



Santiago de Cali, 16 de agosto de 2022

Doctor

CÉSAR EVARISTO LEÓN VERGARA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CIVIL

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz

E.S.D.

Accionante:	COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA LTDA
Accionada:	EMCALI EICE E.S.P.
Proceso:	Declarativo verbal
Radicación:	76001-3103-003-2017-00-197-00
Asunto:	RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE QUEJA.

CARLOS ANDRES HEREDIA FERNANDEZ mayor de edad y vecino de Cali (Valle), identificado con la cedula de ciudadanía No 14.638.306 de Cali-Valle y portador de la tarjeta profesional de abogado No 180.961 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Apoderado Judicial de EMCALI EICE-ESP, presento dentro de la presente etapa procesal, RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE QUEJA contra el Auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el suscrito contra la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda de la manera que sigue:

I. OPORTUNIDAD DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:

En virtud del artículo 318 de CGP, el término para interponer recurso en contra de auto que se profiera por fuera de audiencia es de tres (3) días siguientes a la notificación del auto. El auto por medio del cual el H. Tribunal declaró desierto el recurso de apelación fue notificado por estado del diez (10) de agosto de 2022. En consecuencia, el término de ejecutoria del mentado auto culmina el dieciséis (16) de agosto de 2022. Por tanto, se entiende que el presente escrito es presentado en términos oportunos.

El recurso de queja se interpone en subsidio del recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en los artículos 352 y 353 del Código General del Proceso.

II. RAZONES DE DISENSO:

Su señoría, disiento respetuosamente de su decisión de declarar desierto el recurso de apelación sustentado de forma prematura y/o anticipada en primera instancia, el pasado 29 de junio de 2022 a través del escrito radicado ante el Ad quo y dado a conocer a todas las partes intervinientes en el proceso, tal y como se puede observar en el siguiente pantallazo:

Carlos Andrés Heredia Fernández
Para: j03ccali@cendj.ramajudicial.gov.co
CC: notificaciones@emcali.com.co; mbeltran@civic.com; Juan Sebastian Lombana; Litigios Civiles; cmgarcia@procuraduria.gov.co
Santiago de Cali, 29 de junio de 2022

Mié 29/06/2022 1

Doctor
CARLOS EDUARDO ARIAS CORREA
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
La Ciudad.

Accionante:	COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA LTDA
Accionado:	EMCALI EICE E.S.P.
Proceso:	Declarativo verbal
Radicación:	76001-3103-903-8937-00-197-00
Asunto:	RECURSO DE APELACIÓN.

CARLOS ANDRÉS HEREDIA FERNÁNDEZ mayor de edad y vecino de Cali (Valle), identificado con la cedula de ciudadanía No 14.638.306 de Cali-Valle y portador de la tarjeta profesional de abogado No 180.961 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Apoderado Judicial de EMCALI EICE-ESP, actúe dentro del proceso anotado en la referencia, presento dentro de la presente etapa procesal, RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA que accedió a las pretensiones de la demanda, estando dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia del 23 de junio de 2022.

NOTIFICACIONES

El suscrito las recibirá en la Av. 2N entre Calles 10 y 11 CAM Torre EMCALI del Municipio de Cali (Valle del Cauca) y dirección electrónica:
Carlosheredia85@hotmail.com
caheredia@emcali.gov.co
notificaciones@emcali.com.co

Del señor Juez, Respetuosamente,

CARLOS ANDRÉS HEREDIA FERNÁNDEZ
C.C. No 14.638.306 de Cali-Valle
T.P. No 180.961 del Consejo Superior de la Judicatura

El escrito que se formuló no enumeró únicamente los reparos concretos que luego serían acompañados de argumentos ante el Ad quem, sino que los sustentó extensamente de manera previa, permitiendo al Magistrado cognoscente del recurso conocer los puntos de vista de mi representada frente a la Litis y al contenido de la sentencia de segunda instancia.

Habida cuenta de lo anterior resulta necesario que en virtud de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y el respeto por los derechos constitucionales, se declare presentada de manera anticipada la sustentación del recurso de apelación. Lo anterior por cuanto, si con el hecho de llegar el escrito de sustentación dentro del expediente al Tribunal antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos, mal podría privilegiarse la sola ritualidad con desmedro del derecho sustancial (Art. 228 C.P), para desatender una opugnación ya sustentada cuyo fin principal es el defender los recursos públicos, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a la demandada con la sentencia combatida (Al respecto de esta tesis, véase la sentencia CSJ STC15797-2014).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El suscrito abogado es plenamente consciente de la razón por la cual se exige que la apelación sea sustentada, toda vez que en si no es un instrumento para probar suerte ante el superior jerárquico, sino que sólo debe el profesional del derecho acudir a ella cuando existan fundamentos de hecho y de derecho que den cuenta que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación.

No obstante lo anterior y en un riguroso apego a los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, existe una tesis de doctrina que refiere que solo es necesario sustentar una vez el recurso de apelación", por lo que, si dicha labor se adelantó ante el juez de primera instancia, no será necesario una nueva sustentación ante el de segunda.

Ahora bien., la apelación como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Civil de Casación del máximo tribunal, se compone de varias etapas:

1. Interposición del recurso. En el caso de marras, el disenso se dio a conocer por parte del suscrito en audiencia oral precedida por el Juez Tercero Civil del Circuito de Cali.
2. Exposición del reparo concreto (enunciación de los ítems específicos de desacuerdo), y
3. Sustentación con base en los reparos concretos ante el superior.

En el caso que ocupa el presente recurso, el disentimiento es porque el escrito presentado el día 29 de junio de 2022 no sólo contiene en si reparos concretos a la sentencia de primera instancia, sino que esos reparos son sustentados en fundamentos fácticos y jurídicos de manera extensa, por lo que se configura un exceso ritual manifiesto, omitirlo tan sólo por el hecho de haberse presentado con anterioridad al auto que ordena la sustentación del recurso.

Necesario es manifestar que frente a temas de identidad fáctica se ha venido desarrollando la tesis de que “solo es necesario sustentar una vez el recurso de apelación”, por lo que, si dicha labor se adelantó ante el juez de primera instancia, no será necesario una nueva sustentación ante el de segunda.

Al respecto de que las formas no deben ser un obstáculo para la realización de los derechos se pronunció la Corte en sentencia de tutela T-268 de 2010 así:

“La Corte Constitucional ha señalado que, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.” (negrita y cursiva por fuera del texto)

Si se acepta que el derecho sustancial prima sobre las normas procesales, debe también observarse que si conforme el artículo 328 del CGP el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante; se tiene entonces que estos argumentos fueron ampliamente expuestos y desarrollados en el escrito presentado el 29 de junio del presente año, el cual reiteró no consta únicamente de reparos concretos, sino que desarrolla los argumentos y las tesis jurídicas a través de las cuales se pretende que en segunda instancia la decisión sea revocada en derecho.

Y es que deviene en exceso ritual manifiesto declarar desierto el recurso que previamente se ha sustentado, cuando en todo caso además de los reparos ha expresado las razones en que apoya su inconformidad, como lo sostienen algunas providencias – Magistrado Ariel Salazar Ramírez, sentencia T-449 de 2004 de la Corte Constitucional – e inclusive doctrinantes.

De acuerdo con esta tesis debe diferenciarse entre el señalamiento de los reparos y la sustentación del recurso, en particular, para definir si se trata de dos

escenarios del todo separados o si, eventualmente, ***“quien al reparar sustenta su impugnación y, por lo tanto, no puede serle impuesta la sanción de declaratoria de desierto del recurso”***. (ibid.) (negrita y cursiva por fuera del texto)

Al respecto es preciso decir que el reparo es en sí una enunciación de los puntos de la sentencia con los que se está en desacuerdo sin argumentación alguna. Por el contrario, la sustentación es como dicen los tratadistas *“el desarrollo dialéctico de la disidencia planteada frente a un determinado aspecto”*, que fue lo que finalmente se hizo mediante el escrito del 29 de junio de 2022 dado a conocer a todas las partes procesales. Así las cosas, es resulta pertinente decir que quien no formuló un reparo no puede convertirlo en motivo de posterior sustentación en la audiencia, *“pero tampoco implica prohibición para que quien interpone el recurso e identifica los reparos no pueda sustentarlos en el momento mismo de la interposición del recurso o el de definición de los reparos, según se trate de auto o sentencia, si a bien lo tiene”*.

En ese sentido se pronunció la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela expediente STC5790-2021 del 24 de mayo de 2021, cuando revisando un caso de identidad fáctica bajo el marco del Decreto 806 de 2020, art 14, reseñó la postura del órgano de cierre frente al tema, así:

“(…) [e]l respeto por las formas propias de cada juicio no implica, en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos, todo lo contrario, la primacía de lo sustancial, impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de la administración de justicia y de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a ella.

(…)

No se trata de avalar el desconocimiento absoluto de la ritualidad procesal, pero tampoco de que el funcionario judicial atienda de manera tan rigurosa a esas formalidades, pues ello apareja un “excesivo ritual manifiesto” que sacrifica prerrogativas constitucionales para salvaguardar la forma (CSJ STC7543-2020).

(…)

Dado que, como la presentación de la demanda de casación, en la dinámica propia de ese recurso, es la manera idónea de sustentar la impugnación, esa actividad, al haberse realizado antes del traslado que la ley señala para el efecto, simplemente fue previa, si se quiere anticipada, por lo que en el caso concreto, tal conducta no determina que esté viciada por extemporaneidad.

Lo anterior por cuanto, si con el hecho de llegar la demanda a la Corte antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos, mal podría privilegiarse la sola ritualidad con desmedro del derecho sustancial (Art. 228 C.P), para desatender una impugnación ya sustentada cuyo fin principal es el de unificar la jurisprudencia patria, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a los sujetos procesales con la sentencia combatida (AC 28 Jul. 2014. Rad. No. 2006-000394-01) (Se resalta. CSJ STC15797-2014).

Siguiendo la anterior línea de argumentación, sea preciso decir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha argumentado que resulta excesivo declarar

desierto un recurso o inclusive una demanda de casación en el caso en que aplique, teniendo en cuenta que el hecho de llegar el escrito de sustentación dentro del expediente al Tribunal antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso no causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, máxime cuando desde el 29 de junio conoce los argumentos de la sustentación; por tanto no debe dársele prioridad a la ritualidad con desmedro del derecho sustancial (Art. 228 C.P), para desatender una opugnación ya sustentada cuyo fin principal es el defender los recursos públicos, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a la demandada con la sentencia combatida.

El mismo órgano de cierre se pronunció en sentencia de tutela STC5826-2021 en acta de sesión del 19 de mayo de 2021, en el sentido de indicar que resulta desproporcionado cercenar el derecho a la administración de justicia, al interpretar de tal manera el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 que no se valore que en el escrito que se presentó en el tiempo de los reparos, yacen los argumentos que los sustentan. Me permitiré citar lo expuesto por la Honorable Corte así:

*Téngase en cuenta que aunque el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece que «[e]jecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes», la práctica judicial ha llevado a la Corte a reflexionar sobre la necesidad de que el Juzgador revise el memorial de reparos con el fin de establecer, si en el mismo, también están expuestos los argumentos de sustentación que permitan tramitar la alzada. **Nota-se que este es uno de los casos de materialización del principio pro actione que aboga para que determinadas interpretaciones y aplicaciones de la ley no den lugar a que, injustificadamente, se restrinja el acceso a la justicia.***

Concretamente sobre la sustentación anticipada del recurso de apelación, la S. ha precisado:

*Desde esa lógica, a pesar de que las condiciones de tiempo y modo establecidas en el artículo 14 del Decreto 806 se muestran estimables frente a libertad de configuración del legislador, a la hora de observar la temática en el plano supralegal y en relación con los casos concretos, **no es admisible la aplicación automática e irreflexiva de la sanción que contempla la norma en el caso de que se sustente por escrito de forma prematura, esto es, antes de que inicie el conteo de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas; pues, esa tarea debe estar soportada en un análisis ponderado en aras de establecer si las particularidades del caso permiten concluir que la sustentación anticipada era suficiente para la resolución de la alzada, sin que lo adelantado en esa gestión conlleve a sancionar al litigante de forma tan drástica como es el cercenamiento de la segunda instancia.***

En efecto, en el panorama actual (escrito) la desatención de la parte en relación con el momento preliminar en que sustenta su inconformidad no muestra implicaciones mayores que justifiquen la abstención del ad- quem de decidir de fondo, ya que, como la misiva contentiva de dicha sustentación ya está al alcance del juez, resulta excesivo aplicar sin detenimiento la deserción.

Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del

*Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiente el mandato legal; **no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia**" (Sentencia aprobada en sesión virtual del 12 de mayo de 2021. Exp. 2021-0975-00) (negrita y cursiva por fuera del texto)*

Así las cosas, es claro que la Corte Suprema de Justicia en casos similares ha decantado la posición de que se revise si dentro del escrito presentado en etapa de reparos, tiene los argumentos que los sustentan, de tal manera que no se cercene el derecho a la administración de justicia.

Máxime téngase presente que el escrito presentado el 29 de junio del año hogaño obrante a diez (10) folios útiles no realiza simples reparos, sino que hace una exposición argumental acerca del porque no resulta procedente acceder a las pretensiones del demandante. Resulta relevante no desconocer los derechos sustanciales sobre las formas en un caso como en que nos ocupa, en el cual, están en riesgo dineros públicos solicitados por el demandante, cuando en el plenario mismo no obra prueba o indicio que permita inferir que haya existido voluntad por parte de EMCALI, de recibir los servicios prestados, y por tanto, al no mediar un acuerdo de voluntades, no se puede desconocer un imperativo legal, que es la voluntad de obligarse y por tanto, no procede el pago de los servicios prestados.

IV. PETITUM:

De conformidad con el principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas y el derecho al libre acceso a la administración de justicia, recorro el auto que declara desierto el recurso de apelación en virtud de los argumentos expuestos líneas arriba que dan cuenta que este fue sustentado de manera anticipada por mi representada a través de memorial radicado el 29 de junio de las calendas.

V. NOTIFICACIONES:

El suscrito las recibirá en la Av. 2N entre Calles 10 y 11 CAM Torre EMCALI del Municipio de Cali (Valle del Cauca) y dirección electrónica:

Carlosheredia85@hotmail.com
caheredia@emcali.gov.co
notificaciones@emcali.com.co.

Del señor Magistrado, Respetuosamente,



CARLOS ANDRÉS HEREDIA FERNANDEZ

C.C. No 14.638.306 de Cali-Valle

T.P. No 180.961 del Consejo Superior de la Judicatura