

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA CIVIL FAMILIA MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RAMÓN ALFREDO
CORREA OSPINA.**

RAD. 17042311200120200006601

Rad. Int. 7-012

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Avoca esta Sala Unitaria el resolver del **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante en contra del auto proferido por el **JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ANSERMA, CALDAS**, el día 2 de septiembre de 2020; dentro del proceso **VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**, interpuesto por la sociedad **FUREL S.A.** en contra de la sociedad **TECNOLOGÍA CONSTRUCTIVAS DE COLOMBIA S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

El 19 de agosto de 2020, el Juzgado Civil del Circuito de Anserma, Caldas, inadmitió la demanda DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL, interpuesta por la sociedad FUREL S.A. en contra de la sociedad TECNOLOGÍA CONSTRUCTIVAS DE COLOMBIA S.A.S, ordenándole a la parte actora corregir los defectos de que adolecía, al considerar que la parte demandante no había agotado requisito de procedibilidad, lo cual es causal de inadmisión pues indicó que si bien en el escrito de demanda se hace solicitud de medidas cautelares, caso en el cual no es exigible tal requisito, no se aportó caución alguna para su decreto, de conformidad con lo establecido en el artículo 590 – 2 del C.G.P; igualmente consideró que los hechos 11, 12, 14 y 15, cada uno contiene varios hechos, los cuales debían separarse y numerarse nuevamente, ello, con el fin de hacer una adecuada fijación del litigio en el momento procesal correspondiente.

Dentro del término concedido para efectuarse la respectiva subsanación, el extremo actor allegó escrito con el que manifestó saneaba los yerros advertidos en el precedente auto.

El despacho a quo, en proveído del 2 de septiembre del 2020, rechazó la demanda por considerar que no se había subsanado en debida forma, por cuanto no se aportó caución alguna para el decreto de la medida cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 590 – 2 del C.G.P, refirió que no era del recibo de esa célula judicial el argumento esbozado por la parte demandante en el sentido que

basta con solicitar una medida cautelar al momento de presentar una demanda, para que se le exima de agotar el requisito de procedibilidad, ya que dicha exigencia perdería sentido y se convertiría en una forma de evadir uno de los requisitos formales de la demanda, pues debe tenerse en cuenta que las medidas cautelares igualmente tienen requisitos, no solo de procedencia, sino además para su decreto, como lo es la constitución de la caución, por lo que no basta simplemente con hacer la solicitud, sino que debe cumplirse con los lineamientos legalmente establecidos para ello.

Contra ese rechazo de la demanda, la parte actora interpuso recurso de apelación; en auto del 14 de septiembre de 2020, concedió la alzada interpuesta.

Arribado el proceso a esta Sala, se procede a desatar el recurso al no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado; ello previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

II.1. DE LOS ARGUMENTOS DE CONFUTACIÓN EXPUESTOS POR LA PARTE ACTORA.

La impugnante presentó escrito de sustentación del recurso ante la a quo, en el que expuso como argumentos de confutación los siguientes, en aras que se revoque el auto recurrido:

- Que la caución es un requisito para el decreto y la práctica de la medida cautelar, mas no para la solicitud de la medida ante el Despacho y mucho menos para admitir la demanda.
- Que el Despacho tiene facultades para aumentar o disminuir la caución, por lo que la costumbre litigiosa es solicitar la medida y posteriormente se fija el monto de la caución por el Despacho, tanto es así, que se puede una vez fijada la caución solicitar la disminución con una motivación ajustada a derecho.
- Que la mera solicitud de medidas cautelares realizada ante el despacho, desplaza al demandante de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.
- Que considera que se subsanó la demanda conforme a derecho de acuerdo a las solicitudes y que, el deber era admitirla, reconocer personería y fijar la caución para posteriormente proceder con el adjunto de la póliza de seguros con el lleno de los requisitos del amparo solicitado ya que la caución no puede ser tenida en cuenta como un requisito para admitir la demanda, sino como un requisito para el decreto y práctica de las medidas cautelares.

II.2. INADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE LA DEMANDA.

En los términos del artículo 90 del CGP, el juez ha de declarar **“inadmisible la demanda”** cuando la misma, entre otros eventos, “no reúna los requisitos formales” (N.1); “...o “...cuando no se acredite que se agotó conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad” (N. 7). Así mismo, para que el defecto o defectos que se precisen sean subsanados, ha de conceder un término de cinco días, so pena de rechazo del libelo, con la orden de devolución de los anexos al actor sin necesidad de desglose (incisos 2° y 4°). Por su parte, el inciso 5° de la norma en cita dispone que *“los recursos contra el auto que rechace la demanda comprenderán el que negó su admisión. La apelación se concederá en el efecto suspensivo y se resolverá de plano”*.

II.3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Teniendo claro cuáles fueron los motivos por los cuales la juez a quo rechazó la demanda, procederá este Colegiado, de cara a los motivos concretos de apelación, a resolver si tenía mérito para sustentar dicha decisión:

SOBRE LA ORDEN DE PRESTAR CAUCIÓN EN ARAS DE DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA POR LA DEMANDANTE.

En el auto inadmisorio de la demanda, se le ordenó a la parte actora aportar caución para el decreto de la medida cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 590 – 2 del C.G.P. Para la parte recurrente la caución para el decreto de la medida cautelar no se debe presentar con la demanda; que primero debió la juzgadora fijar de manera adecuada su monto, para luego precisar lo atinente al cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Frente al tema en cuestión deben realizarse las siguientes precisiones:

La **ley 640 de 2001** en su **artículo 35** dispone que *“en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad... Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero...”*.

Por su parte, el **artículo 38** de la ley en cita expresa que *“si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil*

en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados. PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso”.

A su vez, el **parágrafo 1º del artículo 590 del CGP** determina que “*en todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad*”. Norma que está en concordancia con el artículo **613 ibídem**, el cual indica: “*no será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública*”; entre otros eventos expresamente contemplados por el legislador, en los que se exonera a la parte demandante de agotar el mencionado requisito de procedibilidad (por ejemplo para los procesos de restitución de inmueble arrendado a la luz del artículo 384 del CGP).

Como puede apreciarse, está permitido que así se trate de un asunto conciliable, no se deba agotar conciliación previa, si se solicitan medidas cautelares; sin embargo, hay eventos en que la parte demandante solicita la práctica de medidas cautelares únicamente con el fin de eludir el agotamiento del requisito de procedibilidad, lo que se puede evidenciar en circunstancias como la petición de medidas abiertamente improcedentes de cara a la naturaleza del asunto, o aunque viables, no cumple con la constitución de la caución en los casos que esta se exige, o decretada no demuestra ningún interés en su práctica, entre otros eventos de similar connotación.

Pese a ello, el legislador no estableció una consecuencia específica en aras de castigar esas prácticas constitutivas de un verdadero abuso del derecho, como sería la consistente en solicitar el decreto de una medida cautelar para evadir de manera ilegítima de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad; y en el evento que el demandado no interponga reposición contra el auto admisorio alegando la falta de agotamiento de ese requisito o a través de la excepción previa correspondiente (numeral 5 del artículo 100 del CGP), el proceso seguiría sin estar afectado de ninguna nulidad, pues al respecto la H. Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil ha expuesto:

“...hay que precisar que los denominados requisitos de procedibilidad, corresponden a restricciones y exigencias legales para el ejercicio del derecho de acción concretado en la formulación de la demanda, impuestos en razón de caros intereses como pueden ser, por vía de ejemplo, el de la búsqueda de un acuerdo directo entre las partes en contienda, la promoción de una actividad diligente en el actor y, como contrapartida, la sanción a su incuria.

Como es notorio, el concepto anotado, a pesar de reconocer que hay allí un límite al derecho de acceso a la administración de justicia, tal barrera puede resultar razonable en atención a fines superiores; y, además, dicha noción hace énfasis en el gravamen que pesa sobre el sujeto que desee incoar una acción mediante demanda mas no en la autoridad judicial que la ley prevé debe atender en nombre del Estado ese derecho a la prestación de jurisdicción.

Resulta claro, entonces, que la ausencia de conciliación prejudicial, en asuntos como el de esta especie, no es detonante de una irregularidad que vicie el proceso en razón del motivo aducido en el cargo, pues sería ello tanto como entender que tal diligencia previa tiene la virtud de ser palanca que conduzca a la “adquisición de jurisdicción” por parte del juez que la ley ha designado ex ante. No. Ese juez tiene y ejerce jurisdicción, pero el ejercicio válido del derecho de acción, y más certeramente, su concreción mediante la formulación de esa especie de derecho de petición que es la demanda por parte del sujeto debe acompasarse con exigencias que, como la que se examina, es la puerta de entrada a su ejercicio ante aquel, ya investido de esa potestad. Es ello lo que ocurre, por ejemplo, con la caducidad, fenómeno que tiene sus implicaciones perjudiciales en el titular de la acción sometida al fatal término, pero que no incide en la jurisdicción de la autoridad llamada a decretar su acaecimiento. Es que por esa vía, no habría juez que pudiera avocar el conocimiento del asunto, siquiera para declararla.

Con la conciliación pasa otro tanto: advertida la ausencia del acta o constancia elevada por el conciliador y que reporta su fracaso total, el juez debe rechazar la demanda y, en su defecto, el demandado puede formular la correspondiente excepción previa, como en este caso, efectivamente, así se hizo. Y en todo ese recorrido del nacimiento del proceso el juez tuvo y ejerció la jurisdicción. Por lo que si se entiende que la falta de ella se pregona es de estos jueces de instancia que conocieron de la cuestión litigiosa en examen, hay que concluir entonces que, conformando ellos la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, son los llamados a resolver conflictos como el de esta causa, pues ninguna otra jurisdicción ni especialidad jurisdiccional está legalmente investida para hacerlo. Es a eso a lo que se refiere el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor, “corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones”¹.

Sin embargo, para esta Colegiatura, tratándose de juicios de naturaleza declarativa donde se soliciten con la presentación de la demanda medidas cautelares procedentes de las contempladas en el artículo 590 del CGP, resulta razonable que, previo a que el juez resuelva sobre la admisión del escrito introductor, requiera a la parte demandante para que en un término prudencial

¹ H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de abril de 2017, SC5512-2017, MP. Margarita Cabello Blanco.

preste la caución requerida en el numeral 2º del artículo en cita², ello en concordancia con el artículo 603 ibídem, el cual determina: “...en la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia de conformidad con lo dispuesto en este Código”. O, en los eventos en que sea abiertamente improcedente la medida de cara a la naturaleza de las pretensiones debatidas, también resuelva sobre ese punto antes de estudiar la admisibilidad de la demanda.

En otras palabras y de cara al asunto concreto, lo prudente es que la orden de prestar caución, señalar su cuantía y verificar el cumplimiento en el plazo otorgado, para calificar su suficiencia y aceptarla (art. 604 del CGP), se realice de manera previa a decidir sobre la admisión de la demanda, de tal manera que si el demandante no presta la caución, la consecuencia sea la negativa del decreto de la medida cautelar por no configurarse el supuesto del numeral 2º del artículo 590 del CGP, y ahí sí se inadmita la demanda por no haberse acreditado que se agotó la conciliación como requisito de procedibilidad (numeral 7º del artículo 90 del CGP), para que se aporte en el término de 5 días, so pena de rechazo.

En esa medida, para esta Sala Unitaria no resultó atinado lo decidido por la juez a quo sobre inadmitir la demanda para que se aportara la caución como si fuera un anexo de la demanda, para decretar la medida cautelar solicitada, pues se itera, el despacho debe indicar previamente su cuantía, forma y término para otorgarla y dependiendo de su cumplimiento o no, proceder a su admisión.

Como ninguno de los motivos por los cuales rechazó la demanda fue convalidado por la Corporación, se revocará el auto apelado; y tal como en apretada síntesis lo expresa el recurrente, lo que procede una vez retorne el expediente al Despacho de origen, es que la juez de conocimiento fije de manera adecuada el monto de la caución, indicándole a la demandante su cuantía, el término para prestarla, las consecuencias de su renuencia en relación a la medida solicitada y resuelva los pedimentos que le realizó la actora en el escrito petitorio, previo a resolver nuevamente sobre la admisión de la demanda; en esta última decisión deberá abstraer los motivos que originaron el rechazo que se revoca y si a bien lo tiene, dentro de su autonomía judicial, tomará en cuenta los parámetros que atrás se establecieron.

III. CONCLUSIÓN.

² “Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia”.

LA DECISIÓN A ADOPTAR EN ESTA INSTANCIA

Se colige de lo discurrido que no le asistió razón a la juzgadora de primer grado al haber rechazado la demanda, por esta razón se **REVOCARÁ** la decisión del 2 de septiembre de 2020; lo anterior con la finalidad de que la juez del conocimiento proceda de la manera establecida en párrafos anteriores.

No habrá lugar a condena en costas en esta sede en tanto no se causaron (art. 365-8 del C.G.P).

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES, EN SALA UNITARIA CIVIL FAMILIA, REVOCA** el auto proferido por el **JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ANSERMA, CALDAS**, el día 2 de septiembre de 2020; dentro del proceso **VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**, interpuesto por la sociedad **FUREL S.A.** en contra de la sociedad **TECNOLOGÍA CONSTRUCTIVAS DE COLOMBIA S.A.S.**; lo anterior con la finalidad de que la juez del conocimiento proceda de la manera establecida en la parte considerativa.

No hay lugar a condena en costas, por lo dicho en la parte considerativa de esta decisión.

NOTIFÍQUESE

EL MAGISTRADO,

RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA

Firmado Por:

**RAMON ALFREDO CORREA OSPINA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR MANIZALES**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

523131fae6e0551a615418a4434eca8ceca9d98746856772cbfdc00b381c310b

Documento generado en 24/09/2020 04:44:45 p.m.