

Señores:

MAGISTRADOS

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA CIVIL FAMILIA**

E.S.D.

Magistrado Ponente: **Dr. JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS**
Radicación: 25899-31-03-001-2018-00405-01
Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá
Demandante: ECONDOMINIO MUSINGA P.H.
Demandado: MUSINGA S.A. EN LIQUIDACIÓN
Proceso: Ejecutivo
Asunto: Apelación Sentencia

Su señoría:

En mi calidad de apoderado de la demandada en la causa de la referencia, con el siempre debido respeto y estando dentro del término legal, presento ante su despacho los alegatos que sustentan recurso de **APELACIÓN** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, en virtud de la cual declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y ordenó seguir adelante con la ejecución, en consecuencia solicito se profiera un fallo que se ajuste a derecho, conforme a las excepciones, por encontrarse debidamente probadas, y por lo tanto se absuelva a la demandada, petición que se sustenta y fundamenta en las siguientes consideraciones:

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia deberá ser revocada en su integridad, por ser violatoria de las normas de derecho Constitucional y sustancial, toda vez que la misma está fundamentada en error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación y de las pruebas, que la condujeron a la violación indirecta de los arts. 1757 y 1760 del Código Civil en armonía con lo dispuesto los artículos 3, 7, 24, 38 y 52 de la ley 675 de 2001, por falta de aplicación; y del artículo 29, 47, 48 y 49 de la ley 675 de 2001 y artículo 621 a 671 del Código de Comercio por aplicación indebida, así mismo por la apreciación errónea y el valor jurídico dado a las pruebas.

En consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que la sentencia no cumple con el requisito de congruencia señalado en el artículo 281 del Código General del Proceso, en armonía con el artículo 164 de la misma obra, como se explica a continuación:

Consideraciones preliminares: Como es suficientemente conocido, la autonomía que tienen los jueces de instancia para valorar las pruebas, no constituye obstáculo para que sus juicios en materia probatoria puedan ser combatidos exitosamente, ya que el recurso de apelación está instituido para dirimir las diferencias apreciativas que puedan aflorar entre las partes y el juez y, para enmendar los errores de hecho, de suyo evidentes o mayúsculos que conducen a este, a dictar fallos que pugna abiertamente y rotundamente, con la realidad que el proceso muestra o exhibe y, que por ende, que reclaman sean desterrados del universo judicial, en atención a que fueron cimentados en consideraciones, juicios

o interpretaciones alejadas, *in radice*, de lo probado en el marco del litigio.
(Cas. Civil 31 de marzo de 2003 Exp. 7141)

Sabemos que los jueces son libres, autónomos e independientes para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, determinar su forma de aplicación y establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, pero esto no es una patente para desconocer o apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, aún menos para desconocer las disposiciones constitucionales o legales que regulan la materia objeto de Litis.

EL CASO CONCRETO

La entidad demandante, instauró demanda ejecutiva en contra de la sociedad MUSINGA S.A. para que se condenara al pago en su favor, de una serie de cuotas de administración sobre los lotes 10 al 33 de la etapa II, del ECONDOMINIO MUSINGA P.H., comprendidas entre el periodo del 1º de marzo de 2011 al 1 de mayo de 2015, junto con sus correspondientes intereses de mora, desde que se hicieron exigibles, y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación y por las que se causen en el transcurso del proceso.

Enterados de la demanda, dentro de la oportunidad procesal, nos opusimos a las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito de:

- **FALSEDAD IDEOLÓGICA DEL TÍTULO EJECUTIVO**
- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**
- **INEXISTENCIA DE CAUSA PARA COBRAR**

Agotadas las audiencias, se emitió sentencia por medio de la cual el Juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones, acogiendo las pretensiones ordenado seguir adelante con la ejecución. Contra esta determinación, interpusimos oportunamente el recurso de apelación que es objeto de esta argumentación.

EL FALLO IMPUGNADO

De las consideraciones de la decisión aquí atacada, destacamos las siguientes:

Aunque semántica la confusión, no es cierto, como erradamente lo indica la juez de instancia, que el presente proceso ejecutivo sea de carácter mixto, (Minuto: 0:25 audiencia de fallo) Realmente este proceso es un ejecutivo singular.

En el presente caso, igualmente es errado aplicar la literatura de los títulos valores Art. 621 a 671 del Código de Comercio, y en especial la acción cambiaria, tal como lo indicó la juez en su providencia. (Minuto: 1:42 a 2:22 audiencia de fallo)

La juez de instancia inadvertió, rebeldemente, que la excepción de falsedad ideológica del título ejecutivo lo que buscaba era atacar los requisitos sustanciales o de fondo del título ejecutivo, más no los requisitos formales, cuya discusión se hace a la sazón efectivamente del artículo 430 inciso 2 del Código General del Proceso, con lo cual se

advierte que se aplicó erróneamente esta norma procesal. (Minuto: 2:25 a 4:30 audiencia de fallo)

Pese a que acertadamente la juez en sus consideraciones indicó que: “Debemos verificar en este caso el debate de la falsedad ideológica de dicha prueba, que debe corresponder a lo probado en las actas de asamblea ordinarias y extraordinarias en los términos del artículo 47, 48, 49 de la ley 675 de 2009 sic” (Minuto 6:14 audiencia de fallo) se apartó de esta consideración al analizar y verificar el valor probatorio de las actas aportadas al proceso, en especial las correspondientes a los años 2011, 2013, 2013 y 2014 que son las que respaldarían la ejecución.

Anduvo desacertada la juez de instancia al señalar que:

“debemos verificar que aquellas actas tienen una presunción de veracidad que deben ser impugnadas dentro de los 2 meses siguientes, y estamos hablando puntualmente de las actas del 2015 y 2017, y en dichas actas como se aprobó cobrar dichos dineros no fueron impugnadas y como asistieron, las actas cobraron validez” (minuto 6:35 a 7:18 audiencia de fallo) nótese que el mandamiento de pago, ordena el pago de obligaciones supuestamente causadas desde el 1° de marzo de 2011 al 1 de mayo de 2015, por lo tanto era a las actas de asamblea de los años 2011, 2012, 2013 y 2014 a las que debió dirigirse para verificar la existencia de esas cuotas de administración, no en una supuesta aprobación dada en el futuro, con lo cual fue en contra de un principio básico del derecho procesal que nos indica que *«a nadie le está permitido constituir su propia prueba»*

El fallo es tan contradictorio y contraevidente, ya que la juez reconoce esa argucia de la demandante, pero no le da ninguna sanción probatoria, veamos: "Pues en las actas de 2015 y 2017 donde se creó esa obligación no fueron impugnadas en el debido tiempo por la sociedad Musinga en liquidación, como quiera que hicieron parte de la misma y no concurrieron a la justicia en los términos del artículo 49 de la ley 675 de 2001, pues en nada enerva la validez del negocio jurídico causal" (minuto 8:44 a 9:01 audiencia de fallo) como se advierte, para los años 2011 a 2014 no existía esa obligación, como falsamente fue certificado por la administradora y acogido en el mandamiento de pago.

Es decir, si para los años 2011 a 2014 no se había aprobado ninguna cuota de administración tal como lo señala el artículo 38 numeral 4 de la ley 675, no existía ninguna obligación causada, por lo tanto no había nada que cobrar, y así lo reconoció en el testimonio recogido en este proceso, de quien fuera la representante legal de la entidad demandante, igualmente en el informe escrito que obra en el acta de asamblea del año 2015, dando así un valor probatorio erróneo tanto a la prueba testimonial y documental proveniente de la referida señora.

Del mismo modo, y en línea con lo anterior, en cuanto a los vicios de creación del título señaló: "Musinga tiene una posición dominante... en la escritura pública 1353 del 31 de diciembre de 2009, adicionaron las matrículas y los índices de copropiedad... al haber sido integrados existe la obligación del pago de las expensas comunes" (minuto 9:24 a 9:59 audiencia de fallo) Aquí la juez infringió el artículo 24 y el artículo 52 de la ley 675 de 2001, así:

ARTÍCULO 24. ENTREGA DE LOS BIENES COMUNES POR PARTE DEL PROPIETARIO INICIAL. Se presume que la entrega de bienes comunes esenciales para el uso y goce de los bienes privados de un edificio o conjunto, tales como los elementos estructurales, accesos, escaleras y espesores, se efectúa de manera simultánea con la entrega de aquellos según las actas correspondientes.

Los bienes comunes de uso y goce general, ubicados en el edificio o conjunto, tales como zona de recreación y deporte y salones comunales, entre otros, se entregarán a la persona o personas designadas por la asamblea general o en su defecto al administrador definitivo, a más tardar cuando se haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad. La entrega deberá incluir los documentos garantía de los ascensores, bombas y demás equipos, expedidas por sus proveedores, así como los planos correspondientes a las redes eléctricas, hidrosanitarias y, en general, de los servicios públicos domiciliarios.

PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de conjuntos o proyectos contruidos por etapas, los bienes comunes esenciales para el uso y goce de los bienes privados se referirán a aquellos localizados en cada uno de los edificios o etapas cuya construcción se haya concluido. (Subrayado es mío)

Como se advierte, es diáfano que en los proyectos por etapas, una vez se haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes

privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad el desarrollador o constructor tiene la obligación de hacer entrega de los bienes comunes esenciales y no esenciales localizados en la etapa, para que a partir de ese momento los copropietarios se hagan cargo de ello a través de la administración de la copropiedad, y así sucesivamente se irán integrando las subsiguientes etapas. (Art. 7 ley 675 de 2001)

Aquí es imperioso señalar, que las etapas no construidas ni desarrolladas, pese a que puedan tener coeficiente de copropiedad, no se han incorporado ni integrado el proyecto, como erradamente lo indicó la juez, por lo tanto, la administración y control de esas etapas están provisionalmente en cabeza del constructor tal como lo indica el artículo 52 de la ley 675 de 2001, función que solo cesa una vez se haya construido y enajenado un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad; condición que pudo verificar la juez con todas las pruebas acopiadas en el proceso, documental, testimonial e inspección judicial; en consecuencia, no es la administración del condominio la llamada a cobrar cuotas de administración que nunca se aprobaron, nunca se causaron y nunca se ejecutaron.

En apoyo de esta posición, la juez reitera, pero no le da el valor probatorio a la siguiente argumentación: "Que miramos, en el acta del 25 de abril de 2015, se incluye a los de la segunda etapa, y en dicha acta participó Musinga y se ordenó el cobro de todos los valores no pagados" (Minuto 10:02 audiencia de fallo) es decir, la juez reconoció que antes del 25 de abril de 2015 no existía ninguna obligación aprobada ni cobrada, razón

suficiente para desestimar el cobro de las mismas, como se pidió en las excepciones propuestas.

A partir del minuto 11:20 el fallo se torna incongruente, ya que la presente demanda ejecutiva se edifica al tenor del artículo 48 de la ley 675 de 2001, y dirige es contra MUSINGA S.A. en su calidad de propietario de lotes, no es un proceso para declarar que el constructor se está beneficiando u obteniendo un lucro con el mantenimiento de bienes comunes, como reiteradamente subraya la juez al señalar: “En este caso **el constructor** está dejando en manos de la primera etapa el sostenimiento de la totalidad de los bienes comunes que corresponden a las tres etapas” Argumento que se reitera (Minuto 20:12 fallo) “Es una verdad de apuño que la ley previó desarrollos por etapas y su introducción en la medida que se va desarrollando, pero ello no exonera **al constructor** en aportar para la vigilancia y mantenimiento de los tanques, del mantenimiento de los senderos ecológicos, porque ellos son para la totalidad, como se verificó en la inspección judicial... **La sociedad Musinga se está lucrando de ello**, independiente que realice o no realice los desarrollos” Como vemos, se está condenando a la demandada por causa diferente a la pedida en la demanda, yendo contra las previsiones del artículo 281 del Código General del Proceso.

Como si lo anterior fuera poco, la juez infringió el artículo 38 numeral 4 de la ley 675 de 2001, por falta de aplicación al señalar: (Minuto 13:58 audiencia de fallo): “Que tenemos que decir, que no es la asamblea la que le dice cuanto tiene que pagar, sino que es la ley cuando le dice que tiene que cubrir, porque si quisiera la asamblea exonerar del pago de esas cuotas ha debido decirlo en esas asambleas se exonera a Musinga de

pagar el cobro de esas cuotas de administración” Recordemos que es la asamblea de copropietarios la que aprueba las cuotas de administración para cada año (Art. 39 ley 675 de 2001)

Anduvo ambivalente al indicar:

Minuto 14:35 “Ustedes tienen razón de que hay actas de asambleas en que no se les convocó o no verificaron pero que cuando esta subsanación se realizó en las actas de la asamblea de 2015 y 2017 en nada se opusieron y en nada atacaron respecto a esos cobros que se ordenaron en dicha asamblea y que adquiere validez ... porque no fueron impugnadas” insistimos, la demanda reclama el cobro de sumas de dinero causadas desde el 1º de marzo de 2011, con sus correspondientes intereses de mora, y así fue proferido el mandamiento de pago, y de esa ejecución fue que se defendió la demandada.

En cuanto a la valoración errónea de la prueba testimonial de la de representante legal de la demandante, debemos evocar:

(Minuto 15:22 fallo) Al analizar el testimonio de la representante legal de la entidad demandante, quien suscribió el título ejecutivo, señaló la juez “Ella es ambivalente porque reconoce que no se aprobaron actas porque no había inversión en la etapa dos” Esta afirmación es contundente, si no se aprobaron actas porque no había inversión en la etapa dos, entonces el título ejecutivo recoge una falsedad ideológica.

CONSIDERACIONES ADICIONALES

Conforme a lo dispuesto en el imperativo señalado en el artículo 1757 del Código Civil, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega

aquellas o ésta, es decir que cada una de las partes debe probar, el fundamento de su pretensión o de su excepción según el caso, así las cosas estará en cabeza del demandante probar, en este tipo de litigios, en que se demanda con un título ejecutivo no reconocido o aceptado por el demandado, los elementos que constituyen la obligación; fue así como se propusieron las excepciones de mérito, y en nuestros alegatos de conclusión indicamos que:

¿Qué se cobra en un proceso ejecutivo adelantado por una propiedad horizontal?

Contribuciones para las expensas comunes necesarias Art. 3 ley 675 de 2001

¿Pero, desde cuando son exigibles esas cuotas?

Para que sea exigible una obligación dineraria en la propiedad horizontal se requiere que sea aprobada por la asamblea de copropietarios Art. 38 N° 4 Ley 675 de 2001, el consejo no tiene facultades de aprobar ni cuotas de administración, ni cobros de las mismas.

¿En un proyecto por etapas las etapas no desarrolladas tienen la obligación de pagar?

No, esto solo sucede a partir de la entrega de la etapa, al enajenar y construir más del 51% de los coeficientes de copropiedad. Art. 24 Ley 675 de 2001

¿Quién administra la etapa en desarrollo? Según el Art. 52 Ley 675 de 2001 el constructor, no la administración de la copropiedad, si lo hace en forma deficiente, o no presta algún servicio, es un tema directo del

administrador provisional ya que si no se ha vendido el 51% de los coeficientes es una propiedad privada del desarrollador.

En el presente proceso no hubo confesión sobre la aceptación de la obligación por parte del R.L. de la entidad demandada, se argumenta que hay un enriquecimiento de la entidad demandada, pero no es un proceso de responsabilidad civil sino un proceso ejecutivo, violación así el principio de congruencia Art. 281 C.G.P.

Por las anteriores consideraciones deben salir adelante las excepciones propuestas:

- **FALSEDAD IDEOLÓGICA DEL TÍTULO EJECUTIVO**
- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**
- **INEXISTENCIA DE CAUSA PARA COBRAR**

Nuestra Corte Constitucional a propósito del adecuado entendimiento y aplicación del artículo 48 de la ley 675 de 2001 ha fijado en su jurisprudencia¹:

*El correcto entendimiento de la norma, entonces, lleva a concluir que lo que se pretendió fue permitir que sólo el certificado expedido por el administrador constituyese título ejecutivo, **lo que no implica que esa certificación pueda versar sobre hechos ajenos a la realidad**, sino que responde al deseo del legislador de simplificar el procedimiento para efectuar el cobro ejecutivo de las*

¹ Sentencia C- 929 de 2007 M.P. Dr. Rodrigo escobar Gil

multas y obligaciones derivadas de expensas ordinarias y extraordinarias, tal y como consta en los antecedentes legislativos de la norma acusada.

Los apartes acusados no conceden licencia al administrador para que certifique situaciones contrarias a la realidad, como lo entiende el accionante, sino que busca facilitar la expedición de un documento que debe corresponder con la verdad de los hechos. Así las cosas, el legislador acudió al principio de racionalidad, en aras de simplificar el cobro ejecutivo de las deudas por expensas comunes, sin que por esa razón se afecte el derecho a la defensa de los deudores, quienes cuentan con el escenario del proceso ejecutivo para controvertir la validez del mismo y, por tanto, el verdadero monto de lo debido.

En efecto, del texto demandado se deduce claramente, que quien juzga la procedencia del cobro de las expensas no es el administrador del conjunto, sino el juez de la causa, quien deberá estimar la validez y veracidad de los documentos que se alleguen al proceso y ordenar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento del asunto planteado, trámite durante el cual el deudor tiene la posibilidad de controvertir los hechos y elementos probatorios que se alleguen en su contra. (Negritas son mías)

Ahora bien, respecto de la falsedad ideológica en los títulos ejecutivos el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de decisión Civil, puntualizó en sentencia de 18 de julio de 2005 (Expediente. 871)

La falsedad puede ser de dos clases: material e ideológica o intelectual. La falsedad material se refiere a la firma o al texto del documento o por alteración del contenido mediante lavado, borraduras, supresiones, cambios o adiciones de su texto. La falsedad ideológica se refiere a la falacia o mentira o simulación del contenido del documento: La primera, cuando es una declaración de ciencia que no corresponde a la verdad; la segunda, cuando es una declaración de voluntad o dispositiva que no corresponde a la realidad.

Al respecto de estos temas dijo el Tratadista Hernando Devis Echandia²:

(...). Diferente es el caso de la falsedad ideológica o intelectual, es decir, la mendacidad o simulación del contenido del documento: la primera, cuando es una declaración de ciencia que no corresponde a la verdad; la segunda, cuando es una declaración de voluntad o dispositiva que no corresponde a la realidad. Esta falsedad no es objeto de incidente, ni de tacha de falsedad en ningún proceso, porque en ese caso se trata de probar contra lo dicho en el documento, y se deben aprovechar los términos ordinarios de prueba. Tal es el caso de prueba de la simulación."

Descendiendo al caso sub lite, tenemos que la representante legal de la copropiedad demandante, certifica una serie de sumas dinerarias, presuntamente adeudadas por la demandada, sobre los lotes de su

² Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Págs. 455 y 456, Novena Edición, Editorial ABC-Bogotá

propiedad que hacen parte de la etapa II del Econdominio Musinga P.H., pero como se probó en el presente proceso, dichas sumas de dinero no son ciertas, la etapa II no se ha desarrollado ni en sus bienes privados y en sus bienes comunes, y por esta razón no se ha integrado arquitectónicamente a la etapa I, en consecuencia la etapa II no demanda expensas comunes necesarias de administración *“para el mantenimiento, reparación, reposición, reconstrucción y vigilancia de los bienes comunes, así como los servicios públicos esenciales relacionados con estos”*. (Artículo 3 Ley 675 de 2001)

Ahora bien, no es menos importante tener en cuenta que durante los años 2011 y ss la asamblea de copropietarios del Econdominio Musinga P.H., no ha aprobado ni presupuestos y aún menos cuotas de administración para los lotes de la etapa II, precisamente por las razones antes expresadas, en consecuencia, la certificación de la deuda expedida por la representante legal de la copropiedad es contraria a la realidad, ya que recordemos que: la asamblea de copropietarios es el único ente de gobierno en la propiedad horizontal que puede aprobar dichas expensas comunes tal como lo prevé la misma ley 675 de 2001, como se indica a continuación:

ARTÍCULO 38. NATURALEZA Y FUNCIONES. La asamblea general de propietarios es el órgano de dirección de la persona jurídica que surge por mandato de esta ley, y tendrá como funciones básicas las siguientes:

...

4. **Aprobar** el presupuesto anual del edificio o conjunto y **las cuotas para atender las expensas ordinarias o extraordinarias**, así como incrementar el fondo de imprevistos, cuando fuere el caso. (Subrayado es mío)

En consecuencia, si bien la certificación del administrador aportada a este proceso, es título ejecutivo, no es menos cierto que los montos allí contenidos deben obedecer a la realidad, y que en cualquier caso deben ser probados, tal y como lo ordena nuestro ordenamiento civil.

*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.*³

Sabemos, que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso,⁴ lo que equivale a decir que no puede proferirse sentencia sin pruebas dentro de un proceso, judicial cualquiera que sea.

En el presente caso, de la propiedad horizontal, encontramos las pruebas suficientes, en los siguientes términos:

*La copia del acta debidamente suscrita será prueba suficiente de los hechos que consten en ella, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas...*⁵

³ Código Civil Art. 1757

⁴ Código general del Proceso Art. 164

⁵ Ley 675 de 2001 Art. 47 inciso final

Como se advierte, la juez de primera instancia confunde los requisitos especiales para la admisión de la demanda, en este tipo de procesos (art. 48 Ley 675) con los requisitos para proferir sentencia (Art.164 C.P.C.) en particular con la carga de la prueba (Art. 1757 C. Civil)

En consecuencia, son desacertadas las argumentaciones del juez de instancia en la sentencia,

Sean estas suficientes consideraciones de nuestra parte para pedir se revoque en su integridad el fallo apelado.

Del Despacho del Honorable Magistrado.

Cordialmente,



JORGE ORLANDO LEÓN FORERO

C.C. 79.633.784 de Bogotá

T.P. 152.369 C.S.J.