TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA CIVIL

Medellín, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2.023)

MAGISTRADO: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
APELACIÓN DE AUTO: 05001 31 03 001 2023 00076 01

Proceso:	Declarativo.
Demandantes:	JUAN DAVID BOTERO RUIZ y otros.
Demandados:	ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y otros.
Extracto:	Al no cumplirse con los requisitos exigidos en la inadmisión de la demanda, la consecuencia es su rechazo. Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra el auto calendado el once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2.023), proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín.

ANTECEDENTES

De la inadmisión y rechazo:

En providencia del 10 de abril de 2.023 se inadmitió la demanda en referencia, para que la parte demandante en el término de cinco (5) días corrigiera, entre otras[1]:

[1] Se consideran solamente tales causales en la medida que lo mismo fue lo que posteriormente generó la providencia objeto de alzada:

"2) Lo que se pretende será expresado con precisión y claridad, concadenado con los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados (Arts. 82 numeral 4 y 5 y 90 numeral 1° C.G.P) en los siguientes aspectos:
(…)
"b) Siendo que la acción que funda la demanda, esto es, la responsabilidad contractual que tiene su origen en un contrato que ha sido celebrado por dos partes, y una de ellas incumple con las obligaciones que asumió, causando un perjuicio o daño a la otra, y, en consecuencia, quien sea responsable de causar el daño o perjuicio, debe compensar o indemnizar a la otra parte; explicará la razón de incluir entre las pretensiones de la demanda la declaratoria de nulidad absoluta la cual es de interpretación restrictiva, los actos que se circunscriben a esta clase de nulidad son los negocios ilícitos (los negocios expresamente prohibidos por la ley, los contrarios al orden público y las buenas costumbres), los negocios realizados por los absolutamente incapaces, en los que se omiten algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan, y en la que además, relaciona pago de sanciones por incurrir en prácticas de abuso de posición dominante.

"Dirá en definitiva cual es la clase de demanda que pretende incoar, adecuando hechos y pretensiones.".

Y;

"6) Atendiendo el pliego de medidas cautelares reformulará tal solicitud atendiendo que nos encontramos ante un proceso declarativo de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual y el artículo 590 del CGP no contempla ese tipo de cautelas (embargo de cuentas bancarias) solo cuando la sentencia de primera instancia sea favorable al demandante habrá lugar a solicitar cautelas sobre bienes no sujetos a registro de propiedad del demandado, en tal sentido, que el curso del proceso declarativo y hasta que se profiera sentencia, las medidas procedentes son únicamente las de inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro.

"Por lo anterior, en caso de no sustituir y ajustar la medida cautelar a la razonabilidad del numeral b) del artículo 590 del CGP, aportará la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de conformidad con el numeral 7 del CGP.".

Lo anterior se dispuso que se integrara en un solo escrito[2].

En tiempo la parte actora allegó escrito pretendiendo cumplir lo exigido; y en relación al literal b) del numeral 2° del auto inadmisorio, sostuvo:

"Esto es un proceso de protección al consumidor financiero, por lo que se pide la nulidad absoluta al tratarse de una cláusula contraria a la ley, conforme al artículo 11 literal a) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con los

[2] Archivo 08 Expediente Digital (E.D.).

numerales 1 y 2, del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, ya que se considera **abusiva** toda convención que implique *"limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros",* o limite los *"derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero"* (lit. d), por lo que es **ineficaz** de pleno derecho (art. 42 segundo inciso, Ley 1480 de 2011); y padece de **nulidad absoluta**, en los términos del primer inciso del artículo 899 del C. de Co., en concordancia con el artículo 1523 del C.C.". Negrilla, comillas, subraya y cursiva en el texto original.

En cuanto al punto 6° de inadmisión dijo:

"Con respecto a este punto, aclaramos al despacho que se trata de una solicitud de medida cautelar innominada ya que, desafortunadamente, desconocemos el patrimonio de PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. o de PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S.

"Mucho menos sabemos si tienen en sus activos un bien sujeto a registro. Por lo tanto, rogamos al despacho que con fundamento en el Art. 590, Núm. 1, Lit. C del CGP, encuentre como medida razonable embargar las cuentas bancarias de estas dos sociedades, dado que sería la única manera de asegurar el pago efectivo de una eventual condena a favor de los BENEFICIARIOS que se han visto seriamente perjudicados por la mora en la entrega material de las unidades inmobiliarias, puesto que los gastos superaron el presupuesto que todas estas familias habían calculado al momento de firmar los encargos fiduciarios.

"En la medida que nos enteremos que la demandada cuenta con un bien sujeto a registro, procederemos a la solicitud de la medida cautelar prevista en el Lit. B. Por lo pronto, con lo previsto en el Lit. C, solicitamos como medidas las cautelas innominadas, para asegurar el pago de la eventual condena:

> *"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.*

"Ya que la doctrina define estas medidas como aquellas que le permiten a la autoridad judicial medir de la forma que mejor encuentre a favor de quienes se están decretando y practicando. Como lo dice la Revista Javeriana:

> *" (…) las medidas cautelares de tipo innominado son aquellas cuyo contenido se encuentra indeterminado para que sea la autoridad judicial quien se encargue de elaborar aquella que resulte más adecuada para el caso específico que en ese momento se encuentre resolviendo.".* Comillas y cursiva en el texto original.

No obstante lo anterior, por el auto atacado se rechazó la demanda, considerando que no se cumplieron los referidos ítems de inadmisión.

Explicó en relación al literal b) del numeral 2°, se persiste la ambigüedad de las pretensiones, pues se depreca la responsabilidad civil contractual, así como la nulidad absoluta de los encargos fiduciarios, sin que lo argumentado subsane esa falencia, la cual tiene que ver con el presupuesto "*demanda en forma*", donde si las súplicas son incompatibles, la materia del juicio no está definida.

Sobre el requerimiento 6° de inadmisión y referente a las medidas cautelares, pese a la advertencia del Juzgado se insistió en los embargos, con lo que no se puede soslayar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, exigencia que no se allegó[3].

Del recurso:

Frente al rechazo la actora apeló, donde respecto a la ambigüedad de las pretensiones argumentó que la declaración de responsabilidad civil contractual, tiene origen en la existencia de un contrato incumplido, de donde surge el deber de responder indemnizando, sin que exista contradicción con el pedido de nulidad, pues ellos están entrelazados.

Sostuvo que no es posible ir tras la pretensión de responsabilidad, sin antes declarar la invalidez de la cláusula abusiva descrita en el hecho noveno (9) de la demanda; es decir, no se puede lo primero sin lo segundo, máxime que no acepta el contenido del encargo fiduciario.

Que la actuación debe procurar la economía procesal, significando que de las varias alternativas se busca la más rápida y menos costosa, por

[3] Archivo 10 E.D.

lo que es factible llevar todo en el mismo proceso y resolverlo en una misma sentencia, e insistiendo en que sus pretensiones dijo que no son excluyentes ni incompatibles, además que cumplen con el artículo 88 procesal civil.

Por otro lado, la solicitud de cautelas la exime de agotar el requisito de procedibilidad tal como dispone el parágrafo 1° del artículo 590 ídem, sin que tenga sentido alertar a los demandados con una solicitud de conciliación ya que podrían insolventarse, y si bien desconoce los inmuebles de aquellos, dirige el embargo a sus cuentas bancarias[4].

En providencia del 19 de mayo de 2.023 se concedió la alzada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la providencia censurada es apelable según lo normado en los artículos 90 y 321.1 del C. G. del P., se resuelve de plano como lo prevé el artículo 326 ibidem, previas:

CONSIDERACIONES

Del recurso de alzada y el acceso a la jurisdicción:

El recurso de apelación busca que el Superior funcional estudie el asunto decidido en primera instancia, con el fin de revocarlo o reformarlo, sentido en el cual se dirigirá el siguiente análisis, ello dentro del principio de la limitación que impone el artículo 328 procesal civil.

El derecho de acción o facultad ciudadana de acudir a las autoridades jurisdiccionales para obtener la resolución de un asunto, sólo puede

[4] Archivos 12 E.D.

ser obstaculizado en los casos previstos en la ley, ya que como lo indica el artículo 229 de la Carta Política, debe garantizarse el derecho de acceso a la administración de justicia, punto sobre el cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado:

> *"(…) la inadmisión y el rechazo de la demanda sólo puede darse por las causales que taxativamente contempla el estatuto procesal, en tanto que la introducción de motivos ajenos a los allí dispuestos, en últimas, limita el derecho que tienen los coasociados a acceder a la administración de justicia (…) En cuanto al particular, esta Corporación ha considerado que:*
>
> *"(…) no debe perderse de vista que por expreso mandato del artículo 90 del Código General del Proceso las declaraciones de «inadmisibilidad» y «rechazo» de la demanda «solo» se justifican de cara a la omisión de «requisitos formales» (cfr. Arts. 82, 83 y 87 ibíd.), la ausencia de los «anexos ordenados por la ley» (cfr. Arts. 26, 84, 85, 89, 206 ibíd.), la inadecuada «acumulación de pretensiones» (cfr. Art. 88 ibíd.), la «incapacidad legal del demandante que no actúa por conducto de representante» y la «carencia de derecho de postulación» (cfr. Art. 73 y ss. Ibíd.) …".*
>
> *"Y aunque en algunas ocasiones esta Corporación ha visto con buenos ojos la posibilidad de adelantar en esa etapa preliminar las «pesquisas necesarias» para «aclara[r] aspectos oscuros del libelo inicial», como una «expresión fiel de los deberes que como director del proceso le asisten [al] funcionario» (CSJ, STC16187-2018), lo cierto es que tal privilegio no constituye una patente de corso para restringir la prerrogativa prevista en el canon 229 de la Constitución Política, menos aún, para comprometer el debido proceso de las personas que elevan sus súplicas ante la justicia con criterios puramente subjetivos de quienes están llamados a impulsarlas» (CSJ STC2718-2021 y STC4698-2021, citadas en STC11678-2021)."* Comillas en el texto original, STC1389-2.022.

Vista la providencia que inadmitió la demanda, se advierten múltiples motivos para ello; sin embargo, el rechazo se funda en dos puntos: uno, la indebida acumulación de pretensiones[5]; y dos, que las cautelas deprecadas son improcedentes, por lo que debió agotarse la conciliación como requisito de procedibilidad, prevista en el numeral 7º del artículo 90 del C. G. del P.[6], donde en esos límites se resolverá la alzada según nos lo impone el artículo 328 del mismo ordenamiento.

---

[5] Este está relacionado con los numerales 4° y 5° del artículo 82 del C. G. del P., los que prevén que la demanda deberá contener: *"4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad."*, y *"5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados."*

[6] Tal supuesto indica que la demanda se declarará inadmisible, cuando, entre otros: *"… no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad"*.

De la acumulación de pretensiones:

Sobre este tema, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> "Al respecto hay que apuntar que, ciertamente, el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil -hoy 88 del C.G.P.- regulaba el fenómeno de la acumulación de pretensiones, en desarrollo del principio de economía procesal, en virtud del cual es válido que el demandante, haga todas aquellas reclamaciones que considere pertinentes derivadas de una misma causa, para que sean tramitados en un mismo proceso y resueltas en un solo fallo, siempre que se satisfagan a plenitud los requerimientos que para su procedencia ha previsto el legislador.
>
> "Dicho fenómeno, como se sabe, puede tener diversas modalidades desde el aspecto objetivo o subjetivo, sea que se acumulen diversas pretensiones contra un mismo demandado, -aunque no sean conexas entre sí- o se formulen por varios demandantes o contra varios demandados.
>
> "Ha sido constante la doctrina y jurisprudencia sobre la acumulación de pretensiones en sí misma consideradas, indicando que está podría ser "*simple*", "*alternativa*" o "*eventual o subsidiaria"*, en donde la forma del planteamiento demarcará la obligatoriedad del funcionario para pronunciarse o no respecto de cada una de ellas.
>
> "En la primera tipología todas las pretensiones se formulan de manera concurrente, conservando plena autonomía; mientras que las alternativas el actor reclama dos o más actuaciones distintas, sin privilegiar una u otra, pero que al abrirse paso cualquiera de ellas basta para definir el juicio; en tanto que en las últimas mencionadas «*el actor pide al órgano jurisdiccional, en primer término, una sola actuación; pero en segundo lugar, subordinadamente, para el caso de que la primera pretensión sea denegada, formula otra pretensión*»". Cursiva y comillas en el texto. SC3971-2022.

Precisamente, el artículo 88 del C. G. del P., señala:

> "Artículo 88. Acumulación de pretensiones. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:
> 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.
> 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
> 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. (…)"

Entonces, se permite acumular pretensiones excluyentes entre sí, siempre que se cumplan los requisitos atrás expuestos, donde en el caso que nos ocupa, la parte presentó, en síntesis, las siguientes:

PRINCIPALES:

1- Declarar la responsabilidad civil contractual de PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S., por el incumplimiento de múltiples contratos (encargos fiduciarios)[7], asociados a la construcción del proyecto inmobiliario DUBLIN, donde ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actúa como FIDUCIANTE; SOCIEDAD PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S, actúa como FIDEICOMITENTE y los demandantes como BENEFICIARIOS DE ÁREA.

2- Condenar a PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S. a pagar los perjuicios asociados a la mora en la entrega de las unidades inmobiliarias.

3- Condenar a las personas jurídicas aludidas en el numeral anterior a pagar a favor de los demandantes el 5% del valor de los encargos fiduciarios citados, correspondiente a la cláusula penal prevista en la cláusula 18 de dichos contratos, cuyo cálculo y beneficiarios discriminó en los literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l y m de esta pretensión.

4- Además del pago de la cláusula penal, condenar a la PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S., a indemnizar los perjuicios asociados a los gastos por concepto de arrendamiento que algunos de los demandantes han debido incurrir, tal y como lo permite la misma cláusula 18 de los encargos fiduciarios. Los valores y beneficiarios los discriminó en los literales a, b y c de esa pretensión.

5- *"Que para proceder con el pago de los perjuicios deprecados en las pretensiones "TERCERA" y "CUARTA" se DECLARE la nulidad absoluta y se tenga por NO ESCRITA la cláusula 8 de los encargos fiduciarios (…) o que, en subsidio, se declare su nulidad (parcial o total), ineficacia o invalidez del inciso tercero de dicha cláusula 8.".*

6- En consecuencia, declarar que ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S, han incurrido en prácticas de abuso de posición dominante.

7- Condenar a la parte demandada al pago de las sanciones contempladas en el Art. 21 de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con la Ley 964 de 2005, Art. 53, y el EOSF, Art. 208 por incurrir en prácticas de abuso de posición dominante que vulneran los derechos del consumidor financiero.

8- Condenar a la PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S., a pagar los perjuicios morales causados a los demandantes en una cuantía total de $35´000.000.oo, suma que se dividirá entre los demandantes.

---

[7] Tales encargos se identificaron con los seriales 0001300087747, 1300079770, 1300070037, 1300070045, 0001300070033, 1300095869, 0001300071624; 1300095866; 13000797777; 0001300062760; 0001300062753 y 130013622

9- Actualizar los valores de la condena al momento de la sentencia, con base en el IPC, y la depreciación justa del dinero.

10- Condenar a las demandadas pago de costas, expensas y agencias de derecho. Subraya adrede.

SUBSIDIARIAS:

1- De no prosperar la PRETENSIÓN QUINTA principal, condenar a la PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y/o a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S., al pago de la indemnización contemplada en la cláusula 8 de los encargos fiduciarios. El cálculo y beneficiaros se expuso en los literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l y m de esta pretensión.

2- Condenar a las personas jurídicas mencionadas en el numeral anterior a pagar los perjuicios morales causados a los demandantes en una cuantía total de $35´000.000.oo, suma que se dividirá entre los demandantes.

3- En consecuencia del incumplimiento contractual, ordenar la indexación de los valores de la condena al momento de la sentencia, con base en el IPC, y la depreciación justa del dinero.

4- Condenar a las demandadas pago de costas, expensas y agencias de derecho.

Efectuado el anterior resumen y de cara al citado artículo 88 procesal civil, se advierte que el *a quo* es competente para conocer de todas las pretensiones, incluso pueden tramitarse por el mismo procedimiento; no obstante, las mismas se excluyen entre sí.

Lo anterior en cuanto a que la responsabilidad civil contractual y la nulidad, pretensiones principales, donde la primera busca principalmente la indemnización de perjuicios[8]; y la segunda la invalidez del negocio, teniendo sus propias consecuencias (art. 1746 del C.C.), así sólo se pida respecto a una cláusula contractual (art. 42 al 44 de la Ley 1480 de 2.011 y art. 21 de la Ley 1328 de 2009), por lo

---

[8] *"La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico."*. Sentencia C-1008 de 2.010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. También ha de decirse que conforme el artículo 1602 del C.C: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*.

que ambas no pueden confluir, siendo excluyentes entre sí, así se sustenten en los mismos hechos.

Entonces, tocaba presentarlas **"***como principales y subsidiarias*", con lo que se superaría la incompatibilidad, siendo esa la herramienta procesal que faculta cuando unas sean desestimadas, que se pueda abordar el estudio de las otras, de lo que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> "Más, como ha podido establecerse en los párrafos antecedentes, la acumulación subsidiaria o eventual de pretensiones se caracteriza, justamente, por permitirle al demandante alegar en una misma demanda pedimentos excluyentes, bajo la condición, claro está, que se supedite el examen de unos (los eventuales) a la desestimación de otro u otros (los principales), sin que, como igualmente se ha acotado, hubiese distinguido la ley entre diversos grados de exclusión o incompatibilidad para efectos de condicionar el ejercicio de dicha potestad, o que la hubiese restringido solamente a la exclusión en torno a la causa para pedir, o exclusivamente referida al "petitum", pues, es evidente, que a ninguna de esas hipótesis aluden las normas pertinentes, particularmente el reseñado artículo 82 del Código de Procedimiento Civil". (Sentencia 4 noviembre de 1.999. Exp. 5225).

Agréguese que conforme al artículo 1592 del C.C. *"La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.",* es decir, constituye estimación anticipada de perjuicios, sin que se pueda demandar para esta y la indemnización de perjuicios, pues la primera se entiende como indemnizatoria.

La indebida acumulación de pretensiones debe corregirse a través del acto de dirección procesal inicial, lo que garantiza unos requisitos mínimos e ineludibles de cara a proferir sentencia de fondo, donde si lo propio no se adecuó, la decisión ha de ser de conformidad, pues la inadecuada redacción atenta contra la *"precisión y claridad"*, dispuesta en el numeral 4º del artículo 82 procesal civil.

De la conciliación extrajudicial:

De lo intitulado debe decirse que la exigencia de la conciliación previa en materia civil, no es un limitante para el acceso a la administración de justicia, tal como dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 de 2.001, la que en juicio de constitucionalidad declaró exequibles los artículos 35, 36, 37 y 38 de la Ley 640 de 2.001.

En esos términos, en asuntos declarativos, en principio, es necesario agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, a lo que se exceptúa, entre otros eventos, cuando se solicitan medidas cautelares, como lo dispone el parágrafo 1° del artículo 590 del C. G. del P. cuando establece:

> *"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.".*

En las presentes es claro que la recurrente, no agotó el requisito de la conciliación previa, pero se ampara en que *ab initio* pidió medidas cautelares como son:

> *"En el presente asunto se solicita el EMBARGO y retención de los dineros que las sociedades demandas PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. y PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN S.A.S. posean en los principales bancos del país (…)".* Sic.

Esa medida cautelar de "*embargo"* y *"retención de los dineros",* se justificó normativamente en el literal "C" del artículo 590 procesal civil, norma que regula las cautelas en procesos declarativos, en los que el derecho reclamado está en discusión, sin que ahí se prevea el embargo lo solicitado, idea que es reforzada por el inciso 2º del literal "b" numeral 1º de tal norma, que en relación al *"embargo",* señala que este procede *"Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante*".

Es por lo anterior que ese pedido cautelar no es procedente, pues sería necesario esperar que exista decisión de fondo en primera instancia, en la que triunfen sus pretensiones.

En relación a la "*retención de los dineros",* es una consecuencia del mismo embargo, como se establece en el numeral 10 del artículo 593 del C. G. del P., por lo que tal pedido tampoco suple el aludido requisito de procedibilidad.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para despachar negativamente este punto, pero reforzando la idea, esta Sala en, entre otros, el precedente calendado el 15 de julio de 2.021 (expediente 05001 31 03 005 2021 00073 01 siendo magistrado el mismo que hoy se pronuncia)[9], se expresó:

> "Las medidas cautelares tienen como fin asegurar, conservar o anticipar la efectividad de los derechos que puedan llegar a reconocerse en una resolución judicial, lo que se hace preventivamente para proteger la integridad del derecho controvertido, específicamente, las cautelas en los procesos declarativos están en el artículo 590 del C. G. del P..
>
> "Sobre las denominadas medidas cautelares innominadas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia citando a la Corte Constitucional, ha indicado:
>
>> ""(…) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que[,] para su imposición, son claramente delineados por el legislador.
>>
>> ""Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para 'prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra' (…)".

[9] Tesis reiterada en la providencia del 7 de abril de 2.022, radicado 05001 31 03 017 2021 00113 01.

> ““En efecto, en el Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) las reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos están contenidas en el artículo 590, según el cual pueden ser solicitadas por el demandante, desde la presentación de la demanda.
>
> ““El literal c) del referido artículo 590 permite al juez, previa petición de parte, decretar cualquier otra medida cautelar que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de 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 tal efecto, el citado literal preceptúa que “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”. Igualmente, “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”.
>
> ““Queda claro que incluso en los casos de medidas cautelares innominadas o atípicas, es imperativo que el legislador diseñe previamente los parámetros mediante los cuales la autoridad, judicial o administrativa, pueda acudir a ella, pues aunque no existe una exigencia constitucional para que en todas las actuaciones se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, es necesario que su definición por parte del Congreso atienda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (C-039 de 2004, ya referida).
>
> ““Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley (…)”. (Corte Constitucional sentencia C 835 de 2013, citada en STC4557-2021) (Comillas y entre corchetes en el texto original).

(…)

“Sin embargo, el derecho de acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues existen límites como son, entre otros, las formas de la demanda cuando se actúa mediante apoderado, el requerimiento de algunos anexos en determinados casos, o, como en este, la exigencia de la conciliación extrajudicial previa como requisito de procedibilidad, punto respecto al cual en juicio de constitucionalidad se ha indicado:

> *““Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos*”. Corte Constitucional, sentencia C-598/11.

“Más adelante la misma providencia en cita, señaló:

> ““La jurisprudencia constitucional ha identificado el derecho al acceso a la administración de justicia como un derecho de carácter fundamental

> que puede ser restringido o limitado por el legislador. Sobre el particular se ha señalado:
>
> *“““… no le asiste razón al demandante al suponer que el derecho a acceder a la justicia es un derecho que no admite limitaciones. El derecho a acceder a la justicia no es un derecho absoluto. La cuestión es más compleja. De lo que se trata es de determinar qué limitaciones a este derecho son constitucionalmente razonables y cuáles no lo son y, por lo tanto, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.”*
>
> ““Se ha entendido, entonces, que el legislador en materia de procedimientos tiene una libertad de configuración en los términos del artículo 150 constitucional, numeral 1 y 2, en concordancia con los artículos 29, 86, 87, 228 y 229 constitucionales, entre otros, que lo facultan para establecer requisitos, tiempos, procedimientos, recursos, etc., que pueden limitar el derecho de acceso a la administración de justicia pero no hacerlo nugatorio, razón por la que se exige que las restricciones que en virtud de esa potestad legislativa se lleguen a imponer, deben ser proporcionales frente a este derecho fundamental y al principio constitucional consagrado en el artículo 238, según el cual lo sustancial debe primar sobre lo formal.” Cita en el texto, subrayados fuera de él.

> “Así, el legislador tiene dentro de su potestad el imponer exigencias para acceder a la administración de justicia, entre las que está, en algunos eventos, el agotamiento previo de la conciliación, donde ello en sí mismo no hace nugatoria tal posibilidad -el acceso-, sino, contrariamente y como lo ha dicho la jurisprudencia, lo garantiza.”

La anterior y copiosa cita de precedente horizontal, nos lleva a decir que cuando se solicita una cautela para vadear el requisito de procedibilidad, la misma ha de ser procedente, pues la conciliación exigida constituye una oportunidad para las eventuales partes, de ahí que con su ausencia se falta a la lealtad procesal, de precisamente, cumplir los actos propios del proceso, en este caso, dándose la posibilidad a la contraparte que antes de someterse a un juicio, se exploren caminos de autocomposición en procura de solucionar el conflicto.

Valga anotar que la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia, ha entendido que es razonable el rechazo de una demanda, cuando se trata de obviar el requisito de procedibilidad deprecando medidas cautelares inviables, para lo que es pertinente ver, entre otras, las sentencias STC3028-2020 y STC2459-2022.

En conclusión, las exigencias estudiadas y que se pidieron vía inadmisión, se ajustan al ordenamiento jurídico, donde si no hubo cumplimiento, se imponía el rechazo de la demanda conforme lo establecido en el artículo 90 del C. G del P.[10], sin que ello se traduzca en la transgresión del acceso a la administración de justicia, por lo que la decisión cuestionada se confirmará.

Por lo expuesto, el Tribunal;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto calendado once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2.023), proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín, según lo motivado.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, vuelva el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo. Sin costas.

Notifíquese;

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO

[10] Tal norma reza: *"En estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo".*