

**La Solicitud de Medidas Cautelares como Instrumento de Evasión de la Conciliación
Prejudicial en los Procesos Declarativos en Colombia**



Daniela Rivera Anacona

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Programa de Derecho

Popayán, Colombia

Junio, 2022

**La Solicitud de Medidas Cautelares como Instrumento de Evasión de la Conciliación
Prejudicial en los Procesos Declarativos en Colombia**



Daniela Rivera Anacona

Trabajo de grado modalidad investigación para optar al título de Abogada

Director

Abogada: Anna Cristina Pito Polanco

Codirector

Docente investigador: Julián David Guachetá Torres

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Programa de Derecho

Popayán, Colombia

junio, 2023

Nota de Aceptación

El trabajo de grado denominado: “**La solicitud de medidas cautelares como instrumento de evasión de la conciliación prejudicial en los procesos declarativos en Colombia**”, presentado por Daniela Rivera Anacona, una vez revisado el informe final y aprobada la sustentación del mismo, autorizan para que se realicen los trámites concernientes para optar el título profesional de **Abogada**.



Director.

Anna Cristina Pito Polanco



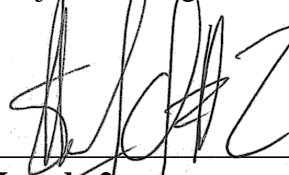
Codirector.

Julián David Guachetá Torres

Brajhan Santiago Obando

Jurado 1.

Brajhan Santiago Obando



Jurado 2.

William Eugene Ulrich Astaiza

Popayán, 2023

Agradecimiento

En primer lugar, quiero agradecer a mis docentes y directores, por su dedicación y paciencia, sin sus palabras y correcciones no hubiese podido lograr llegar a esta instancia tan anhelada. Gracias por cada uno de sus consejos en cada una de las etapas de este proyecto, los llevaré grabados para siempre en la memoria en mi futuro profesional

También quiero agradecer a Corporación Universitaria Autónoma del Cauca por brindarme todos los recursos y herramientas que fueron necesarios el desarrollo de la investigación. No hubiese podido arribar a estos resultados de no haber sido por su incondicional ayuda.

Por último, quiero agradecer a mi familia, por apoyarme aun cuando mis ánimos decaían. En especial, quiero hacer mención de mi madre, quien siempre estuvo ahí para darme palabras de apoyo y un abrazo reconfortante para continuar, a mi hermano por sus consejos y palabras acertadas, a mi tía por sus ocurrencias y anécdotas para recordarme que todo llega y todo pasa y finalmente a mi prima quien ha sido mi ángel y me recuerda el fiel apoyo y palabras de su padre que aun hoy hacen eco en mi memoria.

Tabla de Contenido

Introducción	8
Capítulo 1.....	13
El Espíritu del Legislador al Crear la Norma que Exime al Demandante de Agotar la Conciliación Prejudicial con la Solicitud de Práctica de Medidas Cautelares.....	13
Capítulo 2.....	26
La Conciliación Prejudicial Frente a la Medida Cautelar, un Análisis de las Implicaciones para el Proceso Judicial	26
Conclusiones.....	50
Referencias Bibliográficas	53

Resumen

El presente texto, tiene por objetivo determinar la necesidad o no de una precisión legislativa de la norma contenida en el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, mediante la cual se exime al demandante de agotar la conciliación prejudicial, sin más, cuando solicita la práctica de medidas cautelares. Es por esto que se analiza el tratamiento de la jurisprudencia a la excepción legal de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos del Código General del Proceso, en virtud de la sola solicitud de práctica de medidas cautelares, en Colombia desde el 2012 a 2022.

De esta manera, se hace necesario investigar e interpretar el sentido de la norma contenida en el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, que exime al demandante de agotar la conciliación prejudicial, sin más, cuando solicita la práctica de medidas cautelares.

Localizado así el espíritu del legislador, con el apoyo de la jurisprudencia colombiana se logre establecer si es o no plausible que al demandante se le exima de agotar la conciliación prejudicial cuando la medida cautelar que solicita sea improcedente o siendo procedente no se materialice por no cumplir con las cargas para su decreto y práctica.

Y finalmente, determinar la necesidad o no de una precisión legislativa que propenda por adicionar al texto legal, que la solicitud de las medidas cautelares para eximirse de agotar el requisito de la conciliación prejudicial debe ser procedente, decretada y materializada.

Palabras claves: Requisito de procedibilidad, conciliación, medidas cautelares, procesos declarativos.

Abstract

The purpose of this text is to determine the need or not of a legislative precision of the rule contained in paragraph 1 of article 590 of the General Code of the Process, by which the plaintiff is exempted from exhausting the preliminary conciliation, without further ado, when requesting the practice of precautionary measures. It is for this reason that the treatment of the jurisprudence to the legal exception of exhausting the preliminary conciliation as a procedural requirement in the declarative processes of the General Code of the Process, by virtue of the sole request for the practice of precautionary measures, in Colombia from 2012 to 2022, is analyzed.

Thus, it is necessary to investigate and interpret the meaning of the rule contained in paragraph 1 of article 590 of the General Procedural Code, which exempts the plaintiff from exhausting the preliminary conciliation, without further ado, when requesting the practice of precautionary measures.

Having thus located the spirit of the legislator, with the support of Colombian jurisprudence, it is possible to establish whether or not it is plausible that the plaintiff is exempted from exhausting the preliminary conciliation when the precautionary measure requested is improper or, being appropriate, does not materialize because it does not comply with the requirements for its decree and practice.

And finally, to determine the need or not of a legislative precision that tends to add to the legal text, that the request for precautionary measures in order to be exempted from exhausting the requirement of pre-judicial conciliation must be appropriate, decreed and materialized.

Key words: Procedural requirement, conciliation, precautionary measures, declarative process.

Introducción

En el estudio del derecho, se van conociendo las normas que rigen los procesos judiciales; dentro de ellas, para acudir a la jurisdicción ordinaria civil, la Ley 640 de 2001¹ establecía requisitos que el demandante había de cumplir previo a presentar una demanda; norma derogada por la Ley 2220 de 30 de junio de 2022 vigente desde el 22 de noviembre de 2022, por medio de la cual se expide el Estatuto de Conciliación Colombiano.

Para el ejercicio del derecho de acción con pretensiones declarativas² constituía y sigue constituyendo requisito de procedibilidad el agotamiento la conciliación prejudicial³; del que se exime si se solicita la práctica de medidas cautelares⁴.

En ese sentido, los abogados al instaurar un proceso declarativo que ponga en funcionamiento el aparato judicial se encuentran con que deben cumplirse determinados requisitos

¹ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

² Ley 1564 de 2012 artículo 368 a 389 y del 392 al 398

³ Ley 640 de 2001. ARTÍCULO 38. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles. modificado por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012. 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 parágrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso.

Ley 2220 de 2022 artículo 67. La conciliación como requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, se tendrá como regla general que la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones que por norma así lo exijan, salvo cuando la ley lo excepcione (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 1. La conciliación en asuntos laborales no constituye requisito de procedibilidad (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 2. Podrá interponerse la demanda sin agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación en los eventos en que el demandante bajo juramento declare que no conoce el domicilio, el lugar de habitación o el lugar de trabajo del demandado o este se encuentra ausente y no se conozca su paradero, o cuando quien demande sea una entidad pública. Igualmente, cuando la administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 3. 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

⁴ Ley 1564 de 2012. ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. (...) PARÁGRAFO PRIMERO. 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.

de procedibilidad entre ellos el agotamiento de la conciliación prejudicial, sin embargo, la misma norma permite la omisión de esta con la solicitud de medidas cautelares.

Ahora bien, para la aplicación de esta omisión se hace necesario entender y adentrarse en el estudio de las medidas cautelares⁵, en las que tiene que, éstas deben cumplir ciertos elementos de procedencia que son analizadas por el juez y que además se perfeccionan en tres etapas: se inicia con la solicitud⁶, pasa por su decreto⁷ hasta su práctica⁸. Sin embargo, en algunos casos se encuentra el uso de esta excepción con el fin de evitar la obligación de agotar la conciliación prejudicial mediante la solicitud del decreto de una medida cautelar.

Por lo tanto, se busca poner de presente, si el hecho de solamente “solicitar” la cautela va en consonancia con el espíritu del legislador al establecer la excepción del párrafo 1 de artículo 590 del Código General del Proceso o si por el contrario ¿puede constituirse en un instrumento para evitar el cumplimiento del requisito de procedibilidad?

Situación en la que hay que plantearse ¿qué sucede con el requisito de procedibilidad - conciliación prejudicial, si no se agota, dado que el demandante con la presentación de la demanda “solicita” el decreto de medidas cautelares y que a la postre no sean decretadas? ¿se entiende entonces por cumplido con el requisito de la solicitud pese a no ser materializada la medida cautelar?

⁵ Para la Corte, las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. Sentencia C-379/04

⁶ Solicitar se define por la REA como la acción y efecto de solicitar.

Solicitar una medida cautelar es pretender, pedir o buscar el decreto de una medida preventiva para garantizar un derecho.

⁷ Es una actuación del juez que se materializa en una providencia judicial denominada auto en el cual se ordena la práctica de una medida cautelar.

⁸ Es la materialización misma de la medida, con la cual queda perfeccionada haciendo efectiva la cautela para garantía de los derechos que se persiguen en el proceso judicial.

Son estas incógnitas las que surgen al poner en funcionamiento el aparato judicial al adelantar un proceso declarativo, y que con el objeto de solventarlas se recurre a los estrados judiciales pero en los que se encuentran posturas antagónicas en las que no es posible determinar si la norma “exige de la parte interesada únicamente requerir la medida cautelar para quedar relevada de intentar la conciliación prejudicial, sin que sea indispensable que el juzgador las decrete o practique” (Corte Suprema de Justicia, STC3028-2020), o si dicha solicitud debe ser precedida de su vocación de procedencia⁹.

Así, con el propósito de indagar sobre lo que sucede con el requisito de procedibilidad de que trata el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, en los procesos declarativos en Colombia cuando la medida cautelar solicitada se torna improcedente y en consecuencia, ha sido utilizada como instrumento para evadir la conciliación prejudicial que constituye requisito de procedibilidad, debido a que la norma literalmente dice: “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” (Ley 1564 de 2012) y de ninguna manera precisa o condiciona que la medida deba ser decretada.

Por lo que se pretende analizar el tratamiento de la jurisprudencia a la excepción legal de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos del Código General del Proceso, en virtud de la sola solicitud de práctica de medidas cautelares, en Colombia desde el 2012 a 2022.

⁹ La procedencia supone el cumplimiento de los requisitos procesales indispensables para que el juez pueda decretar la medida cautelar.

El trabajo se centra en ubicar y estudiar las posturas en las instancias judiciales, frente a la excepción legal. En su desarrollo se encuentran diferencias en el precedente jurisprudencial, pieza fundamental para determinar si existe la necesidad de una precisión normativa.

De esta manera, se hace necesario investigar e interpretar el sentido de la norma contenida en el párrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, que exime al demandante de agotar la conciliación prejudicial, sin más, cuando solicita la práctica de medidas cautelares.

Localizado así el espíritu del legislador, con el apoyo de la jurisprudencia colombiana se logre establecer si es o no plausible que al demandante se le exima de agotar la conciliación prejudicial cuando la medida cautelar que solicita sea improcedente o siendo procedente no se materialice por no cumplir con las cargas para su decreto y práctica.

Y finalmente, determinar la necesidad o no de una precisión legislativa que propenda por adicionar al texto legal, que la solicitud de las medidas cautelares para eximirse de agotar el requisito de la conciliación prejudicial debe ser procedente, decretada y materializada.

La investigación se desarrolla a partir de la metodología de carácter cualitativo, la cual permite conocer las características, funcionamiento y posibles decisiones judiciales ante la solicitud de la práctica de medidas cautelares, para acreditar el requisito de procedibilidad eximiéndose del agotamiento de la conciliación prejudicial.

Dentro de esta metodología cualitativa, se usan varias técnicas de investigación, en primer lugar, el análisis documental, en el que se utilizan documentos de índole nacional como lo es el proyecto de Ley del Código General del Proceso en donde se investiga la intención del legislador al establecer la solicitud de medidas cautelares como eximente de la conciliación como requisito de procedibilidad, establecida en párrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso.

Así mismo, el análisis de la normatividad y la jurisprudencia, con la que se obtiene información relevante en las diferentes posturas sobre el tema de estudio y finalmente, se desarrolla la técnica de estudio de caso, para conocer el funcionamiento en la dinámica cotidiana de la solicitud de medida cautelar para eximirse de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad y determinar su posible necesidad de precisión normativa.

Es así como el trabajo se inicia con el estudio del proyecto de Ley del Código General del Proceso en donde se investiga la intención del legislador al establecer la solicitud de medidas cautelares como eximente de la conciliación como requisito de procedibilidad, establecida en parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso y que se desarrolla en el siguiente primer capítulo.

Capítulo 1.

El Espíritu del Legislador al Crear la Norma que Exime al Demandante de Agotar la Conciliación Prejudicial con la Solicitud de Práctica de Medidas Cautelares.

El derecho está guiado por leyes, las cuales tienen como objeto dentro del ordenamiento jurídico ser la expresión de la voluntad del pueblo soberano representado en el Congreso que se impone a todos los demás poderes u órganos (Olano, 2008). En Colombia partir de la promulgación de las leyes se introduce al mundo jurídico partes esenciales a través de lo cual se construye el alma máter del derecho, el cual está supeditado a los cambios del Estado; es decir, estos se producen conforme evoluciona la sociedad; todo, mediante la interacción de actos y respuestas; es decir, se origina en sus condiciones de vida, envuelto en el juego mutuo de acciones y reacciones entre todos los factores sociales, y en especial, con el aparato de poder del cual deviene y que lo impone (Méndez, 2011). En tal sentido, la norma debe suplir y satisfacer una necesidad de la sociedad, por lo que se debe señalar su efecto, la entidad u órgano para expedirla, el trámite o la conducta que debe seguir y el objeto material que se ha de acatar por la comunidad (Cordero, 2009). Bajo esos preceptos, la Constitución Política de Colombia de 1991 es la norma básica del ordenamiento jurídico; lo que denota que es esta Carta Fundamental la columna vertebral de toda la normatividad colombiana, fundamentándola y ratificándola (Rodríguez, 2017), dentro de ella se encuentran principios, valores, estructura, fines del Estado y derechos; así se establece la Constitución Política de Colombia (1991) en el Título V sobre la Organización del Estado y estructura del Estado y su Capítulo I, artículo 113 que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial” (Constitución Política de Colombia, 1991) y en lo que concierne al objeto de estudio es, la Rama Legislativa que se encuentra en el artículo 132, el que determina las funciones del Congreso; “cuerpo colegiado, bicameral, integrado por el Senado de la República y

la Cámara de Representantes, que le corresponde esencialmente reformar la Constitución, hacer las leyes¹⁰ y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración” (Vanegas, 2018).

Dentro de las funciones enunciadas del Congreso se encuentra la función legislativa, por medio de la cual, se encarga de estudiar, crear, interpretar, reformar y derogar las leyes y códigos en todas las ramas de la legislación (Vanegas, 2018); es decir, se encarga de establecer directrices de acción en determinadas áreas y el gobierno las desarrolla y pone en práctica a través de sus funcionarios (Ortiz, 2017). Bajo esta función la Constitución en su artículo 154¹¹ otorga a determinados sujetos la facultad o posibilidad de presentar proyectos de ley y reformas a la Constitución política. En desarrollo de esta facultad el Ministerio de Interior y de Justicia el 29 de marzo de 2011 radicó ante el congreso para su trámite legislativo respectivo, el Proyecto de ley número 159 de 2011 Senado y número 196 de 2011 Cámara, publicado en la Gaceta número 119 de 29 de marzo de 2011.

El proyecto tuvo como fin minimizar la diversidad normativa en la jurisdicción ordinaria, debido a que se tenía como norma vigente el Decreto 1400 de 1970 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Civil, que entró en vigor en el año 1971, y desde su aplicación fue sometido a algunas modificaciones tales como las del Decreto 2282 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Ley 794 de 2003, Ley 1194 de 2008, Ley 1395 de 2010, entre otras, que aunque consideradas útiles para la época en la que fueron proferidas, no se ajustaba totalmente a la legislación procesal necesaria (Gaceta Oficial No. 250, 2011).

Precedido por el Código Judicial (Ley 105 de 1931) que había llegado para regular las disposiciones sobre organización judicial y procedimiento civil y penal; bajo su vigencia (1931 a

1971) empezó a regir el sistema probatorio denominado “tarifa legal de prueba” del que se avanzó al sistema de valoración de la prueba denominado “sana crítica racional” con el nacimiento del código de procedimiento civil.

Durante el debate del proyecto de ley, teniendo como norma vigente el Decreto 1400 de 1970, hay que decir, que lo relacionado en materia de conciliación prejudicial y sus eximentes por solicitud de medidas cautelares estaba reglado por la Ley 640 de 2001 y en su artículo 35 sobre el requisito de procedibilidad disponía: “Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción”¹². Dicho Código de Procedimiento Civil estaba precedido por el código judicial (Ley 105 de 1931) que pese a haber llegado para regular la organización judicial y el procedimiento civil y penal,¹³ frente al requisito de procedibilidad nada dijo.

Es así, como mediante la presentación del proyecto de ley del Código General del Proceso se pretendió suplir las nuevas necesidades de la realidad contemporánea; dentro de esa propuesta con el fin de lograr una justicia rápida y oportuna y una resolución eficaz de las controversias, se incorporó la oralidad en todas las disciplinas del derecho procesal, la unificación de los procedimientos y la incorporación de tecnologías avanzadas al proceso (Congreso de la Republica de Colombia, 2011); esto, a través de la implementación de un nuevo Código de Procedimiento que regulara la actividad del proceso judicial con la exclusión de factores normativos que impiden el adecuado funcionamiento del desarrollo jurisdiccional y la aniquilación de prácticas indebidas o que entorpecen el desarrollo de la actividad procesal, compensado con la inclusión de

¹² El texto fue derogado por la Ley 1437 de 2011 pero fue incluido en la Ley 1564 de 2012, 'por medio de la cual se expide el Código General del Proceso

¹³ Módulos V de técnicas de derecho probatorio Profesora Anna Cristina Pito Polanco 2019 Uniautónoma del Cauca.

mecanismos y procedimientos procesales modernos con los que se vieran reflejadas las garantías constitucionales en los trámites judiciales.

De la revisión del trámite del proyecto de Ley¹⁴, se evidencian los presupuestos planteados y aprobados en el informe de ponencia¹⁵ para primer debate de la Cámara al proyecto de ley número 196 de 2011 se encuentra que una de las grandes novedades a discutir fue la relacionada con las medidas cautelares; no solo se fortalece este régimen para garantizar el cumplimiento de un fallo judicial, sino que también se enriquecen al introducirse la medida cautelar innominada.¹⁶ Frente al requisito de procedibilidad ninguna normativa se observa en el artículo 544 del Proyecto, que fue el encargado de dicha regulación.

Es en ponencia de segundo debate de la Cámara de representantes¹⁷, publicada en la gaceta 745 de 2011 en la que se conserva la totalidad el cuerpo del artículo 544 del proyecto de ley, como

¹⁴ Presentación del proyecto de ley
Una vez que el proyecto de ley está listo, tanto el original como dos copias del proyecto se entregan en la Secretaría General del Senado, en la Cámara de Representantes o públicamente en las plenarias. La Secretaría le asigna un número y lo clasifica según el tema, el autor y otros factores de interés. Además, el presidente de cada cámara selecciona la comisión constitucional permanente que revisará el proyecto de ley y lo transmitirá a dicha comisión en función del contenido del proyecto. El envío del proyecto de ley a la Imprenta Nacional para su publicación en la Gaceta del Congreso es una de las tareas más cruciales de la Secretaría en este momento, ya que permite informar a toda la nación sobre las diversas iniciativas que el Congreso debe investigar.

¹⁵ Traslado a comisión y ponencia para primer debate
El presidente de la comisión designa a uno o varios ponentes del proyecto de ley una vez que la comisión lo recibe. Los ponentes son los congresistas encargados de estudiar el proyecto de ley y presentar un informe, conocido como ponencia, sobre si es conveniente o no, qué beneficios podría tener, qué reformas podrían hacerse para mejorarlo o si el proyecto debe ser rechazado porque, en su opinión, no sería bueno para el país.

¹⁶ Es así como inicialmente en el libro IV de medidas cautelares y cauciones, en artículo 544 del proyecto de ley se empiezan a establecer las reglas a aplicar para las “medidas cautelares en procesos de conocimiento”, siendo estos procesos aquellos en los que se pretende el reconocimiento por medio de una sentencia, de la existencia de un derecho o una obligación que es discutida por las partes (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2020).

¹⁷ Ponencia para el segundo debate
Se realiza votación del proyecto de Ley tan pronto como los miembros de la Comisión la hayan leído y debatido en profundidad. Si se acepta, el Presidente de la Comisión designa a uno o varios ponentes para el segundo debate, que pueden ser los mismos o distintos de los primeros ponentes. El ponente o ponentes recién designados se encargan de seguir evaluando el proyecto de ley y, por último, de redactar el informe para el segundo debate en el pleno de cualquiera de las dos cámaras.

se presentó inicialmente en primer debate¹⁸; sin embargo, resultó adicionado el artículo con un párrafo expresamente así: “(...) Parágrafo. Cuando se solicite la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente ante cualquier jurisdicción sin agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.” (Gaceta 745/2011), norma que es aprobada en la comisión; modificación que no incide en la eficacia de las medidas cautelares, destinadas a garantizar el hipotético cumplimiento de una sentencia judicial favorable o la anticipación de sus efectos independientemente de su jurisdicción y naturaleza.

¹⁸ Gaceta 250 de 2011.

Artículo 544. Medidas cautelares en procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes. Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual. El juez podrá negar la medida cautelar si la considera improcedente, innecesaria o desproporcionada.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable.

2. Para que sea decretada cualquiera de las medidas señaladas en el numeral 1 el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimado 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. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia de primera instancia.

3. El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere el numeral 1, o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones, para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras que ofrezcan suficiente seguridad.

Parágrafo. Cuando se solicite la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente ante cualquier jurisdicción sin agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Posteriormente, en discusión de Plenaria¹⁹ publicada en Gaceta 995 de 2011 es aprobado por unanimidad en la Cámara de Representantes el proyecto de ley contentivo de 616 artículos; corporación en la que se resaltó nuevamente el proyecto como una necesidad, por ser complementario e importante para avanzar en el tema del acceso a la administración de justicia, resolver temas de congestión e impunidad.

Ahora bien, en la ponencia de tercer debate, de la comisión primera en el Senado²⁰ fueron expuestas las principales novedades del proyecto de ley incluyendo las modificaciones sugeridas para este debate, dentro de las cuales se destacaron las garantías de acceso a la justicia, la incorporación de la oralidad, el uso de las tecnologías, la carga dinámica de la prueba, instituir el proceso declarativo verbal y verbal sumario. En lo relacionado con las medidas cautelares la inclusión de una medida innominada en los procesos declarativos consistente en la posibilidad de solicitarse y decretarse cualquier medida que:

el juez encuentre razonable para la protección y garantía del derecho objeto del litigio; esto es, desde impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, hasta

¹⁹ Debate en plenaria
Cuando el informe para segundo debate está completo, se envía para su publicación con el fin de prepararlo para el debate en el pleno de la cámara correspondiente, ya sea el Senado o la Cámara de Representantes. Ante la plenaria, el ponente coordinador presenta el proyecto y el informe. A continuación, los congresistas y los ministros pueden intervenir para exponer sus reflexiones; se trata de un procedimiento bastante similar al que se realiza en comisión.

Tras la intervención del ponente, el proyecto se debate en su conjunto o, si se solicita, por artículos individuales. El proyecto puede modificarse en este punto, aunque la Plenaria tiene la opción de devolverla a comisión si las enmiendas alteran significativamente el texto original.

²⁰ Traslado a la Cámara
Si el proyecto de Ley se aprueba en la plenaria de la corporación donde se introdujo el procedimiento por primera vez, el presidente de esa corporación remitirá los antecedentes y la documentación requerida al presidente de la otra cámara.

Los antecedentes y el proyecto de ley se remiten a la misma comisión que se seleccionó en la corporación anterior según la materia antes de ser enviados al pleno de la nueva cámara, siguiendo el mismo procedimiento que en la cámara anterior. En todas las situaciones, el proyecto de ley se debate de acuerdo con las directrices mencionadas.

prevenir los daños o hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. (Gaceta 144/2012)

Como resultado de estas propuestas fueron modificados y trasladados algunos títulos que produjeron cambios en la enumeración de algunos de los artículos, por lo que, el artículo objeto de este estudio, el 544 fue modificado tanto en numeración como en aspectos sustanciales así:

Tabla 1.

Cuadro comparativo del texto aprobado sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos presentado por la Cámara y las modificaciones introducidas por el Senado.

Texto aprobado en segundo debate plenaria cámara	Texto ponencia tercer debate comisión primera senado
<p>Artículo 544. Medidas cautelares en procesos declarativos.</p> <p>En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p>1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:</p> <p>a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.</p> <p>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez</p>	<p>Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos.</p> <p>En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, practica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:</p> <p>1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:</p> <p>a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.</p>

<p>ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.</p> <p>b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual. <u>El juez podrá negar la medida cautelar si la considera improcedente, innecesaria o desproporcionada.</u></p> <p>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.</p> <p>c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable.</p> <p>2. Para que sea decretada cualquiera de las medidas <u>señaladas en el numeral 1</u> el demandante deberá prestar caución equivalente</p>	<p>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.</p> <p>b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.</p> <p>Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.</p> <p><u>El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad</u></p>
---	--

<p>al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimado 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. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia de primera instancia.</p> <p>3. El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere el numeral 1, o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones, para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras que ofrezcan suficiente seguridad.</p> <p>Parágrafo. Cuando se solicite la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente ante cualquier jurisdicción sin agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.²¹</p>	<p>c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con</p>
---	--

	<p>pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.²²</p> <p>2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (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.</p> <p>parágrafo 1°. 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.</p> <p>parágrafo 2°. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.</p>
--	--

Nota: Texto aprobado en segundo debate plenaria Cámara en Gaceta 745 de 04 de octubre de 2011

y texto ponencia tercer debate comisión primer senado en Gaceta 144 de 28 de marzo de 2012.

Es así, como en sesión plenaria del 23 de mayo de 2012, el Senado publicó en la Gaceta 261 la única modificación a este artículo, que consistió en corregir las mayúsculas con las que se titulan los dos párrafos, y así el proyecto fue aprobado por la plenaria del Senado, según publicación en la Gaceta 379 de 2012, y de la Cámara, según publicación en la Gaceta 995 de 2011.

Finalmente, previo al trámite correspondiente de la Comisión de Conciliación quienes por unanimidad acogieron en su totalidad el articulado del proyecto y su título, tal y como fue aprobado en segundo debate en la plenaria por el Senado, realizaron correcciones ortográficas, mecanográficas y de concordancia como fue el caso del artículo 590 sobre mencionadas medidas cautelares; se precisa en el párrafo segundo la referencia normativa que en él se hace, determinando que los literales b) y c) citados hacen parte del numeral 1 del citado artículo, y mediante acta número 54 de la sesión ordinaria del 12 de junio de 2012, se aprueba el texto conciliado del Proyecto de ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, debidamente numeradas y concordadas (Gaceta 561/2012). Así, el 12 de julio de 2012 fue sancionada por el presidente de la República de Colombia la ley contentiva del Código General del Proceso, publicada en el Diario Oficial número 48.489 como Ley 1564 de 2012.

Ahora bien, a lo largo del debate para la promulgación de la Ley 1564 de 2012 se afirma que uno de los objetivos del proyecto era establecer un estatuto procesal adaptado a las exigencias del entorno social, por lo que dentro de las principales novedades aprobadas es la que el legislador pretende garantizar la eficacia de las sentencias judiciales, mediante la constitución de una medida cautelar innominada para los procesos declarativos que persigue su materialización, esta medida puede solicitarse desde la presentación de la demanda y que conforme entonces al párrafo 1 del

artículo 590 se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial que establece la Ley 640 de 2001²¹ en sus artículos 35 y 38 como requisito de procedibilidad en asuntos susceptibles de conciliación para acudir ante la jurisdicción civil, que se mantiene en la Ley 2220 de 2022²²

De un lado se tiene que, el sentido de existencia de las medidas cautelares es de carácter instrumental, pues estas buscan asegurar el cumplimiento de una obligación o en el caso de los procesos declarativos anticipar el cumplimiento de una sentencia, es decir estas medidas buscan la efectividad del derecho sustancial (Buitrago-Castillo, 2015). De otro lado se aprecia que el espíritu de la conciliación trasciende a la preocupación de descongestionar los despachos judiciales con la posibilidad de resolver conflictos en escenarios de interacción de las personas que se encuentran vinculadas por un conflicto y la mediación de un tercero neutral y calificado (Sánchez & Arango, 2016), por lo que resulta necesario agotar este requisito antes de acudir a la jurisdicción en asunto de materia civil. Sin embargo, con la excepción parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, el legislador deja abierta la posibilidad de eximirse de este requisito cuando se solicite la práctica de medidas cautelares en los procesos declarativos.

Empero, se resalta en el debate del proyecto que las medidas cautelares en los procesos declarativos tienen como finalidad conseguir una protección efectiva anticipada de los derechos y

²¹ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

²² Artículo 67. La conciliación como requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, se tendrá como regla general que la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones que por norma así lo exijan, salvo cuando la ley lo excepcione.

Parágrafo 1. La conciliación en asuntos laborales no constituye requisito de procedibilidad.

Parágrafo 2.' Podrá interponerse la demanda sin agotar el requisito de procedibilidad. de la conciliación en los eventos en que el demandante bajo juramento declare que no conoce el domicilio, el lugar de habitación o el lugar de trabajo del demandado o este se encuentra ausente y no se conozca su paradero, o cuando quien demande sea una entidad pública. Igualmente, cuando la administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos.

Parágrafo 3. 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. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto al respecto para los asuntos Contencioso Administrativo. (Ley 2220 de 2022)

garantía de cumplimiento de una eventual decisión judicial, por lo que además en la búsqueda de esa garantía trae la creación de las medidas innominadas que deben ser desarrolladas dentro de la razonabilidad.

Así, que siendo el espíritu del legislador que el eximente de agotamiento del requisito de procedibilidad es de protección efectiva anticipada de los derechos y garantía de cumplimiento de una eventual decisión judicial, el siguiente capítulo se dedica a revisar la realidad procesal.

Capítulo 2.

La Conciliación Prejudicial Frente a la Medida Cautelar, un Análisis de las Implicaciones para el Proceso Judicial

Este capítulo se desarrolla en torno a la siguiente pregunta ¿Es plausible que al demandante se le exima de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, cuando la medida cautelar que solicite sea improcedente o siendo procedente no se materialice por no cumplir con las cargas para su decreto y práctica?

En los asuntos susceptibles de conciliación se debe agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante las diferentes jurisdicciones; trámite que se debe agotar en centro de conciliación debidamente reconocido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El artículo 38 de la Ley 640 de 2001 modificado por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012 del Código General del Proceso se estableció²³ específicamente que dentro de los asuntos civiles la conciliación extrajudicial debe agotarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos, con excepción de los procesos divisorios, expropiación y aquellos en los que se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados; sin embargo, esta norma perdió vigencia el 22 de noviembre de 2022 por derogatoria mediante la Ley 2220 de 30 de junio de 2022, por medio de la cual se expide el Estatuto de Conciliación Colombiano y en el párrafo 3 del artículo 67 del capítulo 3 al respecto indica:

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

²³ Que se deroga con la ley 2220 de 2022 con vigencia a partir de 22 de noviembre de 2022.

prejudicial como requisito de procedibilidad. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto al respecto para los asuntos Contencioso Administrativo.

La norma se hace expresa referencia a los procesos declarativos, por lo que, conforme a lo expuesto se tiene como trámite de obligatorio cumplimiento el agotamiento de la conciliación extrajudicial; sin embargo, dentro de las excepciones legales, se encuentra que la Ley 1564 de 2012 en el artículo 590, al regular las medidas cautelares en procesos declarativos, en su párrafo primero permite acudir ante cualquier jurisdicción y en cualquier proceso cuando con la presentación de la demanda se solicite la práctica de medidas cautelares. Disposición que se introduce en el nuevo estatuto de conciliación (Ley 2220 de 2022) en el párrafo 3 del artículo 67 del capítulo 3.

Por su parte, los jueces en sus decisiones están sujetos al imperio de la ley y son criterios auxiliares la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina y al interpretarla debe tener en cuenta si los derechos reconocidos por la ley sustantiva son efectivos con las normas procesales a aplicar (Ley 1564, 2012).

Todo proceso inicia a petición de parte, con excepción de aquellos que la ley permite promover de oficio con la presentación de la demanda, la cual debe cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 82 del Código General del Proceso y es deber del juez estudiar su admisión, inadmisión o rechazo; por lo que en los procesos declarativos ese estudio es el momento procesal para examinar el cumplimiento además de los requisitos de forma, también de los requisitos de procedibilidad, bien el agotamiento de la conciliación con el aporte de la certificación de fracasada²⁴ emitida por el centro de conciliación, o bien con la solicitud de práctica de medidas cautelares.

²⁴ Sea por falta de acuerdo conciliatorio, por conciliación parcial o por no comparecencia

Ahora bien, en los casos en los que el demandante pretenda suplir el requisito mediante la solicitud de la práctica de medidas cautelares, ninguna normativa indica acerca de la procedencia, de la necesidad o de la obligatoriedad de adelantar los trámites para materializarlas para que el juez en el estudio del libelo introductorio no excuse al demandante del agotamiento de la conciliación prejudicial. Lo que conduce a creer que en los procesos declarativos en los que se debe agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, se exime simplemente por mediar la solicitud de medidas cautelares.

Se hace necesario recurrir a la interpretación de la norma, tarea propia del operador judicial, al dictar sus providencias. Es así como se tienen controversiales posturas.

A continuación se trae del precedente jurisprudencial, una decisión del Tribunal Superior de Bogotá en que se resalta que el legislador, no vinculó la excepción al requisito de procedibilidad a la viabilidad de la medida cautelar para materializar el derecho de acceso a la administración de justicia, sino que señaló que, de solicitarse la medida cautelar, podría impulsarse el proceso pertinente, de modo que, más allá de la viabilidad de la medida cautelar, se autorizaba al demandante a acudir directamente a la jurisdicción, sin necesidad de agotar la conciliación (Tribunal Superior De Bogotá – Sala Civil, 2015).

En 2016 en proceso declarativo reivindicatorio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en decisión de 26 de febrero al desatar la alzada revocó “el auto admisorio de la demanda, argumentando ausencia del requisito de procedibilidad (conciliación extrajudicial)” (2016), decisión proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, que al avocar el litigio decretó como medida cautelar, la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con ello se eximió al demandante de la conciliación pre judicial.

En esta oportunidad el Tribunal fundamentó el sentido de la decisión en que:

La inscripción de la demanda no tiene asidero en los procesos reivindicatorios, puesto que uno de sus presupuestos axiológicos es que el demandante sea el dueño y de otro lado, lo que busca la medida de cautela es asegurar precisamente que quien adquiriera, por disposición del dueño, corra con las consecuencias del fallo que le fuere adverso. (...) En los procesos en los que se ejerce la acción reivindicatoria, sin negar que el demandante debe probar la propiedad sobre el bien cuya reivindicación solicita, esa sola circunstancia no traduce que pueda decretarse la inscripción. Al fin y al cabo, una cosa es que el derecho real principal sea objeto de prueba, y otra bien diferente que como secuela de la pretensión pueda llegar a sufrir alteración la titularidad del derecho. (2016)

Decisión atacada ante la jurisdicción constitucional²⁵ asunto que conoció y resolvió la Corte Suprema de Justicia en Sentencia C10609-2016 con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona. Se analizó la improcedencia de una cautela, debido a que tal petición en la demanda no podía entenderse como un sustituto del requisito de la conciliación, pues indica que no se trata solo de presentar una solicitud de medida cautelar para su posterior práctica si no que ésta debe estar asistida de vocación de servicio o atendimento; es decir, que sea idónea para ser procedente, porque aceptarlo de otra manera desvirtuaría el aspecto teleológico de la norma, (iría en contra del espíritu del legislador) puesto que bastaría solo predicar simplemente la solicitud de medida cautelar para evitar el impedimento que significaría la conciliación previa (Sentencia C10609, 2016), lo que en consecuencia de la ausencia del requisito de procedibilidad conllevó a disponer el rechazo de la demanda.

²⁵ Acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva.

Posición reiterada por el mismo órgano de cierre, en 2017 para el caso en que el juez de primera instancia aborde el estudio de la procedencia de una medida cautelar innominada; sostiene que no es posible entender que el ánimo del legislador consista en que simplemente con la solicitud de la medida cautelar quede la parte eximida de agotar la conciliación prejudicial. En el asunto ahí estudiado, indica la Corte Suprema de Justicia, la necesidad de razonabilidad de la medida innominada, de evidenciar la apariencia de buen derecho o la existencia de una amenaza o vulneración de derechos. Es decir, que no es sólo la solicitud de practicar una medida cautelar, sino que debe estar asistida de vocación de atendimento, de lo contrario bastaría predicar el pedimento para evitar el escollo del requisito de procedibilidad de la conciliación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15432, 2017).

Por su parte, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil Familia en 2018 le correspondió resolver recurso de apelación en un proceso verbal de acción posesoria en el que se planteó como problema jurídico si la solicitud de la medida cautelar de inscripción de la demanda, exime a la parte demandante de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. (Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pasto, Sala Civil Familia, 2018).

Dentro de su análisis expresó que la exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, debido a que se instituye un espacio de encuentro y diálogo para facilitar la resolución de los conflictos, en el cual no se despoja a las partes de la posibilidad de oponerse a las propuestas de arreglo que se formulen en ella, pero sí ese espacio en el que los intervinientes detentan la oportunidad de acudir a la administración de justicia formal. Por lo que, son varios los fines que se buscan alcanzar por medio de la conciliación, y en especial con aquella que es necesaria agotar previamente a acceder a la justicia formal.

Se indica para entonces, que el párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso no puede ser interpretado de forma aislada, pues debe leerse de forma sistemática, lo que significa que de acuerdo a la naturaleza del proceso que se entabla se debe verificar que las disposiciones normativas adjetivas llamadas a gobernar en dicho proceso permitan que la medida cautelar sea adoptada en él, con ello se evita que bajo el pretexto de la solicitud de una medida cautelar abiertamente impertinente se evada el cumplimiento del requisito de procedibilidad en mención.

Posteriormente, en 2020 por acción de tutela instaurada en contra de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, asunto que conoció y resolvió la Corte Suprema de Justicia en Sentencia C 3028-2020 por las decisiones adoptadas en proceso declarativo de cumplimiento de contrato en el que fue inadmitida y posteriormente rechazada la demanda debido a que se solicitaron medidas cautelares que aunque adujo el demandante que eran medidas cautelares nominadas e innominadas según lo señalado en el artículo 590 del CGP, correspondiendo a la modalidad del embargo y retención de dineros depositados en entidades financieras, y la entrega inmediata de la obra en el estado que se encuentre, con esta última “no se estaría garantizando el cumplimiento de la sentencia sino anticipándose a la prosperidad de las pretensiones, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho” (Corte Suprema de Justicia en Sentencia C 3028-2020).

Medidas improcedentes las dos primeras y poco razonable la tercera y por demás desproporcionada bajo la discrecionalidad del juez y que por lo tanto no pueden ser decretadas y no pueden ser reemplazadas como requisito de procedibilidad de la audiencia prejudicial de conciliación.

Sin embargo, los Magistrados Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y Octavio Augusto Tejeiro Duque mediante salvamento de voto en lo que atañe a la conciliación como requisito de procedibilidad y su omisión cuando se solicita la práctica de medidas cautelares en los procesos declarativos manifiestan que las medidas cautelares se perfeccionan luego de 3 etapas o fases, como son la solicitud, el decreto y su práctica.

La primera le corresponde a la parte que busca garantizar o anticipar el cumplimiento de la decisión judicial y se concreta con la petición que aquél presenta ante la autoridad con ese propósito.

El decreto le compete al juez, quien está llamado, según sea el caso, a constatar los presupuestos de las medidas “nominadas o innominadas, así como determinar y verificar la prestación de la caución, para luego adoptar las directrices a que haya lugar, a fin de otorgar o no la cautela pedida, o, cualquier otra que considere razonable y proporcional” (Corte Suprema de Justicia, STC 3028-2020).

Finalmente, en la práctica de estas medidas,

participa una multiplicidad de sujetos e instituciones, que, liderados por el juez, ejecutarán los gravámenes, limitaciones u órdenes dadas por este, para de esa manera culminar con el trámite abordado, sin perjuicio que se adopten otras determinaciones más tarde, ya sea para modificarlas, suspenderlas o levantarlas. (Corte Suprema de Justicia, STC 3028-2020)

Con respaldo en lo anterior para los Magistrados, resulta cristalino el querer del legislador en el párrafo 1° del artículo 590, pues no existe duda que el imperativo “exige de la parte interesada únicamente requerir la medida cautelar para quedar relevada de intentar la conciliación prejudicial, sin que sea indispensable que el juzgador las decrete o practique” (Corte Suprema de Justicia, STC 3028-2020), así,

si se hubiera querido otra cosa, esto es, que dicho eximente se materializará con el decreto o con la práctica de ellas, así lo habría señalado la ley, pero no lo hizo. De allí que no pueda imponerse una sanción, como lo es el rechazo de la demanda, sin que exista norma expresa que así lo disponga, ya que se quebrantaría el principio de legalidad. (Corte Suprema de Justicia, STC 3028-2020)

Del precedente local más recientemente que dio paso a obtener postura de dos órganos de cierre en Colombia, el de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia se tiene que, al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto, Cauca correspondió el conocimiento de una demanda declarativa verbal de responsabilidad civil extracontractual y nulidad de contrato con pretensión de que se condene solidariamente a las aseguradoras Seguros del Estado S.A. y a la Aseguradora Solidaria Entidad Cooperativa.

Con la presentación de la se solicitó el decreto de medidas cautelares, pero no se indicó cuáles son las medidas cautelares que pretendía su decreto; no identificó los bienes sobre los cuales pretendía recayeran.

La demanda que previamente fue inadmitida y pese a que dentro del término concedido fue presentado el escrito de subsanación fundamentando su petición de decreto de medidas cautelares en el artículo 599 del Código General del Proceso, con la solicitud del embargo y retención de las sumas de dinero y que de no solicitar las medidas cautelares debía agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, señaló haber realizado el trámite de conciliación extrajudicial, en cumplimiento de lo prescrito en la Ley 640 del 2001; sin embargo, del estudio del despacho se tiene que no se dio cumplimiento a lo requerido frente a las medidas cautelares solicitadas, por lo que mediante el respectivo auto interlocutorio se rechazó la demanda, por considerarse improcedente la medida debido a que el artículo 599 del Código General del Proceso

norma en la cual fundamenta su petición, regula las medidas cautelares de embargo y secuestro en los procesos ejecutivos y se encontraba frente a un proceso declarativo, en el cual, hasta que se profiera sentencia, las medidas cautelares que le son aplicables, son las contenidas en el artículo 590 del Código General del Proceso (Ley 1564 2012), la de los procesos declarativos, tales como la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal; así mismo,

la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado ... y cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión *por lo que las medidas solicitadas no son procedentes* [énfasis añadido].

Así, que ante la solicitud de medidas cautelares improcedentes en los procesos declarativos y que las mismas no pueden ser reemplazadas como requisito de procedibilidad de la audiencia prejudicial de conciliación y de la revisión del trámite de conciliación extrajudicial adelantado por la parte actora; observó el despacho que solo se citó a uno de los demandados con lo cual no se cumple a cabalidad con lo preceptuado en la Ley 640 del 2001, por tanto, concluye el operador judicial que 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 conoce²⁶; en tanto ello evita que con el pretexto de solicitar medidas cautelares improcedentes y haber realizado la conciliación solo con uno de

²⁶ En el acápite de notificaciones de la demanda, claramente se encuentra descrita la dirección donde pueden ser notificados, incluso, referenció los correos electrónicos donde pudieron haber sido requeridos a efectos de agotar dicha diligencia

los demandados se evada el cumplimiento del requisito de procedibilidad en mención. (Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto, Cauca. Auto 34/2021).

Dicha providencia judicial fue recurrida en oportunidad procesal, correspondiendo desatar la alzada al Tribunal Superior del Distrito judicial de Popayán, Magistrado Ponente Jaime Leonardo Chaparro Peralta, mediante auto de enero 12 de 2022, quien confirmó la decisión adoptada por el funcionario de primer nivel el Dr. Luis Carlos García,²⁷ con apoyo en sus consideraciones resaltando que el juez, como director del proceso es quien debe verificar que la medida solicitada sea procedente, que ésta además sea necesaria para evitar la vulneración o amenaza de un derecho, que sea proporcional y finalmente obedezca al efectivo cumplimiento del fin previsto, como en efecto fue examinado y valorado, entendiéndose entonces que dicha decisión obedece al cumplimiento de sus deberes y no a una decisión arbitraria y caprichosa.

Posteriormente, estas decisiones adoptadas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, fueron sometidas a la vista del juez constitucional, mediante la demanda de tutela. Acción que conoció en primera instancia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la que encuentra razonable el rechazo de la demanda, porque para obviar el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, modificada por el artículo 621 del Código General del Proceso, se habían deprecado medidas cautelares que se consideraron inviables.

Así, la Corte Suprema de Justicia ahondando en jurisprudencia, expone dentro de sus razonamientos que si bien es cierto el parágrafo del artículo 590 del Código General del Proceso 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

²⁷ Docente Uniautónoma del Cauca hasta 2020 cátedra de derecho procesal civil especial

prejudicial como requisito de procedibilidad” (Ley 1564 de 2012), 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). Bajo esa perspectiva, expresa la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC2459-2022 que con las decisiones adoptadas

no se advierte una amenaza o vulneración a la garantía esencial..., en tanto que la providencia reprochada no revela arbitrariedad o desmesura, sino una divergencia conceptual cuya razonabilidad torna inviable la salvaguarda. Ello, porque al analizarse la excepción para agotar la conciliación extrajudicial en juicios declarativos cuando para ello se solicitan medidas cautelares, encontró que para el caso sub júdice éstas no eran procedentes, y con ello, que ciertamente el requisito echado de menos por el juzgado al calificar la demanda no había sido satisfecho. (Corte Suprema de Justicia, 2022).

Ahora bien, dentro de la misma sentencia se reconoce entonces con pronunciamiento mayoritario, que frente a la norma objeto de estudio existe una divergencia conceptual pero que su sentido debe ser entendido dentro de los parámetros de la razonabilidad; sin embargo, dicha postura fue objeto de oposición dentro de la misma sala por salvamento de voto por los Magistrados Octavio Augusto Tejeiro Duque y Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, para los cuales es irrazonable sostener que, si una medida cautelar solicitada no es procedente, se debe exigir el intento fallido de la conciliación extrajudicial en derecho y, en el evento en que este no se acredite, sea rechazada la demanda, esto debido a que la excepción que tiene la regla general que impone al demandante intentar la conciliación previa al proceso, por disposición legal, tiene lugar con la solicitud de medidas cautelares (Corte Suprema de Justicia, 2459/2022).

Debido a que si éstas dentro de los criterios de razonabilidad no cumplen con el objetivo que tienen las medidas cautelares de protección o servicio de justicia, la proposición de lo que quiere que en derecho le sea concedido y su consecuente impulso; para que así el juez las conceda, previo a la apreciación y a un estudio de los requisitos fácticos y jurídicos, que constituye su solicitud, y que por lo tanto debe estar dentro de la apariencia de buen derecho, con un acto de razonamiento para llegar a la convicción del juez, resultarían ser dichas medidas inviables e improcedentes (Riaño, 2014).

Partiendo de los supuestos anteriores, se encuentra a manera general dos posturas antagónicas, una atendiendo al aspecto textual de la norma y la otra a los criterios de razonabilidad, siendo esta última el criterio predominante en la jurisprudencia colombiana, por lo la tendencia es que en los procesos declarativos en los que se debe agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, se exima con la simple solicitud de medidas cautelares, se torna imperativo abordar la discusión de la necesidad o no de una precisión legislativa y es lo que se aborda en el siguiente capítulo.

Capítulo 3.

La Necesidad de una Precisión Legislativa Respecto a la Procedencia de las Medidas

Cautelares para Eximirse de Agotar el Requisito de la Conciliación Prejudicial

Se pretende en este capítulo, determinar la necesidad o no de una precisión legislativa que propenda por el cumplimiento de los fines del legislador, esto es que en los procesos declarativos la solicitud de las medidas cautelares desde la presentación de la demanda para eximirse de agotar el requisito de la conciliación prejudicial debe ser procedente para ser decretada de tal manera que se garantice la protección efectiva anticipada de los derechos y garantía de cumplimiento de una eventual decisión judicial.

Se tiene que, a las leyes, la constitución les asigna un contenido específico y una estructura; es decir, que cada una será diferente a las existentes en el ordenamiento jurídico, por lo que cada norma nace para suplir una necesidad.

Son expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las competencias constitucionales (Constitución Política de Colombia, 1991). Bajo este concepto se tiene que, por su parte la finalidad de la derogada Ley 640 de 2001 y de la vigente Ley 2220 de 30 de junio de 2022, por medio de la cual se expide el Estatuto de Conciliación Colombiano, es establecer las reglas generales sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la figura de los conciliadores su selección e inhabilidad especial, la creación de los centros de conciliación y sus obligaciones, lo relacionado a las actas y constancias de conciliación, “conciliación extrajudicial en derecho en materias contencioso administrativa, civil, laboral, familia, ...competencia y consumo, requisito de procedibilidad, conciliación judicial, y composición del Consejo Nacional de Conciliación y acceso a la justicia” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2007, p. 23).

Por su parte, como se mencionó la Ley 1564 de 2012 regula lo referente la actividad procesal en materia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios; con la que se introdujo además, novedades tales como la oralidad con la finalidad de obtener procesos más sencillos y en menor tiempo, los deberes, poderes y responsabilidades de los jueces, la estructura y etapas de los procesos, reglas concernientes a las pruebas, la modernización de procedimientos y la implementación de herramientas de tecnologías para la información y comunicación, el manejo del internet, la creación de documentos electrónicos como instrumentos para la consecución de las actuaciones procesales, práctica de pruebas y expedientes, situación que se desarrollará a través del plan digital de justicia y se fortalece el régimen de las medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de un fallo judicial (Uribe et al., 2012).

Esta ley también introdujo modificaciones en la mencionada 640 de 2001, que contiene al estatuto de Conciliación Colombiano y dentro del tema objeto de análisis, modificó el artículo 38 sobre el requisito de procedibilidad en asuntos civiles en el que dispone:

ARTICULO 38. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS CIVILES. 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 (Ley 640, 2001).

PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso (Ley 640, 2001).

Aun cuando esta ley es derogada por la Ley 2220 de 30 de junio de 2022, por medio de la cual se expide el nuevo Estatuto de Conciliación Colombiano, por el la cual el legislador busca constituir un solo cuerpo normativo en materia de conciliación y promover el desarrollo de esta

figura en el país, entre otras medidas, no introdujo novedad alguno referente a este mecanismo de solución de conflictos, por lo contrario, acoge y mantiene en el párrafo 3 del artículo 67 lo dispuesto sobre el requisito de procedibilidad en los procesos declarativos de la ley 1564 de 2012 así:

ARTÍCULO 67. La conciliación como requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, se tendrá como regla general que la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones que por norma así lo exijan, salvo cuando la ley lo excepcione (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 1. La conciliación en asuntos laborales no constituye requisito de procedibilidad (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 2. Podrá interponerse la demanda sin agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación en los eventos en que el demandante bajo juramento declare que no conoce el domicilio, el lugar de habitación o el lugar de trabajo del demandado o este se encuentra ausente y no se conozca su paradero, o cuando quien demande sea una entidad pública. Igualmente, cuando la administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos (Ley 2220, 2022).

PARÁGRAFO 3. 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 (Ley 2220, 2022).

Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto al respecto para los asuntos Contencioso Administrativo (Ley 2220, 2022).

Por lo que, al no existir cambio en el referente normativo a la conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos, esta debe agotarse para poder acudir ante la

jurisdicción ordinaria, requisito que es eximido cuando se solicite la práctica de medidas cautelares conforme el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, con esto, buscaba el legislador satisfacer dos necesidades a raíz del vacío normativo que existía, de un lado al garantizar que la conciliación se agotara dentro de las reglas propias del mecanismo y se finalizara la controversia en este escenario, se pretendía descongestionar los despachos judiciales (Revelo, 2019) y de otro lado garantizar el cumplimiento de la sentencia judicial dentro del proceso declarativo y al mismo tiempo la protección efectiva anticipada de los derechos.

Como quedó establecido en este estudio, en la vigencia de la Ley 1564 de 2012 se observa que esta medida ha sido recurrida en diferentes instancias debido a que su aplicación ha sido controvertida, esto debido, a que la regla ha dado lugar a que el demandante evada la conciliación prejudicial que constituye requisito de procedibilidad solamente con elevar solicitud de decreto de una medida cautelar, utilizando estas como instrumento de evasión de la conciliación prejudicial en economía en su carga procesal pero contrariando las finalidades para las que fueron creadas estas normas legales.

Dentro de las finalidades de las medidas cautelares tenemos que, estas son acciones que pueden ser adoptadas antes, durante o después de un proceso para asegurar la efectividad de los derechos objeto de una controversia judicial; sin embargo, estas no obedecen solo a un concepto dentro del proceso civil, así atendiendo el sistema jurídico escalonado se encuentra por su parte que en el Sistema Interamericano no existe una norma que consagre un concepto u objeto de las medidas cautelares y es solo en el reglamento de la comisión interamericana de derechos humanos en el que se encuentra una descripción de procedimiento, por lo que se extrae de manera interpretativa su definición así, las medidas cautelares pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte para que un Estado miembro adopte las medidas necesarias ante situaciones de gravedad

o de urgencia y se deban prevenir daños irreparables a las personas o bienes, en ese orden de ideas se tienen que estas medidas provisionales no tienen solo un carácter cautelar de conservación de situaciones jurídicas sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos (Murcia, 2013).

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana define las medidas cautelares como instrumentos mediante los cuales el ordenamiento busca proteger de manera provisional y durante el transcurso de un proceso la protección de un derecho que es controvertido dentro de este, así, el ordenamiento salvaguarda preventivamente a quien asiste a las autoridades judiciales a reclamar un derecho y garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Señala la corte que, si la ley no estableciera estos mecanismos para impedir la afectación o destrucción del derecho controvertido y así asegurar el resultado de los fallos, estos simplemente no tendrían efecto, es decir, serían ilusorios. Así, las medidas cautelares tienen un amplio constitucional, esto debido a que con ellas se desarrolla el principio de la eficacia de la administración de justicia. (Corte constitucional, 379/04)

Por otro lado, en la doctrina Parra Quijano (2013) en su texto Medidas cautelares innominadas manifiesta que las medidas cautelares representan una conciliación entre dos exigencias de la justicia, de un lado la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien a fin de que las providencias definitivas nazcan a la vida jurídica con garantías y para ello deben estar precedidas de una serie de actividades que aseguren de manera preventiva los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

Finalmente, en la doctrina el profesor Bejarano (2017) precisa las medidas cautelares como una medida que se adopta con el fin de garantizar un fallo hipotéticamente favorable, estas desde el punto de vista jurídico son las disposiciones que se toman antes de que se profiera una sentencia

y que se adoptan con el fin de que si la sentencia es favorable se pueda cumplir. Bajo la perspectiva de la incidencia de las medidas cautelares se hace necesario entonces que en el tema objeto de estudio y más concretamente en los procesos declarativos en los que por su naturaleza de ser incierto la existencia del derecho reclamado, tener de presente que se imponen entonces mayores restricciones a la posibilidad de decretar medidas cautelares y, como consecuencia, afectar el patrimonio de una de las partes o de la propia persona.

Si bien es cierto, deben adoptarse medidas para garantizar la satisfacción del derecho y el cumplimiento de la sentencia, no existe certidumbre que estas medidas redunden en un resultado beneficioso para el demandante, por lo que el legislador decide adoptar medidas que faciliten la adecuada tutela judicial, debido a esta necesidad, al interés público que subyace en toda acción, y a la eficacia de los procedimientos declarativos (Álvarez, 2014).

Se observa entonces hasta aquí, que tenemos frente al tema objeto de estudio, tres piezas que deben garantizar el correcto funcionamiento del aparato judicial, por un lado, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que evite llegar a instancias judiciales y así la descongestión de los despachos judiciales, que de no ser posible al agotar esta instancia habilitaría el acceso a estos, con la posibilidad de eximirse de este requisito siempre y cuando se realice la solicitud de las medidas cautelares como lo dispone el Código General del Proceso, siendo en esta parte en donde no se da cumplimiento a la finalidad de éstas, por lo que es aquí que falla el mecanismo y no permite el correcto funcionamiento para el que fue creado, pues se deja de lado no solo la posibilidad de agotar el conflicto a través de la conciliación, sino que se usa de manera arbitraria o caprichosa la herramienta de medidas cautelares.

Con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, no se tiene certeza de las reglas a aplicar en el caso en concreto, en que la medida cautelar solicitada

dentro de un proceso declarativo tenga como único propósito eximirse del requisito de procedibilidad, como si está previsto para las medidas innominadas enunciadas dentro del mismo artículo en el literal c del numeral 1, en el que se hace relación a las condiciones que las medidas cautelares deben cumplir para su decreto, pues éstas serán aquellas que el juez encuentre razonable, por lo que no solo tienen cabida las cautelas que la propia ley ha previsto y regulado sino también la de invención judicial.

Con esto resulta una nueva pieza fundamental, el rol que desarrolla el juez; frente al cual la Corte Constitucional desde la Sentencia C-490 de mayo 4 de 2000¹ acoge el planteamiento de que existen presupuestos mínimos para decretar la medida cautelar como premisas necesarias, así, en primer lugar, las medidas deben ajustarse a la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que exige que el demandante demuestre que su pretensión es legítima al menos en apariencia, así si el derecho cuya protección se reclama luce factible y del análisis el juez encuentra que la pretensión eventualmente podría ser concedida y esta ofrece una apariencia racional de buen derecho es entonces viable y procedente decretar la medida cautelar, en segundo lugar, que exista peligro en la mora (*periculum in mora*), lo que significa que todo proceso requiere tiempo y con este se crea un riesgo que puede afectar al derecho durante el transcurso del proceso por lo que busca evitar que por la demora judicial justificada o injustificada se impida la materialización del derecho sustancial y, por último, que se paga una caución o garantía para proteger los derechos de terceros en caso de que se cause algún perjuicio por la aplicación de la medida cautelar (Rodríguez, y Sierra, 2016).

De igual manera, en salvamento de voto sentado en sentencia 3028 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, se indica que el juez está facultado de decretar las medidas cautelares que estime razonables para el amparo del derecho objeto del proceso, para evitar una posible

transgresión o impedir las consecuencias derivadas de ella, para prevenir perjuicios, para hacer cesar los ya causados o para asegurar la validez de la pretensión.

Para que esto ocurra, el juez debe determinar si las partes están legalmente facultadas para actuar y si el derecho se ve amenazado o vulnerado.

El juez también debe hacer las siguientes suposiciones: la apariencia de buen derecho; si la acción es necesaria; si será efectiva; y hasta qué punto es proporcionada.

Esto sin dejar de lado que

el juez no está facultado para adoptar medidas atípicas a su arbitrio y sin, limitación alguna; todo lo contrario, para establecerlas no podrá perder de vista que su finalidad no es otra que propender por la tutela efectiva del interés perseguido en el caso sometido a su conocimiento, con observancia, además, de los supuestos que la gobiernan, como lo son, entre otros, que resulten proporcionales, así como razonables, a la luz de los postulados constitucionales y el respeto de la dignidad humana, *lo cual debe quedar debidamente ilustrado*. (Corte Suprema de Justicia, STC3028-2020).

Bajo estas disposiciones bien pueden los jueces, si la pretensión es admisible, decretar o disponer de cualquier medida cautelar, aunque no aborde las dificultades que, en teoría, debería resolver una de estas medidas. Por eso, se insiste, el legislador utilizó la frase “cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable” (Álvarez, 2014).

Determinados el rol que desarrolla cada uno para la ejecución del debido proceso, y teniendo que cada una de las piezas son fundamentales, es admisible considerar que frente a una controversia que puede ser resuelta mediante un proceso declarativo, siendo entonces este proceso de forma figurativa similar a un candado, el cual para ser abierto, requiere de una llave la cual en su cifrado debe cumplir con presupuestos, en primer lugar, el cumplimiento de la conciliación

como requisito de procedibilidad, de no ser así elevar solicitud de una medida cautelar y finalmente, la razonabilidad del juez, es decir, que dentro del examen que realiza el juez sobre las medidas cautelares solicitadas, considere que sea procedente para el caso en concreto.

Por consiguiente, si bien se encuentran estipulados los parámetros sobre los cuales los jueces deben guiar su decisión de decretar o no una medida cautelar innominadas, es de origen jurisprudencial, porque de la redacción del parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso no es posible evidenciar el espíritu y sentido del legislador.

Disposición que ha generado divergencias entre las posturas de los jueces, pues surgen interrogantes al momento de su aplicación, acaso ¿basta con solo la solicitud de la medida? Y si es así entonces ¿cuál es el sentido de la medida cautelar? o, por el contrario, las medidas cautelares solicitadas ¿deben cumplir los presupuestos, es decir que sean procedentes para ser decretadas?

Al surgir tantos interrogantes, se crea un indicativo de que la norma objeto de estudio necesita precisión, puesto que si la norma es clara, exacta y precisa no requiere de interpretación extensiva; y como esto no ocurre es que se ha dado lugar a diferentes posturas en las instancias judiciales, como se ha pluri citado.

Por un lado que, para materializar el derecho de acceso a la administración de justicia, el legislador no condicionó la excepción al requisito de procedibilidad a que la medida cautelar fuera viable (Tribunal Superior De Bogotá – Sala Civil, 2015) en el mismo sentido, se alude que respecto de la omisión del requisito de procedibilidad con la solicitud de practica de medidas cautelares y siendo que estas se perfeccionan luego de tres etapas o fases, como son la solicitud, el decreto y su práctica; pero conforme a la disposición del parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, sólo basta con el cumplimiento de la primera etapa, es decir, la solicitud y esta le incumbe a la parte que busca garantizar o anticipar el cumplimiento de la decisión judicial, por lo

que se concreta con la petición que aquél presenta ante la autoridad con ese propósito (CSJ, STC3028, 2020).

De otro lado, que, ante la improcedencia de una cautela, tal petición en la demanda no sustituye el requisito de la conciliación, pues indica que no es la sola solicitud de medida y práctica de medida cautelar, si no que ésta debe estar asistida de vocación de atendimento, es decir, que sea procedente (Sentencia C10609, 2016) y es el juez, como director del proceso, que debe verificar que la medida solicitada sea procedente, necesaria para evitar la vulneración o amenaza del derecho, proporcional, y que además sea efectiva para el cumplimiento del fin previsto (CSJ STC15432- 2017)

A forma de ilustración en caso hipotético: declarativo de responsabilidad civil extracontractual por accidente de tránsito contra una empresa de transporte en el cual junto a la demanda se presentó un escrito de solicitud de medidas cautelares descritas en el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso con las que se pretendió la inmovilización de todos los vehículos que desarrollan la actividad económica del establecimiento de propiedad del demandado con la finalidad que no se desarrolle más la actividad de transporte por considerarla peligrosa, pero esta solicitud es elevada no con la finalidad de asegurar o garantizar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial (Álvarez, 2014) sino que se avoca como instrumento para eximirse del requisito de procedibilidad, el juez dentro de su estudio para decidir sobre la admisión, inadmisión o rechazo de la demanda conforme el artículo 90 del CGP debe analizar y verificar minuciosamente la pertinencia, conducencia, alcance, naturaleza jurídica, consecuencias, posibilidades y adversidades que pueden ser reversibles o irreversibles, debiendo ajustarse a las necesidades del demandante y a la naturaleza del proceso (Villota y Escobar, 2017).

Dado que salta a la vista que la medida invocada carece de fundamentos para su prosperidad por lo que el juez mediante auto procederá a declarar inadmisibile la demanda, señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, en el caso el juez dentro de su valoración que las medidas cautelares solicitadas estimara tras el análisis del cumplimiento de los presupuestos de estas que no son procedentes, que requieren de precisión o que se vislumbra que están siendo utilizadas como instrumentos para no agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, otorgará al demandante el término de cinco (5) días para que subsane los defectos señalados o en su defecto de desistir de las medidas cautelares solicitadas este tenga la oportunidad de acreditar que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad dispuesto en los artículos 35 y 38 de la ley 640 de 2001, y hoy en los artículos 67 y 68 de la ley 2220 de 2022, de no ser así el juez mediante auto rechazará de demanda.

Bajo el escenario de rechazo de la demanda y conforme lo dispuesto por el artículo 318 del Código General del Proceso, contra el auto que rechazó la demanda procede tanto el recurso de reposición que tiene por objeto que el juez que lo dictó reexamine la providencia judicial que ha emitido para reformarla o revocarla, así mismo procede el recurso de apelación como lo permite el artículo 321 del Código General del Proceso sobre los autos que son apelables en primera instancia, así, permite el numeral primero controvertir el auto que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.

De otro lado, dentro del mismo caso el juez decide aceptar decretar la medida cautelar solicitada para evadir la obligación de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad y dentro del desarrollo del proceso dicha medida es objeto de recursos por la parte demandada en razón de que la sensatez de la medida debe pretender alcanzar fines legítimos, es decir, de acogida y protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo que son las pretensiones las que

fundamentan y consolidan las medidas cautelares; de no ser así, la medida no tendría una finalidad legítima y en consecuencia carecería de razonabilidad, y sin dejar de resaltar que es el demandante quien con su solicitud de medidas cautelares evita recurrir a peticiones absurdas que a simple vista no son viables o factibles, por lo que si su deseo es que estas sean decretadas deben atender su vocación y que sean efectivamente útiles para garantizar el éxito de sus intereses (Villota y Escobar, 2017).

De ser aceptado este sustento en contra de la medida surge entonces la incógnita ¿se tiene por cumplida la excepción para agotar la conciliación como requisito de procedibilidad? Y de no ser así ¿cómo se debe tramitar ya en ese momento procesal?

Es dentro de este escenario en dónde surgen dudas respecto del parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso; se observa una falta de precisión normativa respecto de los presupuestos que debe cumplir para atender la vocación para el que fue creado.

En síntesis, y ante las diferentes posturas en la jurisprudencia colombiana de atender al aspecto textual de la norma o a los criterios de razonabilidad, surge la necesidad de una precisión legislativa, respecto a si la solicitud de medidas cautelares para eximirse del requisito de procedibilidad debe cumplir con los presupuestos de procedencia con el que se deben analizar todas las medidas cautelares para su decreto, o por si lo contrario basta con solo la solicitud dejando de lado todos los fines para los que este instrumento fueron creados, con esto se pretende que aquella llave que permite el acceso al aparato jurisdiccional sea perfeccionada de tal modo que no se generen fallas en su funcionamiento, razón por la cual, se formula a continuación el siguiente capítulo a manera de conclusiones.

Conclusiones

La consagración legal de la conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos para acceder a las instancias judiciales, ha tenido como propósito descongestionar los despachos judiciales; el querer del legislador trasciende a minimizar el desgaste de la administración de justicia.

Por su parte, el objetivo de la ley al consagrar las medidas cautelares no ha sido otro distinto que protección efectiva anticipada de los derechos y la garantía de cumplimiento de una eventual decisión judicial, por esta razón al acudir a la conciliación en los procesos en los que se pretende obtener una decisión favorable de carácter patrimonial es incompatible con el sentido cautelar y precautorio de las medidas cautelares.

Específicamente, en los procesos declarativos no existe certidumbre de la prosperidad de las pretensiones, por ello el régimen de medidas cautelares se encuentra limitado, pero en garantía de una eventual decisión favorable al demandante se crean las medidas innominadas, que solo puede ser decretada si para el juez cumple los requisitos de razonabilidad necesarias para su decreto.

Ahora bien, el precepto contenido en el párrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, según el cual con la solicitud de medidas cautelares no es necesario agotar la conciliación para acudir a la jurisdicción es escueto; el legislador no estableció ningún parámetro dentro del cual el juez pueda fundarse para aplicar esta excepción; la ley dejó abierta la posibilidad al demandante de eximirse del requisito simplemente por solicitar la práctica de medidas cautelares, ni siquiera exige que el demandante cumpla con las cargas que se le imponen para materializarlas.

De allí, la misma la jurisprudencia colombiana aplica el precepto escueto, tal como la ley lo consagra; al resolver sobre la admisión de la demanda declarativa verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 90 del CGP y si el demandante le solicita una medida cautelar, sea procedente o no, sea razonable o no, se decreta o no, al no contar con reglas para guiar su análisis sobre la aplicación de esta excepción así le resulte imposible decretar la medida solicitada simplemente procede a admitir la demanda y si a posteriori el demandante no cumple con las cargas que la ley le imponga para su materialización, ninguna consecuencia tiene frente a no haber agotado la conciliación prejudicial.

Otro sector de la jurisprudencia en cambio, presentada la demanda declarativa sin acreditar el agotamiento de la conciliación, pero acompañada de la solicitud de medidas cautelares, al resolver sobre su admisión verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 90 del CGP, pese a no contar con reglas para eximir al demandante del requisito de la conciliación al determinar la improcedencia de la medida cautelar, inadmite so pena de rechazo.

Queda en evidencia la contención en la aplicación de la excepción de que trata el parágrafo 1 del artículo 590 del CGP con dos posturas absolutamente opuestas en las decisiones judiciales: de un lado una de la que atiende el sentido textual de la norma, una aplicación exegética, sean decretas o no las medidas cautelares, la demanda es admitida, pues el legislador no condicionó la excepción a la procedencia de la medida cautelar sino simplemente la limitó a la solicitud, lo cual puede permitir que la excepción sea utilizada como instrumento para evadir la conciliación prejudicial.

Del lado contrario tenemos una postura según la cual, para acceder al uso de la excepción del requisito de procedibilidad por la solicitud de medidas cautelares, debe obedecer a la vocación de las medidas, es así como el juez realiza el estudio de los requisitos fácticos y jurídicos y junto

con su apreciación decide sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, por ser adoptadas para asegurar o garantizar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial; por lo que para que se acceda a dicha excepción de contarse con la perfección de las medidas cautelares, esto es, que sean decretadas dentro de los parámetros de viabilidad y procedencia.

Finalmente, ante esta divergencia se hace imperativo entonces una precisión legal que indique que la medida solicitada debe ser sino materializada, cuando menos procedente, en los eventos en que no sea acreditado el agotamiento de la conciliación prejudicial. Esta precisión debe ser tendiente a modificar el párrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, en que se especifiquen cuáles son las reglas en las que el juez dentro de su rol debe orientar el sentido de su decisión para eximir al demandante de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos cuando se busca a través de las medidas cautelares acudir directamente a la jurisdicción.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez, M. A. (2014). *Las medidas cautelares en el código general del proceso*. Consejo Superior de la Judicatura. https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo_medidascautelares_cgp.pdf
- Bejarano Guzmán, R. (2017). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos* (7 ed.). Bogotá: Temis.
- Buitrago-Castillo, E. (2015). *De las medidas cautelares innominadas un estudio sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del juez* [Trabajo de grado pregrado, Universidad Católica de Colombia]. RIUCaC. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/6aebac7f-b959-47fd-a5ab-9c3d07420014>
- Congreso de la República de Colombia (1931, octubre 17). Ley 105 de 1931. *Sobre organización judicial y procedimiento civil*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1639321>
- Congreso de la República de Colombia (2001, enero 5). Ley 640 de 2001. *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. D.O. No. 44.303. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Congreso de la República de Colombia. (2011, marzo). Gaceta 119. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_119.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2011, mayo 11). Gaceta 250.

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_250.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2011). Gaceta 745.

<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=04-10-2011&num=745>

Congreso de la República de Colombia. (2011). Gaceta 995.

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=94&p_consec=31530

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República de Colombia. (2012). Gaceta 114.

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2012/gaceta_114.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2012). Gaceta 261.

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2012/gaceta_261.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2012). Gaceta 379.

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=51&p_consec=33102

Congreso de la República de Colombia. (2012). Gaceta 561.

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=54&p_consec=33914

Congreso de la República de Colombia (2022, junio 30). Ley 2220 de 2022. *Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones*. D.O. No. 52.081.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2220_2022.html#T%C3%8DTU%20I

Constitución Política de Colombia [Const]. (1991, julio 7).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Cordero, E. (2009). Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, 15(2), 11-49. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19716408002>

Corte Suprema de Justicia (2016, agosto 4). Sentencia STC 10609. (Luis Armando Tolosa Villabona, M.P.). <https://app.vlex.com/#vid/691918341>

Corte Suprema de Justicia. (2017, septiembre 06). STC 15432. (Margarita Cabello Blanco, M.P.). <https://xdocs.pl/doc/rechazo-ddda-por-conciliacionmedidas-cau-improdoexjovm2v1pz9ov>

Corte Suprema de Justicia. (2020, marzo 13). Sentencia STC 3028/2020. (Luis Alonso Rico Puerta, M.P.). <https://app.vlex.com/#/vid/845371194>

Corte Suprema de Justicia. (2022, marzo 04). Sentencia 2459. (Luis Alonso Rico Puerta M.P.).

Decreto 1400 de 1970. Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. D.O. No. 33.150.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html

- Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto. (2021, noviembre 17). <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/36546572/59692133/Rechaza+2021-00105.pdf/efd8105d-e50c-429b-98d3-e4a067833f6e>
- Olano, H. A. (2008). La “ley” como sinónimo de “ordenamiento jurídico”. *Revista de Derecho*, (30), 75-113. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2822>
- Ortiz, M. (2017). *La función administrativa ejercida por el congreso de la república*. [Tesis de maestría, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora Del Rosario]. Repositorio Institucional E-docUR. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13340>
- Méndez, Y. D. (2011). El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. *Derecho y Cambio Social*, año 8(23). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500757>
- Murcia, M. R. (2013). *Las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos humanos*. Editorial Ibáñez.
- Parra, J. (2013). Medidas Cautelares innominadas. *Editorial Universidad Libre*. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>
- Sierra, H. A. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Revelo, A. E. (2019). *Módulo conciliación en derecho*. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-2.pdf>
- Riaño, D. F. (2014). Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. *IUSTA*, (40), 17-38. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2458>
- Rodríguez, D. A., & Sierra, D. A. (2016). *Test de razonabilidad: un mecanismo para garantizar el debido proceso en la aplicación de medidas cautelares innominadas* [Trabajo de grado

- pregrado, Fundación Universitaria Los Libertadores] Repositorio Institucional.
<https://repository.libertadores.edu.co/handle/11371/954>
- Rodríguez, C. S. (2017). Competencias Ciudadanas. *Universidad Católica de Colombia*.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14366/4/Competencias2.pdf>
- Sánchez, M. Á., & Arango, N. A. (2016). La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto. Medellín: *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 127-144.
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2022>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2020). Cómo presentar una demanda por violación a los derechos de los consumidores ante la sic.
[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia%20-%20Como%20demandar%20ante%20la%20SIC%20-%20VF%20-%2030%20de%20junio\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia%20-%20Como%20demandar%20ante%20la%20SIC%20-%20VF%20-%2030%20de%20junio(1).pdf)
- Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil – Familia. (2015, febrero 26).
<https://procesal.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/9/2015/09/BV-79-C-3.docx>
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Civil – Familia. (2018, agosto 08).
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/16233290/20667050/8.+apelacion+auto+2018-00050+%28282-01%29%20-conciliacion+req+procedibilidad-+medida+cautelar.pdf/8e7f929b-5a6f-4429-acfd-e22e8ab25809>
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil – Familia. (2022, enero 12).
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5857001/97162570/2021-00105-01+DEL+12-01-2022.pdf/9db9b9c5-0187-44b3-bf4b-d9e587f121a5>
- Uribe, C. E., Medina, M., & Ramírez, R. A. (2012). *Análisis del código*

general del proceso - ley 1564 del 12 de julio de 2012.

<https://observatoriofiscal.contraloria.gov.co/Publicaciones/Analisis%20del%20c%C3%B3digo%20general%20del%20proceso%20Ley%201564.pdf>

Vanegas, D. P. (2018). *Guía Básica de la Estructura y Funciones del Congreso de la República de Colombia y el Proceso Legislativo*. Congreso de la República Cámara de Representantes.

<https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2018-02/Guia%20ba%CC%81sica%20Estructura%20y%20Funciones%20del%20Congreso..pdf>

Villota, H., & Escobar, A. (2017). Requisitos jurídicos para decretar medidas

cautelares innominadas con la vigencia del Código General del Proceso. *Revista Investigium Ire:*

Ciencias Sociales y Humanas, 8(1), 63-77. Doi:

<https://investigiumire.unicesmag.edu.co/index.php/ire/article/view/195>