencia para asumir el trámite de un asunto particular, con sujeción a los factores expresados por el petente en su demanda, toda vez que si considera que no la tiene así deberá declararlo, rechazando el escrito incoativo y remitiendo el expediente al funcionario judicial que estime competente. De modo tal que esta es la oportunidad legal que le asiste al juez para expresar su incompetencia para tramitar un proceso...[[3]](#footnote-3).*

Así pues, el momento de todo operador judicial para determinar la competencia es cuando se ocupa de decidir la admisibilidad de la demanda, pues examina los presupuestos procesales de capacidad de ser parte y procesal, demanda en forma y competencia; y desde luego ha de revisar en primer término el último factor mencionado, dado que le determina si puede o no asumir el conocimiento de la controversia.

En efecto, cuando advierta por ejemplo, acorde con el domicilio del demandado (Requisito de la demanda, artículo 82-2º, CGP), que carece de competencia, deberá remitirlo a quién estime el funcionario competente, quien a su vez establecerá si lo es, o en caso contrario, remitirá el expediente al funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, para que decida el conflicto (Artículo 139, CGP). Ello, se itera, sin miramientos de los demás requisitos legales.

2.2. Los requisitos de viabilidad de un recurso

En materia de recursos, si bien la regulación en el CGP modificó algunos tópicos, lo atinente a los supuestos de viabilidad del recurso y específicamente para los autos, no tuvo un cambio sustancial respecto de lo regulado para este aspecto en el CPC, de tal suerte que la jurisprudencia y doctrina que se han encargado de estudiar el tema con arreglo al CPC, son aplicables para el nuevo estatuto (CGP).

Vale decir que siempre es indispensable la revisión de esos presupuestos que permiten desatar el recurso, según lo rotula la doctrina procesal nacional[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5), a efectos de examinar el tema discutido por vía de apelación, puesto que se dice que son ellos una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión.

Así lo anota el profesor López Blanco: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.*”[[6]](#footnote-6). Y lo explica el profesor Rojas Gómez[[7]](#footnote-7) 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 CSJ así lo ha enseñado: “*(…) 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 inadmisible (…)*”[[8]](#footnote-8). Y en reciente decisión (2016)[[9]](#footnote-9) recordó: “(…) *al examen preliminar de admisibilidad de la apelación que hace el juez de segunda instancia previo a avocar conocimiento y de dar trámite al recurso de apelación (…)”.* Para el asunto son legitimación, oportunidad, procedencia y sustentación.

2.3. El caso concreto que se analiza

Acorde con las premisas jurídicas anteriores, se advierte impropia la providencia recurrida, puesto que al resolver sobre la incompetencia para conocer el asunto, debió remitir el expediente a quien consideraba competente, dado que como se explicó, es el primer aspecto a revisar, y por supuesto su estudio, relega el de los demás requisitos de la demanda, entre ellos, el agotamiento del requisito de procedibilidad.

También porque debe resaltarse que, en vigencia del CPC, al listado de causales de rechazo, se añadía la situación prevista por la Ley 640 (Sobre conciliación), que estipuló: “*Artículo 36. Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda.”.* Hoy con la vigencia del nuevo Régimen Procedimental Civil se tiene que tal circunstancia es constitutiva de inadmisión[[10]](#footnote-10) (Artículo 90-7º, CGP), por ende, ha sido derogado en forma tácita su tratamiento, que no es de rechazo sino de inadmisión[[11]](#footnote-11).

En ese contexto, el análisis partirá de esa incompetencia, pues se estima prematuro adentrarse en el estudio de los otros tres presupuestos procesales, sin haberse definido este aspecto, máxime que podría estar, el asunto, abocado a un eventual conflicto de competencia, aunque puede suceder que el funcionario a quien se remita, sí asuma el conocimiento, en cuyo caso realizará la revisión de admisibilidad y de hallar alguna deficiencia, así lo señalará, vía inadmisión o rechazo.

Por ende, tal como ya se anotara, se analizará el presupuesto de viabilidad de procedencia de la alzada frente al rechazo de la demanda por competencia, pues se echa de menos, tal como pasará a explicarse.

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 1995[[12]](#footnote-12) hasta nuestros días (2016)[[13]](#footnote-13); en esta reciente decisión, también se declaró exequible la expresión *"(…) si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso (…)"* del artículo 192 de la Ley 1437.

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 CGP (Tal como lo hacía el CPC), opera la mencionada regla de especificidad, tal como lo reconocen los autores nacionales[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15)-[[16]](#footnote-16) y la misma CSJ[[17]](#footnote-17). Así está consagrado en el artículo 321 del CGP.

Ahora, hecho el examen preliminar dispuesto por el artículo 325 del CGP, dentro de este proceso, conforme empezó por explicarse al iniciar este acápite, se advierte que la decisión recurrida es de aquellas que rechaza la demanda por incompetencia, proveído inapelable porasí disponerlo el artículo 139 del mismo estatuto procesal, cuando precisa: “*Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso (…)”.* (Subraya fuera de texto). Explicable porque la controversia la resuelve el superior jerárquico en sede de conflicto y no de apelación.

Improcedencia que ha sido reconocida por la doctrina nacional, tal como lo anota el profesor López Blanco[[18]](#footnote-18): “*Manifestada la incompetencia por el juez, cualquiera que sea la causa, (…). Esta determinación es irrecurrible debido a que ni siquiera se previó el recurso de reposición en su contra. El Código expresamente así lo ordena para evitar dilación innecesaria de la actuación (…)* y también resaltado por el profesor Escobar Vélez[[19]](#footnote-19). Así mismo, lo ha reconocido la jurisprudencia de la CSJ[[20]](#footnote-20), y lo reiteró recientemente (2016)[[21]](#footnote-21)-[[22]](#footnote-22):

*[L]a repulsa de un funcionario para tramitar un asunto por considerarse incompetente por el factor territorial, tampoco admite la apelación conforme lo dispone el artículo 148 del estatuto procesal civil, que descarta expresamente este remedio. Por ello, la Sala ha explicado que la inviabilidad de este medio de contradicción tiene “su razón de ser porque de llegar a admitirse la procedencia de la apelación contra el auto que declara la falta de competencia, se estaría obligando al superior a dirimir un conflicto de competencia que debe ser planteado por el juez a quien se envía la actuación y se niega a conocer del proceso; y al tiempo se estaría invadiendo la órbita de acción del órgano a quien el artículo 18 de la Ley 270 de 1996 le asigna la facultad para desatar el conflicto, que para el caso en cuestión sería el respectivo Tribunal Superior en Sala Mixta. (…) De ahí que frente a una supuesta arbitrariedad del funcionario judicial en la decisión que se viene comentando, no resulte exigible el agotamiento de los recursos ordinarios, pues esa determinación no es susceptible de alzada, tal como lo ha sostenido esta Corporación en reciente pronunciamiento: ‘… lo resuelto por el Tribunal comporta, en rigor jurídico, la declaratoria de incompetencia y una decisión de ese particular temperamento, por mandato expreso del inciso 1º, in fine, del artículo 148 ejusdem, es de carácter inapelable’” ( CSJ STC 17 ene 2013, rad. 2012-01383-02, reiterado en STC 31 oct. 2013, rad. 00212-01, STC8273-2014, 26 jun. 2014, rad. 00132-01 y STC5733-2016, 5 may. rad. 01098-00).* (Sublínea fuera de texto).

Así las cosas, al ser improcedente la alzada, lo consecuente es declarar la inadmisión del recurso. Importa resaltar que se aprecia falta de rigor y cuidado de la juzgadora de primer grado para controlar, el contenido de la decisión y la legalidad de la concesión del recurso, sin parar mientes en que así, genera dilaciones injustificadas, que obstruyen la celeridad del trámite procedimental.

Finalmente, como dada la inadmisión quedaría en firme la decisión de rechazo de plano de la demanda cuando lo propio era la remisión del expediente al Juez Civil del Circuito de Dosquebradas, se dispondrá la devolución del expediente, para los fines pertinentes.

1. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con las premisas expuestas: (i) Se declarará la inadmisibilidad del recurso de apelación contra la providencia que rechazó la demanda por incompetencia, atendida su improcedencia, como atrás se dijera; y (ii) Se dispondrá la devolución del expediente, para que resuelva acorde con lo expuesto en esta providencia.

Considerando suficientes los argumentos expuestos en esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E,

1. DECLARAR inadmisible el recurso de apelación formulado contra el auto del 14-12-2016, por falta de procedencia.
2. DEVOLVER el expediente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, para los fines pertinentes.
3. ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese,

 DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

DGH /DGD/ 2017

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICA POR ESTADO DEL DÍA

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. CSJ, Civil. Sentencia SC4415-2016, MP: Ariel Salazar R. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Providencia AC3250-2016, MP: Ariel Salazar R. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Providencia del 13-02-2012, MP: Fernando Giraldo G., No.2012-00037-00. [↑](#footnote-ref-3)
4. LÓPEZ B, Hernán F. Código general del proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré editores, 2016, p.769-776. [↑](#footnote-ref-4)
5. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-5)
6. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.769. [↑](#footnote-ref-6)
7. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo II, procedimiento civil, ESAJU, 2013, 5ª edición, Bogotá DC, p.332. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ. Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Alberto Ospina B., publicado en Revista de Jurisprudencia y Doctrina, t.XXI, núm.251, Bogotá, Legis, p.1021 y 1022. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. Providencia STC5273-2016, MP: Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-9)
10. ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.210. [↑](#footnote-ref-10)
11. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.642. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia C-153 de 1995. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia C-337 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. ROJAS G., Miguel E. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá D.C., p.260. [↑](#footnote-ref-14)
15. DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, 1990, Bogotá DC, Diké, p.341. [↑](#footnote-ref-15)
16. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.792. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Civil. Providencia STC10759-2015, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-17)
18. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. Cit., p.261. [↑](#footnote-ref-18)
19. ESCOBAR V., Edgar G. Los recursos en el Código General del Proceso, Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 2015, Medellín, p.71. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ, Civil. Providencia del 03-10-2013, MP: Ariel Salazar R., expediente 2013-00224-01. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ, Civil. Providencia STC5733-2016, MP: Margarita Cabello B. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Providencia STC11728-2016, MP: Luis Alonso Rico P. [↑](#footnote-ref-22)