

CONCILIACION PREJUDICIAL – No es exigible cuando con la demanda se solicitan medidas cautelares de carácter patrimonial

El Código General del Proceso, expedido con la Ley 1564 de 2012, norma posterior, particularmente en su artículo 626, derogó expresamente el inciso segundo del artículo 309 del C.P.A.C.A., que a su vez había derogado el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que consagraba la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares... es evidente que la norma que prohibió la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares se encuentra derogada, quedando vigente entonces el aparte que señala: "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" contenido en el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2010, el cual debe aplicarse en concordancia con el Código General del Proceso... De conformidad con lo precedente, estima la Sala que en la actualidad, cuando se solicita el decreto y práctica de alguna medida cautelar, no es exigible el requisito de la conciliación prejudicial para poder demandar; sin embargo hay que aclarar que para los asuntos Contencioso Administrativo, el artículo 613 del Código General del Proceso contempló un requisito adicional. En efecto, si bien el párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, establece de forma general para todos los procesos y Jurisdicciones, la posibilidad de no agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y acudir directamente a la demanda, cuando se solicita una medida cautelar, el artículo 613 ibídem, norma posterior y especial, estableció expresamente que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa dicha excepción se aplica siempre y cuando la medida cautelar pedida sea de carácter patrimonial..., lo cual cobra sentido, ya que por la naturaleza propia del carácter económico o patrimonial, la efectividad de dichas medidas depende de que el demandado no tenga conocimiento de la existencia de un proceso en su contra y pueda evadir el cumplimiento de una orden judicial que eventualmente las decreta.

FUENTE FORMAL: LEY 640 DE 2001 – ARTICULO 35 / LEY 1395 DE 2010 – ARTICULO 52 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 309 / LEY 1564 DE 2012 – ARTICULO 590 / LEY 1564 DE 2012 – ARTICULO 613 / LEY 1564 DE 2012 – ARTICULO 626

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-33-000-2014-00550-01

Actor: SOCIEDAD HOTEL NOW S.A

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTION DEL MEDIO AMBIENTE - DAGMA

Referencia: APELACION AUTO – MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra el proveído de 30 de julio de 2014, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, rechazó la demanda.

I-. ANTECEDENTES.

I.1-. La sociedad **HOTEL NOW S.A.**, a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, contra el Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente - DAGMA¹, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones núms. 4133.0.21.100 de 28 de febrero de 2013 y 4133.0.21.983 de 30 de diciembre de 2013, por medio de las cuales se sancionó con medida de cierre definitivo a la terraza del referido hotel, por violar las normas ambientales de ruido, contenidas en los artículos 44 y 45 del Decreto 948 de 1995 y artículos 9, 26 y 28 de la Resolución 627 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho pretende que se le ordene a la entidad demandada pagarle: a) los daños y perjuicios que le ha generado la actuación administrativa desde el mes de febrero del año 2012, la cual ha implicado una reducción de sus ingresos netos equivalentes a \$2.798.000.000; b) la suma de \$667.406.000 por concepto de lucro cesante y c) los intereses corrientes

¹ Entidad que pertenece a la Alcaldía de Santiago de Cali.

moratorios que se produzcan desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y las costas y agencias en derecho.

II-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA.

Mediante auto de 30 de julio de 2014, el a quo rechazó la demanda, ya que el actor no allegó la constancia de haber agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial establecido en los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 161 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 2º del Decreto 1716 de 2009 y 37 de la Ley 640 de 2001, a pesar de que se le concedió un término de 10 días para subsanar la demanda en ese sentido.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La actora apeló la decisión del a quo con el argumento de que el Código General del Proceso, en particular, su artículo 626, dejó sin efecto de forma expresa el inciso 2º del artículo 309 del C.P.A.C.A., el cual a su vez, había derogado el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que permitía acudir directamente a la Jurisdicción, sin necesidad de agotar el requisito de la conciliación prejudicial, cuando en la demanda se solicitaba el decreto y la práctica de medidas cautelares.

A juicio del apelante, dicha derogatoria significa que en la actualidad se encuentra vigente la frase: *“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.”*, contenida en inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010.

Igualmente, sostuvo que el parágrafo 1º del artículo 590 del Código General del Proceso, expresamente dispone que en todos los procesos y ante cualquier Jurisdicción, cuando se solicitan medidas cautelares se puede acudir directamente ante el Juez, sin necesidad de agotar el requisito de la conciliación prejudicial.

Por otra parte, afirmó que el artículo 613 del Código General del Proceso, en su inciso 2º, establece que *“No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública”*.

Manifestó que dicho artículo constituye una norma de carácter especial para los procesos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo tanto su aplicación prima sobre las demás normas que regulan el tema, en especial, los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 161 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 2º del Decreto 1716 de 2009 y 37 de la Ley 640 de 2001.

Adujo que el a quo no podía rechazar la demanda, pues en ésta se había solicitado la práctica de medidas cautelares, las cuales tenían contenido patrimonial, lo que demuestra que su caso se enmarcaba dentro de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 613 del Código de General del Proceso, por lo que se le debía exonerar del cumplimiento del requisito de la conciliación prejudicial.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el caso objeto de estudio, el apoderado de la parte recurrente asegura que no es procedente exigir el cumplimiento del requisito de la conciliación prejudicial

para la admisión de la demanda, ya que el Código General del Proceso, además de derogar la norma del C.P.A.C.A.² que había dejado sin efecto la frase que permitía acudir directamente ante Jurisdicción Contenciosa cuando se solicitaba el decreto y práctica de medidas cautelares, taxativamente volvió a establecer dicha posibilidad en su artículo 613, al incluir el siguiente inciso: *“No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico a resolver en el presente recurso de apelación, se centra en determinar si con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, ya no es exigible el requisito de conciliación prejudicial en asuntos de carácter contencioso, cuando con la demanda se solicitan medidas cautelares de carácter patrimonial.

Para resolver el problema jurídico expuesto, es pertinente hacer un recuento de la normativa aplicable antes de la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y del Código General del Proceso, a fin de entender cómo estaba contemplada la conciliación prejudicial en la Jurisdicción Contenciosa y luego exponer los cambios que consagraron dichos Códigos en esta materia.

En un primer intento por descongestionar los Despachos Judiciales del País, el Congreso de la República a través de la Ley 23 de 1991, abrió la posibilidad de acudir a la conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, antes o durante el trámite de los procesos judiciales que se ventilan en las diferentes Jurisdicciones, incluyendo la Contencioso Administrativa,

² Artículo 309, inciso Segundo:

particularmente, en los asuntos para los cuales fueron establecidas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales. Sobre el particular el artículo 57 ibídem señaló:

“ARTÍCULO 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículo 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Para los efectos del inciso anterior los entes territoriales estarán representados así: La Nación por los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República.

Los Departamentos por los respectivos Gobernadores; las Intendencias y Comisaría por los Intendentes y Comisarios; el Distrito Especial de Bogotá, por el Alcalde Mayor y los Municipios por sus Alcaldes.

Las Ramas Legislativa y Jurisdiccional estarán representadas por los ordenadores del gasto.

Las entidades descentralizadas por servicios podrán conciliar a través de sus representantes legales, directamente o previa autorización de la respectiva Junta o Consejo Directivo, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual.

PARAGRAFO. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.”

Por su parte, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, la cual organizó las distintas legislaciones existentes en materia de Descongestión Judicial, eficiencia y acceso a la Administración de Justicia, modificó la norma antes señalada, así:

“ARTÍCULO 70. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

'Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de

las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

PARÁGRAFO 2o. <Ver Nota del Editor> No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.”

Dicha Ley³ igualmente facultó al Gobierno Nacional para que compilara las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encontraran vigentes para la época, por lo que se expidió el Decreto 1818 de 1998, que consagró el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos e incorporó el artículo 70 antes transcrito.

Posteriormente, la Ley 640 de 2001, modificó muchas de las normas que regulaban la conciliación y en su artículo 35 determinó que en algunos asuntos, este mecanismo alternativo de solución de conflictos debía ser agotado e intentado antes de acudir a la Jurisdicción. En efecto, dispuso:

“ARTÍCULO 35. <Requisito de procedibilidad laboral' INEXEQUIBLE> En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es **requisito de procedibilidad** para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, ~~laboral~~ y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplan como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o. del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá

³ LEY 446 DE 1998. ARTICULO 166. ESTATUTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Se faculta al Gobierno Nacional para que, dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de esta Ley, compile las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, ni contenido, la cual será el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudir directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

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. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.”

Así mismo, el artículo 36 ibídem estableció que la ausencia del señalado requisito daba lugar al rechazo de plano de la demanda.

A su vez el artículo 37, en referencia particular a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, señaló:

“ARTÍCULO 37. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los **artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo**, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

PARÁGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.”
(Negrillas fuera de texto original)

La anterior norma fue corregida por el Decreto 131 de 2001, que en su artículo segundo, contempló el requisito de procedibilidad únicamente para las acciones de reparación directa y controversias contractuales, dejando de lado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al señalar:

“ARTÍCULO 2°. Corrija el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 en el sentido de que su tenor literal es el siguiente:

Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo Contencioso Administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los **artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo**, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

Parágrafo 1°. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

Parágrafo 2°. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo Contencioso Administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.” (Negrillas fuera de texto original)

Este requisito fue reiterado por el artículo 13 de Ley 1285 de 2009⁴, que entre otras cosas, volvió a exigirlo para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al disponer:

“Artículo 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: Reglamentado por el Decreto Nacional 1716 de 2009.

Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los **artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo** o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.” (Negrillas fuera de texto original)

⁴ Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

Finalmente, el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, el cual quedó así:

“ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

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. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. Cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

PARÁGRAFO 2o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. ~~De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.~~

PARÁGRAFO 3o. En los asuntos contenciosos administrativos, antes de convocar la audiencia, el procurador judicial verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en el reglamento. En caso de incumplimiento, el procurador, por auto, indicará al solicitante los defectos que debe subsanar, para lo cual concederá un término de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del auto, advirtiéndole que vencido este término, sin que se hayan subsanado, se entenderá que desiste de la solicitud y se tendrá por no presentada. La corrección deberá presentarse con la constancia de recibida por el convocado. Contra el auto que ordena subsanar la solicitud de conciliación sólo procede el recurso de reposición.” (Negrillas fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la Ley 640 de 2001, la conciliación prejudicial se estableció como un requisito de procedibilidad en las Jurisdicciones Contencioso Administrativa, Civil y de familia, lo que significaba que para instaurar la demanda, era necesario intentar la solución del futuro litigio a través de este mecanismo alternativo y su incumplimiento traía como consecuencia el rechazo de plano de la demanda.

En materia Contencioso Administrativa, inicialmente se estableció el requisito de procedibilidad para las acciones de reparación directa y de controversias contractuales y desde el año 2009, también se incluyó la de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo tanto, toda persona que estuviese interesada en interponer este tipo de demandas, debía solicitar la respectiva audiencia ante el Ministerio Público.

Ahora bien, es evidente que el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, dispuso expresamente que el requisito de procedibilidad no sería exigible en aquellos procesos en los que el interesado quisiera solicitar el decreto y la práctica de alguna medida cautelar, por lo que, para ese momento, si con la demanda no se anexaba la constancia del agotamiento de la conciliación prejudicial pero se solicitaban las referidas medidas, el juez de conocimiento no podía rechazar de plano la demanda.

No obstante, la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A, en su artículo 309, expresamente derogó el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001 o en otras palabras, cerró la posibilidad de acudir directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares.

En efecto, la referida norma señaló:

“ARTÍCULO 309. DEROGACIONES. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998, la Ley 809 de 2003, la Ley 954 de 2005, la Ley 1107 de 2006, el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, el artículo 9o de la Ley 962 de 2005, y los artículos 57 a 72 del Capítulo V, 102 a 112 del Capítulo VIII y 114 de la Ley 1395 de 2010.

Derógase también el inciso 5o del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, en la siguiente frase: “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.” (Negrillas fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para acceder a esta Jurisdicción, en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales, era requisito de procedibilidad agotar la conciliación prejudicial, inclusive si la demanda venía acompañada de la solicitud de una medida cautelar, lo que en principio, le daría la razón al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el sub lite, al rechazar la demanda por el incumplimiento de éste.

Sin embargo, el Código General del Proceso, expedido con la Ley 1564 de 2012, norma posterior, particularmente en su artículo 626, derogó expresamente el inciso segundo del artículo 309 del C.P.A.C.A., que a su vez había derogado el

inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que consagraba la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares.

Sobre el Particular, el artículo 626 del Código General del Proceso, dispuso:

“ARTÍCULO 626. DEROGACIONES. Deróguense las siguientes disposiciones:

- a) <Literal corregido por el artículo 16 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos 126, 128, la expresión “y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes” del 129, 130, 133, la expresión “practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130” del 134, las expresiones “y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130” y “sin tales formalidades” del 136 y 202 del Código Civil; artículos 9o y 21 del Decreto número 2651 de 1991; los artículos 8o inciso 2o parte final, 209 A y 209 B de la Ley 270 de 1996; el artículo 148 salvo los párrafos 1o y 2o de la Ley 446 de 1998; 211 y 544 del Código de Procedimiento Civil; el numeral 1 del artículo 19 y la expresión “por sorteo público” del artículo 67 inciso 1o de la Ley 1116 de 2006; el inciso 2o del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión “que requerirá presentación personal” del artículo 71, el inciso 1o del artículo 215 **y el inciso segundo del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011**; la expresión “No se requerirá actuar por intermedio de abogado” del artículo 58 numeral 4, el literal e) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral 8 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo 34 del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley” (Negrillas fuera de texto original)

De conformidad con lo señalado, es evidente que la norma que prohibió la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares se encuentra derogada, quedando vigente entonces el aparte que señala: **“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”** contenido en el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2010, el cual debe aplicarse en concordancia con el Código General del Proceso.

En efecto, el Código General del Proceso no solo derogó la norma del C.P.A.C.A. que a su vez había derogado la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción cuando se solicitaban medidas cautelares, sino que fue más allá, e incluyó, expresa y categóricamente el sentido de la norma contenida en el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificada por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, al señalar en el párrafo primero del artículo 590, lo siguiente:

“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.”

Ahora bien, para los procesos de esta Jurisdicción, el Código General del Proceso estableció una norma expresa en su artículo 613, el cual reglamenta directamente las audiencias de conciliación extrajudicial en los asuntos que aquí se ventilan y en el inciso segundo ibídem, expresamente señaló:

*“No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, **como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial** o cuando quien demande sea una entidad pública.” (Negritas fuera del texto original)*

Es pertinente destacar que las anteriores normas ya se encuentran vigentes de acuerdo con lo establecido en los numerales 1 y 4 del artículo 627 del Código General del Proceso⁵.

De conformidad con lo precedente, estima la Sala que en la actualidad, cuando se solicita el decreto y práctica de alguna medida cautelar, no es exigible el requisito

⁵ ARTÍCULO 627. VIGENCIA. La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

1. <Numeral corregido por el artículo 18 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los artículos 24, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, **610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley**”.

(...)

4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y **590 entrarán a regir a partir del primero (1o) de octubre de dos mil doce (2012)**. (Negritas fuera de texto original)

de la conciliación prejudicial para poder demandar; sin embargo hay que aclarar que para los asuntos Contencioso Administrativo, el artículo 613 del Código General del Proceso contempló un requisito adicional.

En efecto, si bien el párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, establece de forma general para todos los procesos y Jurisdicciones, la posibilidad de no agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y acudir directamente a la demanda, cuando se solicita una medida cautelar, el artículo 613 ibídem, norma posterior y especial, estableció expresamente que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa dicha excepción se aplica siempre y cuando la medida cautelar pedida sea de carácter patrimonial, como lo indica la siguiente frase de su inciso segundo: *“como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de **carácter patrimonial**”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, para acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin antes intentar la conciliación, no basta simplemente con solicitar el decreto y práctica de una medida cautelar, sino que ésta además, debe tener un carácter patrimonial, lo cual cobra sentido, ya que por la naturaleza propia del carácter económico o patrimonial, la efectividad de dichas medidas depende de que el demandado no tenga conocimiento de la existencia de un proceso en su contra y pueda evadir el cumplimiento de una orden judicial que eventualmente las decreta.

Resalta la Sala que la frase “de carácter patrimonial”, contenida en el inciso segundo del artículo 613 del Código General del Proceso, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad; sin embargo, hasta la fecha, la misma no ha sido decidida, por lo tanto la norma en cuestión se encuentra vigente y debe ser aplicada.

Respecto al caso concreto, la Sala observa que en escrito aparte de la demanda, visto a folios 308 a 314, la actora solicitó el decreto y la práctica de las siguientes medidas cautelares:

“PRIMERA.- ORDENAR al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE – DAGMA, representado legalmente por su Directora **MARTHA CECILIA LANDAZABAL MARULANDA** que suspenda sus decisiones de CIERRE DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO como lo ordenó en la parte resolutive de los ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS y que cuenta en la demanda.

SEGUNDO.- En el evento de haber dado cumplimiento a dichas decisiones proceda en forma inmediata a suspender dicha actuación y ordene el levantamiento de las medidas cautelares y las decisiones impartidas.

TERCERA.- Estas medidas cautelares de protección deben ir acompañadas de una orden estricta del JUEZ ADMINISTRATIVO al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE – DAGMA,** representado legalmente por su Directora **MARTHA CECILIA LANDAZABAL MARULANDA** para que en un futuro se abstenga de adelantar medidas de persecución como las que se han denunciado en esta demanda y que las pruebas técnicas de medición se cumplan conforme lo dispone el ANEXO NUMERO TRES de la Resolución 0627 de 2006 del MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE.”

Así las cosas, el a quo no podía simplemente rechazar la demanda por la falta del requisito de la conciliación prejudicial, ya que la actora claramente había pedido que se decretaran unas medidas cautelares, situación que lo obligaba a realizar un estudio sobre las normas vigentes, incluyendo las concordancias entre C.P.A.C.A. y el Código General del Proceso, a fin de determinar si dicho requisito de procedibilidad era exigible en este caso particular y si las medidas solicitadas eran de carácter patrimonial, lo que evidentemente no se hizo.

Ahora, para la Sala ninguna de las cinco medidas cautelares contempladas en el artículo 230 del C.P.A.C.A., per se contienen un carácter propiamente patrimonial; por lo tanto el estudio debe hacerse respecto de los efectos que se producen al decretar alguna de esas medidas, los cuales eventualmente sí pueden generar

una evidente consecuencia económica, que debe ser determinada por el Juez al momento de resolver sobre la admisión de la demanda.

En el caso bajo estudio, es claro que la medida cautelar solicitada por la actora, tiene una incidencia de carácter patrimonial, pues si eventualmente el Juez competente considerara que se cumplen los presupuestos para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que ordenó el cierre definitivo de la zona de la terraza del Hotel, éste podría reanudar la operación del establecimiento de comercio objeto de la sanción en condiciones normales y evitar que se le causen más perjuicios económicos, de los que, a su juicio, ya se han producido.

Lo precedente demuestra que el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no debió ser rechazado con el argumento del incumplimiento del requisito de la conciliación prejudicial, ya que la actora había solicitado medidas cautelares que tenían carácter patrimonial, por lo que el caso se enmarcaba dentro de lo establecido en el inciso segundo del artículo 613 del Código General del Proceso, norma especial para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que impone revocar el auto apelado de 30 de julio de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, para en su lugar disponer que el a quo provea sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

REVÓCASE el auto recurrido y en su lugar, se dispone que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca provea sobre la admisión de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del día 27 de noviembre de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
Ausente en comisión