

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

Popayán, doce (12) de enero de dos mil veintidós (2022)

Corresponde desatar el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido el 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. El 30 de julio de 2021 HUGO FERNANDO SOLARTE POTES y SANDRA MILENA SUÁREZ CIFUENTES, por conducto de apoderado, promovieron demanda declarativa contra QBE SEGUROS S.A., JOSÉ HERIBERTO COICUE HILAMO, COOPERATIVA DE TRANSPORTES "ÉTNIAS DE COLOMBIA" S.A. y JUAN CARLOS COICUE SALAZAR, con el objeto de que se declare, entre otras cosas, "la nulidad del "CONTRATO DE CONCILIACIÓN MUTUA DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO", celebrado el 8 de agosto de 2016, por dolo o engaño sobre el señor HUGO FERNANDO SOLARTE, de acuerdo con el artículo 2476 del Código Civil", y que los demandados son civil, solidaria y extracontractualmente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por los actores, con ocasión del accidente de tránsito acaecido el 5 de agosto de 2016.

El libelo fue inadmitido mediante auto del 15 de septiembre de 2021, para que fueran subsanadas las falencias que el a quo le enrostró al escrito introductor.

Es así que en lo que interesa al recurso de apelación, en la parte motiva del mencionado proveído se exigió para la admisión de la demanda, que se indicara cuáles son las medidas cautelares que pretende se decreten, y los bienes sobre los cuales recaen, o en el evento de desistir de dichas cautelas acreditar el agotamiento del requisito de procedibilidad (arts. 35 y 38 de la Ley 640 de 2001).

2. En la oportunidad correspondiente y con el fin de subsanar los defectos anotados, el apoderado de la parte actora allegó entre otras cosas, un escrito de medidas cautelares solicitando se decreten las siguientes, con fundamento en lo previsto en el artículo 599 del Estatuto Procesal:

"PRIMERO: El embargo y retención de las sumas de dinero que se encuentre depositado o que se llegara a depositar en las cuentas de ahorros, corrientes, certificados de depósito a término, entre otros, y cuyo titular sea el demandado, la sociedad QBE SEGUROS S.A (HOY ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.) (...)

SEGUNDO: El embargo y posterior secuestro de la sociedad comercial QBE SEGUROS S.A (HOY ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.) (...)

Sírvase señor Juez oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., ordenándole la inscripción de la medida cautelar de conformidad con el numeral 1 artículo 590 del Código General del Proceso.

TERCERO: El embargo y posterior secuestro de la sociedad comercial COOPERATIVA DE TRANSPORTES ETNIAS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN (...).

Sírvase señor Juez oficiar a la Cámara de Comercio del Cauca, ordenándole la inscripción de la medida cautelar de conformidad con el numeral 1 artículo 590 del Código General del Proceso."

Y en cuanto a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en la demanda señaló:

"En cumplimiento de lo prescrito en la Ley 640 del 2.001, el día 5 de julio de 2018, ante la Fiscalía 1 de la Unidad de Caloto, mi poderdante intentó llegar a un acuerdo conciliatorio con el señor JUAN CARLOS COICUE, pero esto no se logró, ya que este no asistió a la audiencia programada, a pesar de haber sido citado debidamente por la Fiscalía en dos oportunidades. Así se indica en las constancias expedidas por el fiscal los días 5 de febrero de 2018 y 21 de noviembre de 2017.

No obstante, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, en este caso, no es necesario agotar la conciliación extrajudicial, ya que junto con esta demanda se solicitan medidas cautelares".

3. EL AUTO APELADO. Decidió rechazar la demanda incoada, señalando, que las medidas cautelares solicitadas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 599 del C.G.P. resultan improcedentes, toda vez que dicho precepto regula las cautelas admisibles en los procesos ejecutivos más no en los declarativos, a los que le son aplicables las establecidas en el artículo 590 lb.

Con apoyo en reciente pronunciamiento de la Corte (STC3028-2020 ¹), advirtió, que al ser inviables las cautelas rogadas, las mismas no reemplazan el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, el cual tampoco se entiende acreditado con la manifestación que sobre ese particular realizó el togado en la demanda, pues se menciona que *"a la audiencia de conciliación solo se citó a uno de los demandados con lo cual no se cumple a cabalidad con lo preceptuado en la Ley 640 del 2.001 ... la conciliación debe agotarse frente a la totalidad de los demandados y en los términos señalados por la parte demandante esta solo lo exonera de agotar la conciliación frente al señor JUAN CARLOS COICUE y no frente a los demás demandados conocidos, esto es, el señor JOSE HERIBERTO COICUE HILAMO, QBE SEGUROS S.A.,*

¹ Sentencia del 18 de marzo de 2021, Rad No. 11001-02-03-000-2019-04162-00 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

HOY ZURICH COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ETNIAS DE COLOMBIA S.A.”

Que como el requisito de procedibilidad “no se agota con la sola citación de una de las partes, y en el caso en particular, el demandante no tiene excusa para relevarse de agotar la conciliación frente a los demás demandados cuya dirección se conoce”, dada la improcedencia de las cautelas solicitadas en el juicio declarativo, deviene el rechazo de la demanda.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN. Presentado por la parte actora en subsidio de la reposición, aduce que el Juzgado se equivocó en el análisis efectuado e incurrió en un exceso ritual manifiesto, vulnerando con ello el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia.

Que si bien es cierto que “por error involuntario se citó en el escrito de medidas cautelares el artículo 599 del CGP, y no el artículo 590 que gobernaba la solicitud por tratarse de un proceso declarativo, sin embargo, el artículo 590 sí fue citado, para las solicitudes contenidas en los numerales 2 y 3 del cuaderno de medidas cautelares”.

Que los yerros en que se incurrió al deprecar las cautelas “no son suficientes para llevar al RECHAZO de la demanda ordinaria, pues si bien es cierto, la medida solicitada en el numeral 1 del cuaderno de medidas cautelares es improcedente, no acontece lo mismo para las medidas solicitadas en los numerales 2 y 3”, las cuales guardan armonía con lo previsto en el literal b. del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P.

“Que el juzgado se valió de la solicitud ciertamente improcedente incluida en el numeral 1 de medidas cautelares para rechazar de plano la demanda, como si no tuviera el operador judicial la facultad y discrecionalidad legal para rechazar las solicitudes improcedentes y ordenar las procedentes, sin que ello signifique rechazar la demanda”. Agrega, que “la admisión de la acción resulta un imperativo para la búsqueda de justicia del demandante y la reparación de los perjuicios que se han ocasionado, pues véase que esta demanda se radico sobre el límite temporal de la prescripción extraordinaria del contrato de seguro que ampara al vehículo responsable del siniestro, como quiera que el accidente de tránsito ocurrió el 5 de agosto de 2016 cumpliéndose el margen final del término prescriptivo el 5 de agosto de 2021, es decir que su rechazo conlleva a la prescripción material del seguro y en consecuencia, el accionante quedaría absolutamente desprovisto de una

garantía que le asegure la efectividad de la eventual sentencia favorable a sus intereses".

Por lo anterior, pide revocar el auto recurrido y en su lugar, negar por improcedente "la solicitud incluida en el numeral 1 del Cuaderno de Medidas Cautelares", acceder a las cautelas rogadas en los numerales 2 y 3, y en consecuencia admitir la demanda.

4.1. Por auto del 06 de diciembre de 2021 el Juzgado dispuso no reponer la providencia atacada y concedió en el efecto suspensivo la apelación incoada de manera subsidiaria.

CONSIDERACIONES

1. El auto reprochado es susceptible de este recurso en voces del numeral 1º del artículo 321 del Código General del Proceso, y el suscrito Magistrado es competente para conocer del asunto, acorde con lo previsto en los artículos 31 y 35 *Ibíd.*

2. Así concretado el asunto, el problema jurídico que debe resolver la Sala gravita en dilucidar, si la determinación del funcionario de primer grado de rechazar la demanda se encuentra ajustada a derecho, o en su defecto, debe revocarse para que aquel proceda a su admisión.

2.1. Sea lo primero recordar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del C.G.P., una vez recibida la demanda le corresponde al operador judicial examinar entre otras cosas, el cumplimiento de los requisitos formales contemplados en el artículo 82 *lb.* en concordancia con el artículo 6º del Decreto 806 de 2020, regulación ésta última que establece las herramientas para el trámite de las actuaciones judiciales de manera virtual, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a la materia.

El Juez podrá declarar inadmisibile el libelo en los eventos previstos en el referido art. 90, estableciendo la misma disposición que deberá señalar "con precisión" los defectos de que adolezca, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo, y vencido el término para subsanarla, decidirá si la admite o la rechaza.

2.2. Uno de los eventos que conlleva la inadmisión de la demanda, es la falta de prueba del agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los asuntos susceptibles de ello (núm. 7º artículo 90 lb. y artículo 38 Ley 640 de 2001), la que de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de esta última ley, en materia civil sólo se podrá adelantar “ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales”.

De acuerdo con lo señalado en el inciso 3 del artículo 35 de la referida Ley, dicho requisito se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1º del artículo 20 lb., la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; *“en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación”*.

Se podrá prescindir de la comentada exigencia, cuando se manifieste bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, 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 (inciso 4º art. 35 Ley 640 de 2001), **o en el caso de solicitarse la práctica de medidas cautelares que resulten procedentes** (parágrafo 1 art. 590 C.G.P.).

Sobre este último tópico ha precisado la Corte:

*“si bien es cierto que el parágrafo del reseñado canon establece 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», también lo es que, como se dijo en un caso de similares contornos, **«el juez, como director del proceso, debe verificar que la medida solicitada sea PROCEDENTE, que sea necesaria para evitar la vulneración o amenaza del derecho, que sea proporcional, y que además sea efectiva para el cumplimiento del fin previsto»** (CSJ STC15432-2017), tarea que efectuó el Tribunal accionado.*

(...)

Frente a este preciso tópico, esta Sala, tuvo la oportunidad de señalar que:

«[C]onforme a lo dispuesto en el parágrafo 1º del canon 590 del Código General del Proceso, “(...) cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se

podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial (...)"

Sobre el punto, coligió que **tomando en consideración la improcedencia de la memorada cautela, tal petición en la demanda no sustituía el requisito de la conciliación**, pues "(...) **no es la sola solicitud de medida y práctica de medida cautelar. Ella debe estar asistida de vocación de atendimento, es decir que sea procedente, porque aceptarlo de una forma diferente daría al traste con el aspecto teleológico de la norma, puesto que bastaría solo predicar el pedimento asegurativo para evitar el escollo de la conciliación previa (...)**".

De esa manera, advirtiendo la ausencia del aludido presupuesto de procedibilidad, dispuso revocar lo actuado en ese litigio y, en su lugar, "(...) disponer el rechazo de la demanda, por ausencia del requisito de procedibilidad que conduce a la falta de competencia (...)"

Las conclusiones adoptadas son lógicas, de su lectura no refulge vía de hecho, el Tribunal efectuó una juiciosa valoración que le llevó a rechazar de plano de ese libelo, cimentado en la regla 36 de la Ley 640 de 2001; por lo tanto, no es posible reabrir un debate fenecido cuestionando el estudio realizado por el juez ordinario, pues este mecanismo no es una instancia revisora adicional a las previstas por el legislador» (CSJ STC10609-2016)"² (Resaltado fuera del texto).

2.3. Descendiendo al *sub examine*, se observa que **la parte actora no acreditó el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad**, pues la constancia emitida el 21 de noviembre de 2017 por la Asistente de Fiscal en el marco de una investigación penal ³, de no comparecencia del señor JUAN CARLOS COICUE a la audiencia de conciliación ahí programada no satisface tal exigencia, en la medida que tratándose de un asunto de competencia de los Jueces Civiles, dicha audiencia debía intentarse ante los funcionarios que prevé el artículo 27 de la Ley 640 de 2001, entre los que no se hayan los servidores de la Fiscalía General de la Nación, aunado que tampoco obra prueba de la citación efectuada a todos los aquí demandados ni el motivo de esa convocatoria contrastable con las pretensiones debatidas en este proceso.

2.4. Ahora bien, el apelante asegura que las medidas cautelares solicitadas en los **numerales 2 y 3 de su escrito**, resultan procedentes a la luz del literal b. del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P., por lo que correspondía al Juez de primer nivel acceder a su decreto y por consiguiente admitir la demanda.

Dicho argumento no es acogido por esta Sala, pues tal y como se desprende del recuento procesal realizado al inicio, es claro que la parte demandante pidió expresamente el **embargo y secuestro** de las

² CSJ STC4283-2020, 08 jul. 2020, rad. No. 11001-02-03-000-2020-01343-00 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

³ Página 213 archivo pdf anexos de la demanda.

sociedades "QBE SEGUROS S.A (HOY ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.)" y "COOPERATIVA DE TRANSPORTES ETNIAS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN", y la "inscripción" a que se hace referencia en el inciso segundo de los numerales 2 y 3 del escrito de medidas, corresponde al registro de dichos embargos en las Cámaras de Comercio más no a la inscripción de la demanda de que trata el literal b. del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P.

3. Ante ese escenario, como las cautelas rogadas resultaban improcedentes por ser aquellas propias de los juicios ejecutivos (art. 599 C.G.P.), acorde con el precedente citado líneas atrás, razón le asistió al funcionario de primer nivel al rechazar la demanda, toda vez que tal petición no exoneraba al extremo activo de agotar la conciliación previa como requisito de procedibilidad en esta acción declarativa, y en ese orden, se responde afirmativamente el problema jurídico propuesto, lo que conlleva a confirmar la decisión atacada.

Al tenor de lo previsto en el ordinal 8º del artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas en esta instancia, por no haberse causado.

Por lo expuesto, la SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto, dentro del asunto del epígrafe.

Segundo: Una vez ejecutoriado el presente auto, y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las desanotaciones de rigor.

Notifíquese y Cúmplase.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado sustanciador

AB.