

Señora

JUEZ SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.

S.

D.

Kelly
28-02-2020
897

Radicado No.: 13001-31-03-002-2019-00174-00

Demandante: HACIENDA SISGA LTDA.

Demandados: FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, cuya vocera es la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. Sociedad Fiduciaria y otros.

Asunto: *Recurso de reposición en subsidio apelación contra los Autos que decretan medidas cautelares, calendados el dieciséis (16) de septiembre de 2019 y el cuatro (04) de febrero de 2020.*

Respetada señora Juez,

CAMILA TENORIO CARDENAS, persona natural con plena capacidad de ejercicio, domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 1.022.984.184, titular de la tarjeta profesional de abogada número 276.896 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada especial de BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, de conformidad con el poder que anexo al presente escrito y certificados de existencia y representación legal, expedidos por la entidad competente; manifiesto al despacho que el presente escrito cumple los requisitos normados en el artículo 318 del Código General del Proceso; habida cuenta que, la notificación de las providencias que se impugnan se surtió el veintiocho (28) de febrero de 2020 y, el presente RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO APELACIÓN, se formula dentro de los tres (03) días siguientes a la notificación de los autos que decretaron medidas cautelares.

Así, en primer lugar, allego por medio del presente memorial RECURSO DE RESPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN en contra del auto del dieciséis (16) de septiembre de 2019 el cual dispuso:

"PRIMERO: Antes de ordenar la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre el inmueble identificado con F.M.I No. 060-267066, deberá prestar caución la sociedad demandante por valor de ciento un millones ochocientos cuarenta y siete mil pesos (\$101.847.000) para lo cual se le concede el término de diez (10) días. "

En segundo lugar, la solicitud elevada la instauro también, en contra del auto del cuatro (04) de febrero de 2020 el cual dispuso:

"SEGUNDO: En consecuencia, modifíquese el numeral segundo de la citada decisión, la cual quedara así:

Ordénese a la sociedad demandada Wellness Center MDI Marino S.A.S y al Patrimonio autónomo demandado, denominado Fideicomiso Wellness Center representado por la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A - Sociedad Fiduciaria, como vocera del

mismo abstenerse de realizar o suspender cualquier negocio relacionado con la entrega del apartamento del apartamento (sic) 307 del Condominio Kutay and Village a un operador hotelero para su explotación económica en beneficio de los demandados, mientras se tramita el presente proceso posesorio.

(...)

CUARTO: DECRETESE la inscripción de demanda sobre el bien inmueble identificado con el FMI 060267066 de propiedad del patrimonio autónomo demandado Fideicomiso WELLNESS CENTER MDI, representada por la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A, sociedad fiduciaria identificada con NIT 860048608-5. Líbrese por secretaría el respectivo oficio dirigido a la oficina de registro e instrumentos públicos de esta ciudad.”

i. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 1) El apoderado judicial de la sociedad Hacienda Sisga LTDA envió a mi representada, como vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI, mediante correo certificado con número de guía 91089813402 de Servientrega, el oficio Nro. 192 de fecha cuatro (04) de febrero de 2020 expedido por del JUZGADO SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, por medio del cual éste despacho decretó medida cautelar innominada sobre la sociedad fideicomitente Wellness Center MDI Marino S.A.S., también demandada, y el Fideicomiso Wellness Center MDI, que administra mi mandante, dentro proceso posesorio con radicado 2019-0174 adelantado en contra de mi representada, vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI y otros.
- 2) El oficio en mención fue recibido en las instalaciones de la sociedad Fiduciaria el día diecisiete (17) de febrero de 2020.
- 3) Como quiera que el proceso judicial que se adelanta en contra de mi representada, como vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI, es de carácter declarativo posesorio, tiene implicación directa sobre los derechos reales que posee la sociedad fiduciaria como vocera del fideicomiso Wellness Center MDI sobre el bien fideicometido, identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-267066 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, del cual, la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, es la ÚNICA titular del derecho real de dominio, a través de negocio fiduciario que data del primero (01) de agosto de 2011.
- 4) Las providencias impugnadas ordenaron medidas cautelares, dentro de la demanda verbal de proceso posesorio, al considerar este despacho que con el decreto de dichas medidas, se puede asegurar y/o conservar la efectividad de la resolución estimatoria que pueda dictarse en el curso del proceso en favor de la sociedad demandante.
- 5) Es por lo anterior que me permito instaurar el recurso de reposición y en subsidio de apelación, partiendo de que es el medio pertinente y la oportunidad procesal para hacerlo, es procedente además, en virtud de lo consagrado en el artículo 318 del Código General del Proceso, toda vez que el mismo es presentado dentro del término legal establecido.

ii. SUPUESTOS FÁCTICOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO

1) En virtud del contrato irrevocable de Fiducia Mercantil de administración, pagos y fuente de pago suscrito el primero (01) de agosto de 2011, se constituyó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Wellness Center MDI.

2) De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, la fiducia mercantil es:

“un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

3) Por su parte, la cláusula QUINTA del contrato fiduciario, que dio origen a la constitución del Fideicomiso Wellness Center MDI, estableció como bienes objeto de fideicomiso, los siguientes:

“1. Los recursos propios que directamente o mediante ejecución de obras o de cualquier otra manera aporten o inviertan o hayan aportado o invertido en el Proyecto los Fideicomitentes.

2. El Inmueble, que adquiera del Fideicomiso para el desarrollo del Proyecto.

3. Los bienes Inmuebles que en desarrollo del Proyecto se construyan en el Inmueble y que se individualicen jurídicamente.

4. Los recursos provenientes de la etapa de preventas del Proyecto.

5. Los recursos que se reciban de los Compradores por concepto de pago de las unidades que deseen adquirir en el Proyecto.

6. Los derechos económicos derivados de los contratos de las promesas de compraventa que suscriban los Fideicomitentes con los Compradores.

7. Los recursos que obtenga el Fideicomiso a través de operaciones de crédito con los Acreedores.

8. Los rendimientos que generen los recursos transferidos al Patrimonio Autónomo.

*9. Los derechos reales y personales que, por cualquier causa legal o convencional, ingresen al Patrimonio Autónomo con ocasión del Proyecto (...).
Negrilla fuera de texto.*

4) Así mismo, la cláusula TERCERA del contrato Fiduciario suscrito, sostuvo:

“(...) En calidad de Fiduciaria y como vocera del respectivo Patrimonio Autónomo mantendrá la propiedad formal de los bienes señalados en la cláusula quinta y, en general, de todos aquellos que por cualquier causa legal o convencional ingresen al Fideicomiso.

Permitirá el desarrollo del Proyecto por parte de los Fideicomitentes, por su cuenta y riesgo y bajo la exclusiva responsabilidad de estos últimos, de tal manera que, una vez concluido el mismo, la Fiduciaria procederá a formalizar mediante el otorgamiento de las escrituras públicas a que haya lugar, los actos jurídicos de transferencia, a favor de cada uno de los Compradores

que se vinculen al Proyecto, de las unidades inmobiliarias resultantes de la ejecución del mismo (...). Negrilla fuera de texto.

- 5) Finalmente, el numeral 19 de la cláusula DECIMA CUARTA del contrato fiduciario delegó en la sociedad fiduciaria la obligación de:

“19. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes objeto del Fideicomiso, ejercer las acciones y en general prever los mecanismos y medidas de conservación o recuperación de los bienes objeto del negocio fiduciario, contra actos de terceros y aun de los Fideicomitentes, con cargo a recursos del Fideicomiso (...)”

- 6) Posteriormente, se protocolizó la transferencia de la propiedad del “Ecolote 8” identificado con el Folio de Matricula No. 060-267066 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena, realizada por BBVA ASSET MANAGEMENT S.A, como vocera del Fideicomiso Mar De Indias en favor del Fideicomiso **Wellness Center MDI**, cuya vocera es BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. - Sociedad Fiduciaria; mediante la Escritura Pública No. 4162 del veintidós (22) de Diciembre de 2012 elevada ante la Notaría 11 del circulo de Bogotá D.C.
- 7) En virtud de la cláusula SÉPTIMA (7) del contrato fiduciario, el fideicomitente, valga decir, la sociedad Wellness Center MDI Marino S.A.S., recibió la custodia y tenencia del inmueble identificado con el Folio de Matricula No. 060-267066, a título de comodato precario. Por consiguiente, es la fideicomitente quien de manera exclusiva, ostenta la TENENCIA y custodia del bien, en calidad de única fideicomitente, gerente y promotor.
- 8) Lo anterior, sin olvidar que ha sido BBVA ASSET MANAGEMENT S.A en calidad de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, quien ha ejercido la POSESION MATERIAL del bien inmueble hasta la actualidad y de manera ininterrumpida.
- 9) Por otro lado y centrando atención en la sociedad DEMANDANTE, la Sociedad Hacienda Sisga Ltda., suscribió contrato de vinculación con mi representada el día diez (10) de agosto de 2016, con el ánimo de adquirir, mediante **compraventa**, la unidad inmobiliaria 307 de la torre 1, afecta al proyecto denominado Kutay Wellness Center & Village, desarrollado por Wellness Center MDI Marino S.A.S.
- 10) Como consecuencia de lo anterior, mediante comunicado de fecha siete (7) de septiembre de 2016, mi representada le dio la bienvenida a la sociedad demandante, como compradora del PROYECTO WELLNESS CENTER - M.D.I. y le remitió instructivo para consignar los recursos relacionados con el plan de pagos convenido.

11) Así mismo, el quince (15) de noviembre de 2016, la sociedad demandante y la sociedad fideicomitente, celebraron contrato de promesa de compraventa para la adquisición del apartamento 307 de la torre 1.

12) En la cláusula CUARTA de la promesa de compraventa suscrita, las partes señalaron la tradición del lote "KUTAY", refiriéndose a éste como el identificado con matrícula inmobiliaria No. 060-267066 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena, proveniente de la compraventa al FIDEICOMISO MAR DE INDIAS, así:

"CUARTA.- TRADICIÓN: El Lote donde se desarrollará "KUTAY", fue transferido a título de compraventa por el FIDEICOMISO MAR DE INDIAS al FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, tal como consta en la escritura 4162 del 22 de diciembre de 2012 otorgada en la Notaria Once de Bogotá, inscrita en la Oficina [sic] de registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, bajo el folio de matrícula inmobiliaria número 060-267066".

Hecho que materializa que la demandante, desde la suscripción de la promesa sobre el apartamento 307 de la torre 1 de KUTAY con la fideicomitente, carecía de uno de los elementos esenciales de la posesión; esto es el animus, que como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia, es el elemento interno o subjetivo, es el comportarse "como señor y dueño" del bien cuya propiedad se pretende.

13) En virtud de lo acordado por las partes en la cláusula DÉCIMA de la promesa suscrita, la sociedad demandante reconoció que BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. como vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI, deberá comparecer en la misma hora y fecha estipulada para suscribir la correspondiente escritura de compraventa que perfeccione el contrato preparatorio, por cuanto es ésta: *"el único y actual propietario del Inmueble Identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-267066 (...)".*

14) Lo anterior, da cuenta de que la sociedad demandante reconoció desde el inicio del negocio, que la titularidad y el derecho real de dominio está en cabeza de mi representada, valga decir, BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, y prueba adicional a ello, fue que de manera libre y espontánea, la sociedad demandante decidió suscribir contrato de vinculación fiduciario y aplicar los abonos pactados sobre la promesa, al encargo fiduciario del Fideicomiso Wellness Center MDI, que administra BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. - Sociedad Fiduciaria.

15) Sobre el bien con folio de matrícula inmobiliaria No. 060-267066, de propiedad de mi representada, en la actualidad se adelanta por parte de la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS un proceso de clarificación de la propiedad, ordenado por la H. Corte Constitucional mediante fallo de tutela T 601 de 2016; situación constitutiva de fuerza mayor que ha impedido que mi mandante y su fideicomitente, lleven a cabo el registro del Reglamento de Propiedad Horizontal

del condominio, y la correspondiente desagregación inmobiliaria de los inmuebles prometidos en venta.

16) El proceso agrario ordenado por la H. Corte Constitucional, quedó registrado en el folio de matrícula No. 060-267066 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena, mediante anotación número cinco (05) de fecha tres (03) de julio de 2018. Sobre el particular, se adjunta certificado vigente.

17) Dicha imposibilidad más los inminentes incumplimientos en escrituración a promitentes compradores, motivaron a la fideicomitente a presentar solicitud de admisión ante la Superintendencia de Sociedades, al proceso de Insolvencia Empresarial, contemplado y regulado expresamente en la Ley 1116 de 2006. Por lo anterior, BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI, es respetuosa de lo que el juez del concurso disponga dentro de este proceso, frente a la totalidad de las acreencias reconocidas por la fideicomitente, en éste caso, respecto de la sociedad demandante, Hacienda Sisga Ltda.

18) Mediante radicado 1132018025234 de fecha cinco (05) de julio de 2018, la doctora, Marcela Valero Monsalve como apoderada del Fideicomiso Wellness Center MDI, solicitó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi la apertura de la cédula catastral del inmueble identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria 060-267066.

19) El Instituto Geográfico Agustín Codazzi - Seccional Bolívar, le contestó a la abogada el veintiuno (21) de julio de 2018 lo siguiente:

"(...) se advirtió que, el predio objeto de su solicitud se encuentra ubicado en la zona norte, en el sector correspondiente a la "Hacienda Arroyogrande", sector que actualmente se encuentran inmerso en un proceso de clarificación de propiedad adelantado por la Agencia Nacional de Tierras en cumplimiento de un mandato judicial emanado de la sentencia T-601 DE 2016 expedida por la Honorable Corte Constitucional; providencia que abordó el estudio de la situación jurídica de los predios existentes en esa zona de la ciudad (...)

"(...) el IGAC no puede realizar ningún tipo de inscripción catastral que verse sobre predios ubicados en el corregimiento de Arroyogrande habida cuenta de la etapa de clarificación que se está surtiendo en sede de la Agencia Nacional de Tierras; en atención a lo previsto en la sentencia judicial T-601 de 2016 (...)"
Negrilla fuera de texto.

20) En la tesis planteada por el demandante en su escrito de demanda, se evidencian errores en su argumento, por cuanto: 1. El único propietario titular del derecho real de dominio y poseedor del Ecolote 8 identificado con el folio de matrícula No. 060-267066 donde se desarrolló el proyecto Condominio Kutay Wellness & Village, es el Fideicomiso Wellness Center MDI, del cual mi representada actúa en su condición de vocera y administradora de manera ininterrumpida, desde el

primero (01) de agosto de 2011, 2. Sin la existencia del registro del Reglamento de Propiedad Horizontal, desenglobe, división o acto de desagregación inmobiliaria ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena sobre el folio de mayor extensión, valga decir, el FMI No. 060-267066, y mientras tanto este no sea inscrito ante la correspondiente oficina de instrumentos públicos, el apartamento 307 de la torre 1 NO existe jurídicamente como un inmueble individualizado que pueda ser susceptible de posesión, 3. El acta de entrega provisional de la unidad inmobiliaria denominada apartamento 307, se realizó por parte de la sociedad fideicomitente sin autorización ni participación de mi mandante, titular del derecho real de dominio.

21) El nueve (09) de septiembre de 2018, personal de la sociedad demandante intentaron tomar por vías de hecho, posesión ilegítima e irregular sobre la unidad denominada apartamento 307 de la torre 1 del proyecto. Por tanto, mi representada constituyó poder especial en favor de la doctora Marcela Valero Monsalve, para que interpusiera querrelas policivas en contra de los invasores, entre éstos, los representantes legales de la sociedad demandante.

22) Así, respecto de las querrelas interpuestas, el Inspector de la Policía del Corregimiento de Arroyo Grande, emitió respuesta a la apoderada, calendada el seis (06) de julio de 2019, mediante la cual expreso: "Las actuaciones de este despacho y el suscrito Inspector de Policía se han limitado a dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte (...) por estas razones este despacho no ha adelantado ni adelantará actuación alguna en lo que se refiere adelantar procesos Policivos por Perturbación a la Posesión." Subrayado fuera de texto.

23) El día dieciséis (16) de noviembre de 2018, la doctora Dora Magdalena Rodríguez, en calidad de Gerente General Suplente de la sociedad Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., eleva derecho de petición ante la Superintendencia de Notariado y Registro, con el ánimo de conocer si es procedente el registro de la Escritura Pública No. 1889 del 21 de junio de 2017, contentiva del Reglamento de Propiedad Horizontal del Condominio Kutay Wellness Center & Village.

24) Frente a la petición elevada, la Superintendencia de Notariado y Registro el veintidós (22) de enero de 2019, emite respuesta, en la que manifiesta: "no es procedente el registro de actos que impliquen la apertura de nuevos folios de matrícula inmobiliaria, como el de Constitución del Régimen de Propiedad Horizontal."

25) La medida cautelar de inscripción de la demanda, quedó registrada en la anotación Nro. 007 de fecha 12 de febrero de 2020, radicación 2020-060-6-3790 en el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 060-267066 de Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, causando un perjuicio irremediable a mi

mandante y, violando los derechos de igualdad, debido proceso y proporcionalidad de la medida, como se detallará más adelante.

26) Advierto señor juez, que la providencia impugnada por el presente escrito, desconoce y omite los efectos de la situación fáctica descrita. Es el momento y oportunidad procesal, para que el juez de conocimiento reconsidere el decreto de medidas cautelares, emitiendo una nueva decisión ajustada y conforme a derecho.

iii. SUPUESTOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO

1) Violación a los derechos fundamentales de igualdad y debido proceso.

La Corte Constitucional ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que la igualdad es a la vez un *principio, un derecho fundamental y un valor constitucional*¹.

De esta manera, por ejemplo, la igualdad como principio, tiene su materialidad en el primer inciso del artículo 13 Superior, ya que al establecer el legislador que *"todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley"*, impuso el carácter objetivo del principio de igualdad, al predicar igualdad entre iguales y diferencia entre los desiguales².

La consolidación de la igualdad tiene su mérito en la que la H. Corte Constitucional denomina *densidad normativa*.

"Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. (...) Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. (...) De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. (...) Esos dos contenidos iniciales del

¹ Sentencia C-530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² Derecho Constitucional Colombiano, Manuel F. Quinche Ramírez. ED. Temis S.A.

*principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables. De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional³.
Negrilla Fuera de texto.*

Con dicho antecedente, resulta necesario poner de presente ante este estrado judicial, que las medidas cautelares decretadas mediante los autos de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2019 y cuatro (04) de febrero de 2020, de manera incuestionable, violaron los derechos a la igualdad de dos poblaciones con tratamiento legal especial y esto es, de una parte, todos los titulares de derechos en el Corregimiento de Arroyo Grande (Cartagena D.T y C.) y, de otra, todos los acreedores de la sociedad Wellness Center MDI Marino S.A.S. hoy, en Reorganización.

Respecto a la población correspondiente a los titulares de derechos en el Corregimiento Arroyo Grande, la vulneración se concreta respecto al proceso de clarificación en curso, ordenado por la H. Corte Constitucional mediante fallo T-601 de 2016; el cual ha condicionado la titularidad de derechos reales en la zona, a lo que dicte para tal fin la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS dentro del proceso de clarificación, hecho que ha generado a su vez, un estado suspensivo judicial y extrajudicial respecto al reconocimiento de derechos, entre éstos el dominio y, por supuesto, la posesión.

³ Corte Constitucional, C-818 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra.

Luego, si el proceso de clarificación de la propiedad, en éste caso en curso; busca determinar si un predio, en éste caso de Arroyo Grande, ha salido o no del dominio del Estado, una providencia que no solo admita un proceso posesorio sobre un predio registrado en clarificación, como el Ecolote 8, cuyo registro de clarificación se aprecia de manera latente en la anotación Nro. 005 del Folio de Matricula Inmobiliaria 060-267066, además, ordene medidas cautelares sobre éste, como la orden judicial emanada del JUZGADO SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, mediante oficio Nro. 191, registrado en la anotación Nro. 007 del doce (12) de febrero de 2020 en la matrícula 060-267066 como medida cautelar de inscripción de la demanda, indudablemente, viola el derecho al debido proceso y derecho a la igualdad de toda la comunidad de Arroyo Grande, que en virtud del mandato constitucional, se ha circunscrito colectivamente a un reconocimiento de sus derechos, entre éstos, el de posesión, proveniente del proceso de clarificación que lleva a cabo la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS.

Así pues, resulta además de incomprensible, flagrantemente ilegal, que mientras el Estatuto Superior reconoce los derechos al debido proceso e igualdad como fundamentales y, con sujeción a ello, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, ordena un *trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas*, ante la existencia de un proceso de clarificación con origen Constitucional, éste despacho haya resuelto otorgar un trato diferenciado, desigual y preferente a la sociedad demandante Hacienda Sisga Ltda, por encima de toda la comunidad del Corregimiento de Arroyo Grande, que también reclama una declaratoria de titularidad de derechos reales, entre éstos, la posesión.

De manera complementaria, resulta incomprensible la decisión adoptada por el despacho, por cuanto, habiendo un reconocimiento por parte de la Superintendencia de Sociedades, por medio de la cual, con apego a la Ley 1116 de 2006, y luego de un control de legalidad, haya resuelto mediante Auto No. 460-004926 de fecha doce (12) de junio de 2019 la admisión a reorganización empresarial de la fideicomitente, y, especialmente, posterior reconocimiento del inmueble identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria 060-267066, (hoy sujeto de medidas cautelares proferidas por éste despacho), como inventario y prenda general de todos los acreedores de la sociedad, entre éstos, la demandante Hacienda Sisga Ltda, expresamente reconocida como acreedor ante la Superintendencia de Sociedades.

De ahí que, mientras la masa de acreedores de la fideicomitente desde el doce (12) de junio de 2019 se circunscribe a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades, éste despacho decretando medidas cautelares sobre el bien que constituye prenda y garantía para todos los acreedores de Wellness Center MDI Marino S.A.S., haya resuelto, con violación expresa al derecho al debido proceso de los acreedores, conceder un trato diferenciado, desigual y preferente a la demandante Hacienda Sisga Ltda.

2) De la proporcionalidad de la medida:

El inciso tercero, del literal "C", del artículo 590 del Código General del Proceso respecto a las medidas cautelares en procesos declarativos, establece:

"Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida (...)"

Pues bien, salta a la vista la notoria **desproporcionalidad** entre el bien objeto de supuesta posesión, denominado apartamento 307 de la torre 1 del Condominio Kutay Wellness & Village, con 99.85 m² y, el bien fideicometido sujeto a administración de mi mandante denominado "Ecolote 8", con 35.535 m², hoy objeto de medidas cautelares dictadas por este despacho.

Lo anterior, supone una desproporcionalidad no sólo en área, que equivale al decreto de medidas cautelares excesivas en una diferencia de más de 35.400 m² respecto lo que se pretende por el demandante y, lo que fue sujeto de medidas cautelares, si no en que, mientras el demandante busca a través del presente *sub lite* la declaratoria de posesión del apartamento 307 de la torre 1, este despacho libró oficios sobre el inmueble denominado Ecolote 8.

De ésta manera, ha quedado debidamente acreditada la expresa desproporcionalidad en la medida cautelar sujeto de alzada y, la imperiosa necesidad de revocar el proveído que la decretó, para en su lugar, negar todas las medidas cautelares requeridas por el actor.

3) Inexistencia del bien objeto de la Litis:

Conoce el despacho del decreto de medidas cautelares nominadas e innominadas, dentro del proceso posesorio incoado por la sociedad Hacienda Sisga Ltda., consistentes en la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-267066 y la orden impartida a mi representada y a la sociedad Wellness Center MDI Marino S.A.S. (también demandada) de *abstenerse de realizar o suspender cualquier negocio relacionado con la entrega del apartamento 307 del Condominio Kutay Wellness and Village a un operador hotelero para su explotación económica en beneficio de los demandados (...)*.

Sin embargo, olvida el despacho que con el decreto de las medidas ya mencionadas, se está vulnerando el derecho al debido proceso de obligatorio cumplimiento y garantía en materia de legalidad, ya que el juez debe actuar conforme el ordenamiento jurídico y todas sus actuaciones y decisiones deben estar soportados y sustentados de acuerdo a lo que dispone la Ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que como se ha esbozado en párrafos precedentes, el bien inmueble objeto de la Litis es un bien jurídica y materialmente inexistente y por ende, no es susceptible de apropiación y/o posesión.

Si se advierte que la posesión solo puede recaer sobre bienes que son susceptibles de apropiación, es pertinente manifestar que el bien inmueble que alega el DEMANDANTE haber poseído y sobre el cual pretende la restitución, NO ES SUSEPTIBLE DE APROPIACION puesto que además de no existir construcción material aprehensible (Apto 307), tampoco cuenta con la identificación jurídica, catastral o registral que permita el reconocimiento de un derecho posesorio, sujeto a registro, con oponibilidad a terceros. Así las cosas, no debe concebir el Despacho argumento alguno, para admitir demanda posesoria sobre un bien en específico, el consecuente decreto de medidas cautelares de inscripción de demanda, e inclusive innominada, sobre un bien que NO existe jurídicamente, máxime, cuando en virtud de la acción posesoria se pretende "*conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos*".

Pese a lo anterior, desafortunadamente, el Despacho ha decretado la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-267066 de la oficina de instrumentos públicos de Cartagena, obviando, como se ha expuesto en éste recurso, que dicho folio no corresponde al apartamento 307 de la torre 1, si no a un inmueble notoriamente distinto.

No se explica la suscrita, como puede el despacho decretar una medida cautelar de inscripción de la demanda e inclusive, una prohibición de realizar cualquier negocio, sobre un inmueble que no existe, que siendo su naturaleza un bien inmueble sujeto a registro, no tiene folio de matrícula inmobiliaria, especialmente, cuando el mismo no esta individualizado y por ende, se reitera no existe jurídicamente y no es susceptible de apropiación.

Se pone de presente, que la orden de inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria 060-267066 de la oficina de instrumentos públicos de Cartagena, del cual mi poderdante es la TITULAR DEL DERECHO REAL DE DOMINIO, constituye un agravio por parte del despacho en contra de mi representada y, como se manifestó anteriormente sobre los derechos colectivos e individuales de la comunidad de Arroyo Grande y masa de acreedores de la sociedad Wellness Center MDI Marino S.A.S., basado en un juicio de *aparición de buen derecho*, intentando con dicha medida garantizar el cumplimiento de las pretensiones de la sociedad demandante; empero, evade el despacho que quien solicita la medida cautelar carece de total legitimidad para solicitarla, principalmente, cuando la sociedad demandante no cumple los presupuestos para ser titular de la acción posesoria y, además, pretende posesión sobre un bien jurídica y materialmente inexistente.

4) De la omisión a una orden de la Corte Constitucional.

Se pone de presente al despacho que las providencias recurridas, son CONTRARIAS y VIOLATORIAS de lo dispuesto y ordenado por la H. Corte Constitucional mediante el fallo de tutela T 601 de 2016. Lo anterior implica que, hasta que no se profiera una decisión dentro del proceso de clarificación de la propiedad ordenando mediante dicho fallo de tutela, y que cobija el FMI No. 060-267066, el JUZGADO

SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, no puede ni podrá, ordenar el decreto de medidas cautelares sobre el FMI No. 060-267066.

5) Inexistencia de la relación que origina la Litis entre la sociedad demandante y mi representada.

Si la demandante reconoce la titularidad del derecho de dominio en mi mandante y, alega haber recibido la posesión del apartamento 307 de la torre 1 con base en un documento denominado "ACTA DE ENTREGA PROVISIONAL" del cual mi representada no hizo parte y tampoco autorizó dicha entrega, no puede ser vinculante un proceso posesorio en contra de mi representada, con afectación mediante medida cautelar en sus bienes fideicometidos.

Por lo tanto, el tratamiento legal adecuado, acorde al negocio de compraventa alegado por la demandante de carácter bilateral, sin participación de mi representada, corresponderá a una Litis naturalmente entre sus contratantes a fin de dirimir el conflicto, con apego al proceso concursal en curso y la legitimación que cada quien tenga, dentro del proceso judicial correspondiente.

En tanto, una medida cautelar que se mantenga sobre el bien inmueble fideicometido, ante la inexistencia de la relación que origina la Litis entre la demandante y mi representada debe ser cancelada de manera inmediata.

iv. PETICIÓN

Por las consideraciones, hechos y fundamentos jurídicos esbozados anteriormente, solicito respetuosamente:

- 1) Se **REVOQUE** el auto de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2019.
- 2) Se **REVOQUE** el auto de fecha cuatro (04) de febrero de 2020.
- 3) Que una vez cumplida la petición previa, se **NIEGUE** el decreto de las medidas cautelares ordenadas.
- 4) Se **ORDENE** el levantamiento y la cancelación de las medidas cautelares decretadas.
- 5) Se **ORDENE** la cancelación de la caución ordenada por éste despacho y, en los términos del numeral 4 del artículo 604 del Código General del Proceso, sea consignado el valor de la caución a órdenes del juez.
- 6) Se **RECONOZCA** personería a la suscrita, apoderada especial de la demandada, BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI.

v. PRUEBAS

Solicito al despacho se tengan como medios de prueba, las siguientes:

Documentales:

- 1) Copia del contrato de fiducia mercantil de fecha primero (01) de agosto de 2011.
- 2) Copia simple de la Escritura Pública No. 4162 del 22 de diciembre de 2012 autorizada por la Notaría 11 del circulo de Bogotá.
- 3) Copia simple del contrato de vinculación de la sociedad Hacienda Sisga Ltda., de fecha diez (10) de agosto de 2016.
- 4) Copia simple del comunicado de fecha siete (7) de septiembre de 2016, por medio del cual la Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., en su condición de vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI, dio la bienvenida a la sociedad Hacienda Sisga Ltda. como comprador del PROYECTO WELLNESS CENTER – M.D.I. y le remitió instructivo para consignar los recursos relacionados con el plan de pagos convenido.
- 5) Copia simple del Fallo de tutela proferido por la H. Corte Constitucional T-601/16.
- 6) Certificado de libertad y tradición del folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-267066 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.
- 7) Copia simple del Auto de admisión al proceso de reorganización a la sociedad WELLNESS CENTER MDI MARINO S.A.S.
- 8) Copia simple de la solicitud de registro del Reglamento de Propiedad Horizontal del CONDOMINIO KUTAY WELLNESS & VILLAGE P.H., elevada ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de fecha treinta (30) de junio de 2017.
- 9) Copia Simple de la Nota devolutiva del diez (10) de julio de 2017, emitida por la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Cartagena.
- 10)Copia Simple de la Nota devolutiva del quince (15) de enero del 2018, emitida por la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Cartagena.
- 11)Copia simple de la resolución No. 2869 de 2018, proferida por la Agencia Nacional de Tierras.
- 12)Copia simple de la petición elevada ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el cinco (05) de julio de 2018.
- 13)Copia simple de la respuesta emitida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi el veintiuno (21) de julio de 2018.
- 14)Copia simple de la querrella interpuesta en contra de la Sociedad Hacienda Sisga Ltda. y otros.
- 15)Copia simple del comunicado del seis (06) de julio de 2019, suscrito por el Inspector de la Policía del Corregimiento de Arroyo Grande, en referencia a las querellas radicadas.

- 16) Copia simple de la respuesta al derecho de petición presentado ante la Superintendencia de Notariado y Registro.
- 17) Copia simple de la certificación de vinculación y aportes de la sociedad Hacienda Sisga Ltda., expedida por la Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., en su condición de vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI.

vi. ANEXOS

- 1) Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.- Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 2) Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.- Sociedad Fiduciaria en su condición de vocera del Fideicomiso Wellness Center MDI expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 3) Poder especial conferido a la suscrita.

vii. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, me permito suministrar los siguientes datos de contacto:

- BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. – Sociedad Fiduciaria en Calidad de vocera del FIDEICOMISO WELLNESS CENTER MDI: Cra. 9 No. 72 – 21, Piso 6, en la ciudad de Bogotá, correo electrónico: doramagddalena.rodriguez@bbva.com.
- La suscrita recibirá notificaciones en la secretaria de su despacho o en la Cra. 113 A No. 75 C - 11 Casa C, en la ciudad de Bogotá. Correo electrónico: ctenoriolegal@gmail.com.

Atentamente,



Camila Tenorio Cárdenas

C.C. No. 1.022.984.184 de Bogotá D.C.

T.P. 276.896 del C.S. de la J.