Señor
JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E.S.D

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE MINIMA CUANTÍA
DEMANDANTE: PUERTA DE LAS AMÉRICAS PARQUE RESIDENCIAL
DEMANDADOS: FIDUCIARIA BOGOTA S.A.-FIDUBOGOTÁ S.A. Y PROMOTORA PAV S.A.S.
RADICADO: 2019-428
ASUNTO: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia.

CLAUDIA ALEJANDRA RODGERS MÚNERA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.047.393.000 de Cartagena y portadora de la Tarjeta Profesional No. 199.031 expedida por C. S. de la J., actuando en calidad de apoderada de la parte demandante **PUERTA DE LAS AMÉRICAS PARQUE RESIDENCIAL,** con mi acostumbrado respeto me dirijo a usted con el fin de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia de fecha 31 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de esta ciudad, conforme los siguientes argumentos:

SOBRE LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

1. De una manera completamente *suigéneris* en la sentencia de primera instancia se terminó declarando probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., lo cual no puede estar más alejado de la realidad, o cuando, por lo menos, si no se declaraba la responsabilidad de la entidad señalada, lo mínimo era que se declarara deudora a la otra demandada, PROMOTORA PAV S.A.S. en su calidad de tenedora.

2. Lastimosamente, es necesario referirse a la especial y suigéneris forma en que la primera instancia interpretó la excepción de fondo señalada, y le otorgó todos los efectos de una excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva que jamás fue invocada por FIDUBOGOTÁ S.A. ni por ninguno de los demandados, pues de haber sido así, la *a-quo* pudo haberla declarado de oficio o mediante sentencia anticipada, lo cual no hizo porque todas las partes llegamos a la audiencia de instrucción y juzgamiento convencidas de la legitimación de cada una para actuar dentro del proceso.

3. La confusión de la *a-quo* surge de la multiplicidad de patrimonios autónomos de los cuales es vocera FIDUBOGOTÁ S.A., y dentro de los cuales se cuentan los denominados Fideicomiso PAV Bloque 11, y Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial.

4. De dicha confusión se valió la parte demandada FIDUBOGOTÁ S.A. para, por medio de una solicitud de control de legalidad, manifestar que había sido convocada al proceso de manera equivocada pues se le llamó como

vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso PAV Bloque 11, cuando la dueña del inmueble sobre el cual recaen las cuotas de administración objeto del cobro judicial es FIDUBOGOTÁ S.A. pero como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial.

5. Si en algo tienen razón FIDUBOGOTÁ S.A. y la juez de primera instancia es que en la demanda se cometió un error de transcripción al momento de indicar nombre del patrimonio autónomo representado por la demandada, sin embargo, dicho error no pasa de ser una mera formalidad por cuanto lo realmente importante que es el título valor expresa de manera correcta que quien adeuda las expensas ordinarias y extraordinarias de administración es FIDUBOGOTÁ S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial.

SOBRE LA CALIDAD DE PROPIETARIO DE FIDUBOGOTÁ S.A. Y SU CORRECTA VINCULACIÓN AL PROCESO

6. De acuerdo con el punto anterior, vale la pena indicar que la parte demandada al momento de contestar la demanda y durante el curso del proceso nunca insinuó no estar legitimada para actuar, por el contrario, actuó como vocera del patrimonio autónomo correspondiente a sabiendas de sus facultades legales para ello. Solo lo hizo cuando solicitó a la juez de primera instancia ejercer un control de legalidad que, dicho sea de paso, fue pasado por alto pues lo mínimo que se debía hacer era la integración del litisconsorcio según lo ordena el artículo 42 del CGP en su numeral 5.

7. Sobre este tema, es necesario hacer referencia a lo que enseñan los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, así:

Dice el artículo 53 citado que pueden ser parte dentro de un proceso los patrimonios autónomos, mientras que el artículo 54 sobre la comparecencia al proceso, ordena que**, léase bien**, *"las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos.* ***En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera."***

Claramente el artículo citado dispone que los patrimonios autónomos comparecen al proceso representados por el representante legal de la respectiva fiduciaria, y obviamente, representado por el apoderado que la representante legal designe.

Para el caso que nos ocupa, según se observa, el poder que faculta a la Dra. LINA MARIA MEJIA GOMEZ, para actuar dentro de este proceso, fue otorgado por parte de la señora ANA ISABEL CUERVO ZULUAGA, <u>EN SU CONDICIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DE FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.</u>

Es decir, no es que la señora ANA ISABEL CUERVO ZULUAGA, fuera la representante legal del patrimonio autónomo Fideicomiso PAV Bloque 11, NO, la mentada señora es representante legal de la sociedad fiduciaria vocera de los múltiples patrimonios autónomos que ha

constituido, por lo tanto, el patrimonio autónomo Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial siempre ha estado representado dentro del proceso por su vocero natural, es decir, por FIDUBOGOTÁ S.A., a través de su representante legal y su apoderada, por lo que no hay razón para decir que a esa entidad se le está ejerciendo un cobro de lo no debido, y menos favorecerla con una disfrazada declaratoria de falta de legitimación en la causa.

8. Por otro lado, vale la pena igualmente hacer mención de lo que enseña la Ley 675 de 2001 en su artículo 48, que dice: *"En los procesos ejecutivos entablados por el representante legal de la persona jurídica a que se refiere esta ley para el cobro de multas u obligaciones pecuniarias derivadas de expensas ordinarias y extraordinarias, con sus correspondientes intereses, sólo podrán exigirse por el Juez competente como anexos a la respectiva demanda el poder debidamente otorgado, el certificado sobre existencia y representación de la persona jurídica demandante y demandada en caso de que el deudor ostente esta calidad, el título ejecutivo contentivo de la obligación que será solamente el certificado expedido por el administrador sin ningún requisito ni procedimiento adicional y copia del certificado de intereses expedido por la Superintendencia Bancaria o por el organismo que haga sus veces o de la parte pertinente del reglamento que autorice un interés inferior."*

En el caso que nos ocupa, señor juez, puede observarse plenamente que fue anexado el poder debidamente otorgado para demandar ejecutivamente a FIDUBOGOTÁ S.A. como propietaria del inmueble identificado con FMI 060-260185, así como también se aportó el certificado de existencia y representación legal de la demandante y la demandada, y el título ejecutivo contentivo de la obligación expedido por el administrador donde claramente se expresa que el propietario del inmueble es FIDUBOGOTÁ S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial.

Es decir, se cumplieron a cabalidad todos los requisitos impuestos por la ley para iniciar esta clase de procesos ejecutivos sin que le fuera permitido a la juez de primera instancia exigir requisitos adicionales.

Frente a este punto, me gustaría hacer cita en calidad de precedente horizontal, del auto de fecha 09 de abril de 2021 proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, dentro del proceso de radicado 2019-428 cuyas partes demandadas son las mismas, pero que se hace menester referirse a esta providencia, como quiera que ese despacho hace un análisis juicioso del titulo ejecutivo, de las calidades de cada una de las demandadas, y de igual manera, la normativa aplicable para las relaciones y obligaciones suscitadas en materia de propiedades horizontales en Colombia. Para su estudio, se adjuntará el referido en el correo que allega el presente memorial.

9. Ahora bien, como se viene advirtiendo, más allá de lo que diga la parte resolutiva de la sentencia, lo que realmente declaró la primera instancia fue una falta de legitimación en la causa por pasiva en favor de FIDUBOGOTÁ S.A., y luego se dijo que lo que había prosperado fue la excepción de cobro de lo no debido cuando ello no fue probado.

Y aquí vale la pena decir que, si la primera instancia consideraba que hacía falta por vincular a una persona más al proceso, bien pudo integrar el litisconsorcio ahora con FIDUBOGOTÁ S.A. como vocera del patrimonio

Centro, Avenida Venezuela, Edificio Citybank Oficina 5C.
Cartagena de Indias D.T. y C.
Email: claudiarodgers@gmail.com
Teléfono: 317 574 7584

autónomo Fideicomiso Puertas de las Américas Parque Residencial, pero no lo hizo, faltando a sus deberes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 numeral 3 del Código General del Proceso.

Y vaya que hubo oportunidades para sanear el proceso si así lo consideraba la juez de primer grado, tanto así que ofició a varias entidades para que le aclararan la situación de la multiplicidad de patrimonios autónomos de los cuales es vocera FIDUBOGOTÁ S.A., pero, al parecer, las respuestas generaron mayores confusiones que claridades.

Dentro de esas respuestas llama poderosamente la atención la emitida por la mismísima FIDUBOGOTÁ S.A., quien señaló que cada patrimonio autónomo es distinto, y, por ende, se les debía demandar de manera independiente.

Tal respuesta fue utilizada en primera instancia como uno de los soportes principales de la tesis del juzgado sin mayores reparos o aclaraciones sobre su pertinencia, teniendo en cuenta que proviene de la misma demandada por lo tanto hay un manto de parcialidad en sus manifestaciones.

10. Dispone el artículo 102 del CGP que los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.

11. La parte demandada nunca propuso la excepción previa de falta de legitimación, únicamente solicitó que se ejerciera un control de legalidad cuyo único resultado debió ser la integración del litisconsorcio en caso de que así lo hubiera considerado la juez, pero nunca que se declarara que FIDUBOGOTÁ S.A. no debe responder por la deuda por el hecho de no haber consignado en la demanda que se le demandaba como vocera de un patrimonio autónomo distinto al que fue señalado, cuando para todos los efectos quien debe ser llamado al proceso la entidad fiduciaria principal y así se hizo, tanto que acudió al proceso a través de su representante legal.

SOBRE LA CALIDAD DE TENEDORA DE PROMOTORA PAV

12. Llegados a este punto es necesario decir que, si aun en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que FIDUBOGOTÁ S.A. no debe responder, vale la pena cuestionarse porqué también fue excluida de toda responsabilidad la demandada PROMOTORA PAV, cuando en su calidad de tenedor del inmueble es solidariamente responsable del pago de las cuotas de administración objeto del proceso ejecutivo.

13. Ordena el artículo 29 de la 675 de 2001 que "*Los propietarios de los bienes privados de un edificio o conjunto estarán obligados a contribuir al pago de las expensas necesarias causadas por la administración y la prestación de servicios comunes esenciales para la existencia, seguridad y conservación de los bienes comunes, de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal.*

Para efecto de las expensas comunes ordinarias, existirá solidaridad en su pago entre el propietario y el tenedor a cualquier título de bienes de dominio privado.

Centro, Avenida Venezuela, Edificio Citybank Oficina 5C.
Cartagena de Indias D.T. y C.
Email: claudiarodgers@gmail.com
Teléfono: 317 574 7584

Igualmente, existirá solidaridad en su pago entre el propietario anterior y el nuevo propietario del respectivo bien privado, respecto de las expensas comunes no pagadas por el primero, al momento de llevarse a cabo la transferencia del derecho de dominio."

14. Dentro del proceso está suficientemente probado con el certificado de tradición correspondiente que la propietaria del inmueble es FIDUBOGOTÁ S.A., independientemente del patrimonio autónomo que represente.

Así mismo, que PROMOTORA PAV sí es la tenedora actual del bien, pues, aunque hace referencia a una entrega material de este a la señora MARIA NELLY FLOREZ, según lo resuelto por la juez en primera instancia, esa señora no posee el inmueble, de hecho, en el certificado de libertad no existe anotación alguna sobre la compraventa que afirman se realizó.

El artículo 167 del CGP dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. **En nuestro caso, PROMOTORA PAV para probar que no es la actual tenedora debió demostrar quien sí lo es, y en tal sentido aporta un acta de entrega a la señora MARIA NELLY FLOREZ, sin embargo, el inmueble jamás fue entregado, puesto que la señora no lo habita y la compraventa no aparece anotada en el respectivo folio de matrícula, por lo tanto, PROMOTORA PAV no logra desvirtuar que no es la tenedora del apartamento.**

15. Sobre el particular es necesario llamar la atención del señor Juez a que revise los argumentos utilizados por la primera instancia para afirmar categóricamente que PROMOTORA PAV no es la tenedora del inmueble.

Y es que el único argumento fue que el acta de entrega que reposa en el expediente no se indica el nombre de la promotora que hace esa entrega.

Permítame decirle señor juez que nuestro sistema procesal civil se enmarca en una tradición racionalista según la cual **la averiguación de la verdad como presupuesto de la justicia material es el principal objetivo institucional del proceso.**

Y es que Verdad y Justicia deben ir siempre de la mano, pues tan absurda e inútil es la justicia sin verdad, como ésta sin aquélla.

La pretensión de racionalidad de la decisión judicial a través del descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia está incorporada en el principio constitucional de la prevalencia de la ley sustancial sobre los ritos de acuerdo con el artículo 228 de la C.P.

Tal principio fue consagrado en el estatuto adjetivo, al expresar que *«el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial»* (Art. 11 C.G.P)

La función del proceso judicial como mecanismo para el descubrimiento de la verdad de los hechos que interesan al proceso no es un simple deseo o una postura doctrinal, *«sino que es parte de las exigencias normativas impuestas al debido proceso por el derecho a la defensa y,*

más en particular, por el denominado derecho a la prueba»[1].

Sin embargo, señor juez, la *a-quo* no quiso descubrir la verdad de la que le hablo, pues simplemente dedujo que PROMOTORA PAV no es la tenedora porque en el acta no aparece su nombre, dejando de lado otras pruebas que llevan a una conclusión totalmente distinta.

Esas pruebas parten de la contestación al hecho No. 2 de la demanda, cuando PROMOTORA PAV textualmente dijo que esa entidad:

"NO es tenedor como erróneamente pretende hacer ver el demandante, su tenedor desde el día 19 de septiembre de 2013 es a título de POSEEDORA es la SRA MARIA NELLY FLOREZ, quien recibió el inmueble y lo está usando (se aporta acta de entrega) …"

Con tal manifestación, señor juez, PROMOTORA PAV lo que quiso decir es que en la actualidad no es tenedor del inmueble en virtud de la entrega que hizo a la señora MARIA NELLY FLOREZ, lo cual ocurrió a su vez como consecuencia de una supuesta promesa de compraventa entre las partes, y pretende demostrar ello con el acta respectiva, lo que quiere decir, que antes de entregarlo sí era la tenedora, y en tal calidad, era la encargada de vender el apartamento y, obviamente entregarlo a su próximo propietario o poseedor.

Pero resulta que no se encuentra demostrado que la señora MARIA NELLY FLOREZ, hubiera comprado el inmueble, mucho menos que lo hubiera recibido ya que su firma no aparece en el acta, como tampoco se encuentra anotación alguna al respecto en el correspondiente certificado de tradición.

En ese orden de ideas, **si no está demostrada la tenencia del inmueble en cabeza de la señora MARIA NELLY FLOREZ, como pretende hacerlo ver PROMOTORA PAV con el acta que aporta, sencillamente las cosas deben volver al estado previo a dicha entrega, es decir, a concluir que PROMOTORA PAV NUNCA ENTREGÓ EL INMUEBLE, POR LO TANTO, SIGUE SIENDO SU TENEDOR.**

Aquí vale la pena preguntarse porqué PROMOTORA PAV aporta como prueba un acta de entrega de un inmueble que no entregó, sin indicar siquiera entonces cuál fue la promotora que hizo tal entrega, aportando a su vez de manera oportuna las pruebas pertinentes.

La respuesta es que aportó el acta porque lo tenía en su poder y esto último se debe a que fue PROMOTORA PAV la que en su calidad de tenedora pretendió hacer la entrega a la señora MARIA NELLY FLOREZ, entrega que nunca sucedió.

Por todo lo anterior, a las voces del artículo citado 29 de la 675 de 2001, PROMOTORA PAV es solidariamente responsable del pago de las expensas, por lo cual es inexplicable que dicha sociedad se viera cobijada por los efectos de la prosperidad de la excepción de cobro de lo no debido

[1] Jordi FERRER BELTRÁN. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 25.

Centro, Avenida Venezuela, Edificio Citybank Oficina 5C.
Cartagena de Indias D.T. y C.
Email: claudiarodgers@gmail.com
Teléfono: 317 574 7584

propuesta por FIDUBOGOTÁ S.A., que dicho sea de paso, **tal excepción se refiere es a las cuotas como tal, nunca a la calidad en qué actúan las empresas demandadas dentro del proceso o a sus calidades de propietarias o tenedoras del inmueble, por lo que consideramos que en primera instancia se le dio un alcance exagerado y grosero a la defensa de la parte demandada.**

SOBRE LA RESPONSABILIDAD, EN TODO CASO, DE LAS DEMANDADAS POR NO LLAMAR EN GARANTÍA A QUIENES CORRESPONDÍA SEGÚN ELLAS

16. En casos como el que nos ocupa, es necesario traer a colación el artículo 67 del CGP, que indica a tenor literal lo siguiente:

ARTÍCULO 67. LLAMAMIENTO AL POSEEDOR O TENEDOR. El que tenga una cosa a nombre de otro y sea demandado como poseedor de ella, **deberá expresarlo así en el término de traslado de la demanda, con la indicación del sitio donde pueda ser notificado el poseedor, so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante y una multa de quince (15) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales.** El juez ordenará notificar al poseedor designado. (negritas y subrayas nuestras)

Si el citado comparece y reconoce que es poseedor, se tendrá como parte en lugar del demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, mediante auto que se notificará por estado, el juez ordenará correr traslado de la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece o niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá sus efectos respecto de este y del poseedor por él designado.

Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a quien fuere demandado como tenedor de una cosa, si la tenencia radica en otra persona. (Negritas nuestras)

Cuando en el expediente aparezca la prueba de que el verdadero poseedor o tenedor es persona diferente del demandado o del llamado, el juez de primera instancia, de oficio, ordenará su vinculación. En tal caso, el citado tendrá el mismo término del demandado para contestar la demanda.

Teniendo en cuenta la norma en comento, y descendiendo finalmente al expediente que nos ocupa, no se visualiza que la parte demandada PROMOTORA PAV, en calidad de tenedora, invocara a quien corresponde realmente dicha calidad según ésta, por lo tanto, la juez de primera instancia debió aplicar las consecuencias de que trata el artículo, y debió declarar tenedora a la sociedad demandada.

En otras palabras, y entendiendo el contenido de la norma, una vez se notifica del auto admisorio de la demanda al presunto poseedor, en este caso PROMOTORA PAV ésta durante el traslado debió manifestar que ocupa el bien por cuenta de otro quien es en realidad el poseedor, o sencillamente, que no era el tenedor e indicar quien en realidad ostenta dicha calidad, y así mismo, expresar su nombre y el lugar donde pueda ser notificado. Lamentablemente, revisados los escritos de contestación de las partes demandadas, ninguna realizó lo enunciado por la norma, por lo tanto, lo lógico sería aplicar las consecuencias procesales tal como lo enuncia el articulado citado.

Claro está que PROMOTORA PAV si sugirió quien era el poseedor, señalando a la señora MARIA NELLY FLOREZ, pero fue la parte demandante quien pidió al juzgado que a esa persona se le integrara al proceso; pero estando demostrado que la señora MARIA NELLY FLOREZ, no es la poseedora, le correspondía a PROMOTORA PAV llamar al poseedor o tenedor, cosa que no iba a hacer puesto que es ella misma.

PRETENSIONES

Con base en todo lo expuesto, solicito al señor juez revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y en consecuencia acceder a las pretensiones de la demanda inicial.

ANEXOS

Auto de fecha 09 de abril de 2021 proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena.

Con sumo respeto y cortesía,

CLAUDIA A. RODGERS MÚNERA
CC. 1.047.393.000 de Cartagena
T.P. 199.031 del C.S. de la J.

Centro, Avenida Venezuela, Edificio Citybank Oficina 5C.
Cartagena de Indias D.T. y C.
Email: claudiarodgers@gmail.com
Teléfono: 317 574 7584