

JUZGADO VEINTISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C., enero veinticuatro (24) de dos mil veintidós.

Radicación: Verbal No. 110014003**02320200052100**
Demandante: Laura Isabel Yepes y otro
Demandado: Fundación Pluma y otros
Asunto: Apelación auto.

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra el auto de fecha 20 de octubre de 2020, mediante el cual se rechazó la demanda, por no haberse acreditado el requisito de procedibilidad a través de constancia de no acuerdo y/o acta de conciliación expedida por cualquier centro de conciliación en los términos del artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

El apoderado recurrente fundamenta su apelación indicando que se impone la obligación de destacar que el fundamento legal que se expuso para justificar la omisión de la inflexible exigencia del requisito de procedibilidad, es el Parágrafo 1 del artículo 590 del C.G.P. literalmente invocado en escrito subsanatorio pero desatendido incomprensiblemente por el ad quo-; disposición legal que originalmente se encontraba taxativamente contenida en el inciso 5° del artículo 35 de la Ley 640 de 2001

En el Estatuto Procedimental Civil vigente, se formalizó el concepto de la apariencia del buen derecho, aunado a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Dicho reconocimiento tiene lugar en materia probatoria y en medidas cautelares. El artículo 165, inciso 2° del Código General del Proceso, reza que “El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”, y el artículo 590, en su literal C, faculta al juez para que a petición de parte decrete medidas diversas a las tipificadas para los diferentes procesos.

Tanto en los medios probatorios como en las medidas cautelares innominadas, son procedentes si se verifican los principios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo la apariencia de un buen derecho objeto de la controversia.

CONSIDERACIONES

Estimó el juzgado de primera instancia que era menester acreditar que se había agotado la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, exigido como de admisibilidad por el artículo 90 numeral 7 del CGP.

A propósito, el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 establece que si la materia 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 que se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados, salvo que se solicite practica de medidas

cautelares, razón por la cual se debe acudir directamente al juez, como lo dispone el artículo 590 parágrafo 1 del CGP.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial debe intentarse en los procesos declarativos a excepción de los exceptuados en dicha norma, y el proceso cuya pretensión es la nulidad absoluta, por el hecho de someterse a la regulación del artículo 368 del CGP corresponde a un proceso declarativo, de tal manera que tan solo están exentos de agotar el requisito de procedibilidad los no conciliables y lo exceptuados como los divisorios, los de expropiación y en los que se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados, según lo advierte aquella norma.

El demandante solicita medidas cautelares en escrito aparte de la demanda, la cual corresponde a la inscripción de la demanda en un folio de matrícula inmobiliaria, razón por la cual se entiende que hace uso del parágrafo del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, y en la sustentación del recurso, se hace alusión a que se trata de una medida cautelar innominada para que se cumpla con el cometido coercitividad como lo dispone el literal C del artículo 590 del C.G.P.

Es de recibo que en todo proceso declarativo sea procedente una medida cautelar, nominada o innominada, sobre las cuales la doctrina ha indicado que: *“Los procesos de ejecución, lo mismo que los de liquidación, gozan de específico régimen de medidas cautelares en el cual están taxativamente señaladas las cautelas susceptibles de ser adoptadas, de modo que el juez no puede ordenar otras (CGP, arts. 476 a 481 y 599 a 602). En cambio, en los procesos declarativos el interesado no solo puede obtener no solo la práctica que la ley tiene concreta y expresamente autorizadas, sino también cualquier otra que encuentre razonable para proteger el derecho discutido”*.¹

Sobre la posibilidad de adoptar cautelas típicas en hipótesis no previstas expresamente, expresa: *“No obstante, es importante advertir que el texto completo del precepto (CGP, art. 590), expresa el propósito de facilitar la adopción de cualquier cautela en los procesos declarativos, siempre que el juez la encuentre legítima, como lo sugiere el enunciado. Por lo tanto, no parece correcto entender el contenido de la disposición con significado limitativo, sino expansivo. Siendo así, la expresión “cualquier otra medida”, no debe interpretarse en el sentido de excluir las cautelas mencionadas en el resto del precepto, sino en el de autorizar la adopción de medidas razonables en cualquier proceso declarativo...*

*...En definitiva, en los procesos declarativos no mencionados por el precepto respectivo (CGP, art. 590) tiene cabida cualquier medida cautelar, incluso típica, siempre que supere la valoración judicial sobre su legitimidad”*²

Posición asumida por el procesalista ALVAREZ GOMEZ³, quien precisa: *“Obsérvese que el legislador, al consagrar esta opción cautelar, no se refirió solamente a las apellidadas medidas cautelares innominadas, de diseño judicial o ideadas por el propio juzgador, sino que permitió, de manera general, el decreto de cualquier medida que el juez encuentre*

¹ ROJAS Gómez Miguel Enrique. Lecciones de Derecho Procesal. Procesos de Conocimiento. Editorial Esaju. Bogotá 2018. Pág. 238.

² Ídem. Pág. 66.

³ Marco Antonio. Módulo de Aprendizaje Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial. Pág. 86

razonable, por lo que no solo tienen cabida las cautelas de invención judicial sino también las que la propia ley

Igual lo hace el magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, OCTAVIO AGUSTO TEJEIROS DUQUE⁴

De acuerdo con lo anterior, habrá de ser revocada la providencia apelada por no ser necesario acreditar que se agotó la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, puesto que se solicitó medida cautelar innominada como lo autoriza el artículo 590 parágrafo 1 del CGP, precisando que la valoración de los presupuestos previstos en el artículo 590 literal c) incisos 3 y 4 son propios de la providencia que decreta la medida cautelar.

Así las cosas, mérito de lo expuesto se dispone:

PRIMERO: REVOCAR el auto de fecha 20 de octubre de 2020, mediante el cual se rechazó la demanda, para que en su lugar se proceda a la admisión de la misma.

SEGUNDO: Devuélvanse las presentes actuaciones, al Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá. Ofíciense.

NOTIFIQUESE,


LEONARDO ANTONIO CARO CASTILLO
Juez

LAO

⁴ Salvamento de voto sentencia STC15244-2019 “Esto es, las medidas innominadas no solo son las que no están expresamente señaladas en la ley, sino aquellas que estándolo en el ordenamiento, no lo están para un caso específico o particular, pues frente a este son verdaderamente genéricas a pesar de ser típicas para otras eventualidades (...) En conclusión, el artículo 590 del Código General del Proceso formuló una regla general (lit. “c”) y dos complementarias (lit. “a” y “b”), en las que instituyó las medidas cautelares nominadas que allá se exponen y las innominadas que vengan al caso, medidas éstas que para otros eventos podrán ser nominadas”.