

INTERPONIENDO RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DEL 2020- PROCESO EJECUTIVO 08001315301520190012500 demandante FINANCAR CONTRA OPALO II Y OTROS

Jean Pierre Pretelt <jeanpierrejuridica@hotmail.com>

Jue 01/10/2020 11:38

Para: Juzgado 15 Civil Circuito - Atlantico - Barranquilla <ccto15ba@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: antonioatencia@tecnijuridica.com <antonioatencia@tecnijuridica.com>

 1 archivos adjuntos (197 KB)

APELACION AUTO 25 SEPTIEMBRE JUZGADO 15 C. CTO..pdf;

SEÑOR:

JUEZ 15 CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE BARRANQUILLA.

E.

S.

D.

REF; EJECUTIVO DE FINANCAR S.A. CONTRA OPALO II Y OTROS RAD 08001315301520190012500.

Respetuosamente me dirijo a usted con el propósito de presentar recurso de apelación contra el auto de fecha 25 de septiembre de los corrientes, dentro del término legal, la cual ordenó el revocatorio total del mandamiento ejecutivo, con el propósito que se surta la alzada vertical del mismo. el procedimiento a seguir es dar aplicación a lo ordenado en el artículo 438 del código general del proceso.

Igualmente, manifiesto que el presente correo y adjunto le fue compartido al apoderado de los demandados.

Cordialmente,



JEAN PIERRE PRETELT MAYORGA

ABOGADO ZONA NORTE

ESP. EN DERECHO COMERCIAL- CIVIL Y ADMINISTRATIVO

DERECHO INMOBILIARIO Y AVALÚOS

Cra 57 # 72 – 25 Edificio FINCAR P6

Barranquilla – Colombia

Tel: (57) + 5 + 3585000

Cel. 3106301715

jeanpierrejuridica@hotmail.com

JEAN PIERRE PRETELT MAYORGA

ABOGADO INMOBILIARIO CIVILISTA Y COMERCIALISTA

ESPECIALIZADO EN DERECHO COMERCIAL INMOBILIARIO Y CIVIL

AVALUADOR DE BIENES DE CORPOLONJAS Y LA JUSTICIA

Oficina Carrera 57 No. 72-25 piso 6 edificio Fincar.

Tel 3585000- Fax 3586868- Cel 3106301715.

C.E. jeanpierrejuridica@hotmail.com

Barranquilla Colombia

SEÑOR:

JUEZ QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

E.

S.

D.

REF: PROCESO EJECUTIVO DE FINANCAR S.A. CONTRA UNION TEMPORAL
OPALO II Y OTROS. RAD; 08001315301520190012500.

JEAN PIERRE PRETELT MAYORGA, conocido como apoderado de la sociedad demandante, a usted me dirijo con todo respeto y con el objeto de manifestarle que presento **RECURSO DE APELACIÓN** contra el auto de fecha 25 de septiembre del 2020 que revocó totalmente el mandamiento ejecutivo procesal, de los autos del 25 de junio y 16 de agosto del 2019, dicho recurso se interpone con forme a lo mandado en el artículo 438 del C.G. DEL P., siendo procedente el mismo.

EL ARGUMENTO DEL DESPACHO; Llegando al punto que impugna con el presente recurso, establece el despacho que, en el proceso ejecutivo junto con los documentos aportados, debió allegarse otros documentos, que demostraran la labor cumplida por el demandante al momento de ejecutarse el negocio comercial, entendiéndose que el documento o los documentos allegados sean inteligibles inequívoco sin confusión en cuanto a su contenido, que se debió aportar prácticamente las escrituras donde se perfeccionaban las ventas de las unidades habitacionales que se cobran en las certificaciones y relacionadas en la factura que se le entregó a la sociedad demandada, para de esta manera formar el título ejecutivo.

ARGUMENTOS SUSTENTATORIOS DEL RECURSO

En su oportunidad se manifestó al despacho al momento de descorrer dicho recurso que, en el presente proceso no se está cobrando el otro 20% sobre las comisiones ya que solo se está cobrando el 80% de lo facturado, se allegó con la demanda el contrato original de corretaje, los requerimientos efectuados, relación de los inmuebles prometidos en venta, **factura de cobro junto con su carta remisoria**, correos donde se certifica el inicio del contrato fiduciario de la UNION TEMPORAL, y la prueba de los miembros que conforman la unión, todos estos documentos evidencia la relación comercial y el perfeccionamiento del título ejecutivo.

Por otro lado, no nos olvidemos que el corredor inmobiliario, **realiza su función como una intermediación**, con el fin de que se celebren los contratos de compra y venta entre el comprador y vendedor, aclarando que el corredor no interviene en la negociación directa, su función es sólo, la consecución d ellos clientes para la compra del proyecto, pero esta obligación tiene que ser posible, o sea condicionada a que el constructor tiene que cumplir con la construcción del proyecto para poder perfeccionarse las correspondientes escrituras de compra y venta, en nuestro caso

El constructor incumplió esta parte final, la demandante no pudo cumplir con las diligencias de la escrituración por culpa de la **UNION TEMPORAL** constructora, como se puede probar más adelante, precisamente en la cláusula sexta del contrato, se pactó que la forma de pago que debería hacer la demandada sería en 3 pasos, **la primera** el 60% con la apertura de una fiducia que debía tener LA UNION TEMPORAL OPALO II, **la segunda** pasados 90 días de la apertura de tal fiducia y **la tercera** con la firma de las escrituras de compra y venta, en nuestro caso como se dijo en el proceso, se está cobrando el 80% de lo pactado y no el 100%, no siendo en nuestro caso viable allegar las escrituras que por culpa de la demandada no se perfeccionó.

La forma de pago la cual se sujetaría el contrato de corretaje, que son en 3 eventualidades, se probaron en el proceso, la primera un pago del 60% con la apertura de la fiducia, **a la demanda se acompañó sendos correos electrónico cruzados con fiducolpatria**, la entidad encargada del contrato de OPALO II, en fecha 7 de noviembre del 2018 se realiza la solicitud por nuestra funcionaria JESSICA GOMEZ de FINANCAR, en fecha 8 de noviembre del 2018 responde un funcionario de Colpatria del correo institucional molano@colpatria.com, de la FIDUCIARIA COLPATRIA DEL GRUPO SCOTIABANK DE OPERACIONES, donde nos comunica **que la fecha del inicio del contrato fiduciario fue el 9 de abril del 2015**, igualmente en otro correo nos comunica que la certificación sobre la fiducia se envía **únicamente a la constructora o sea ala demandada OPALO II, estando ésta en mejores condiciones para allegar dicha prueba**, pero de todos modos ya la entidad nos certificó mediante correo institucional cuando inició el contrato fiduciario. También se pactó que el 20% del pago, se efectuaría después de pasados 90 días de la apertura del contrato fiduciario, si Colpatria certifica que dicho contrato nació en fecha 9 de abril del 2015, el 9 de julio del 2015 ya estaba legalizado cualquier cobro sobre el contrato.

Aclaro que aquí no se está cobrando el 20% del saldo de lo adeudado porque no se firmaron las escrituras, obsérvese la factura CTS 109 de fecha 17 de enero del 2017 con su respectiva carta de remisión, con las firma de recibido de, la UNION TEMPORAL, por valor de **\$107.518.642,00**, valor total de las comisiones facturadas, a esta suma le deducimos el 20% por no haberse firmado la escritura, restando queda la suma de \$86.014.913,00, a esta suma le descontamos el abono efectuado por los demandados, por valor de \$12.400.000,00, quedando como saldo la suma de **\$73.614.913,00, suma por la cual se está demandando en éste proceso**. Así las cosas, no se está demandando la el 100% de la comisión sino el 80% pactado no es necesario exigir las escrituras del perfeccionamiento del negocio de compra y venta.

PERFECCIONAMIENTO DEL TITULO EJECUTIVO COMPLEJO.

Al recibir la demandada, la carta remisoria de la factura CTS 109 junto con la factura original, en fecha 18 de enero del 2018, se perfeccionó la obligación, dichos documentos fueron allegados al proceso junto con el contrato de corretaje original, para establecer sin dubitación alguna que los demandados por intermedio de la UNION TEMPORAL adeudaban una suma a la demandante, no nos olvidemos que la sociedad demandada OPALO II hizo un abono de la obligación. También se allegaron pruebas de correos electrónicos con la entidad fiduciaria Colpatria donde se prueba la existencia del contrato de fiducia con la sociedad demandada, también se allegaron correos electrónicos que se cruzaron con el representante legal de la sociedad demandada, señor **PEDRO PICHÓN** en fecha 18 de enero del 2018, todos estos documentos hacen parte del título complejo de contrato de corretaje, no siendo necesario EXIGIR DOCUMENTOS ADICIONALES, pues como se dijo aquí no

Se está cobrando el 100% de lo facturado sino el 80% menos un abono efectuado por la demandada. No se puede exigir las escrituras del perfeccionamiento de las ventas porque el otro 20% no se está cobrando en este proceso

LA EXIGENCIA DE REQUISITOS ADICIONALES AL TÍTULO COMPLEJO SE CONVIERTE EN UN DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO EN LA MODALIDAD DE EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Este acápite se enerva, al exigir el despacho documentos adicionales insuficientes, para configurar un título complejo, siendo que los aportados con la demanda son suficientes para demostrar dicha existencia y legalidad del cobro, no se necesita tanto esfuerzo silogístico para establecer que entre las partes existió un contrato de corretaje y las obligaciones de pagar una suma allí pactada, más aún que se allegó una factura que así lo determina, fortaleciendo aún más las pruebas de que los demandados deben la suma a la demandante, no existe en el proceso prueba, de que los demandados hallan objetado dicha factura o cuenta de cobro, por el contrario se probó con dos correo entre la demandante y el representante legal de la sociedad OPALO II, la existencia de la deuda y la voluntad de la sociedad demandada de pagar tal obligación facturada.

La jurisprudencia de la **Honorable Corte Constitucional, de la Sala Sexta de Revisión de Tutelas**, Referencia: Expediente T-6.512.063 Asunto: Acción de tutela presentada por Ilsa Isabel Villafañe Fernández contra el Tribunal Administrativo del Atlántico y el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla. Procedencia: Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Asunto: acción de tutela contra autos que denegaron el mandamiento de pago por insuficiencia del título ejecutivo. Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Bogotá, D. C., dos (2) de abril de dos mil dieciocho (2018), expuso en unos de sus apartes:

31.- La jurisprudencia constitucional ha caracterizado el defecto procedimental para señalar que este se configura cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial, ya sea por no aplicar la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate, o cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen nugatorio un derecho.

En esos casos, el funcionario judicial aplica los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia, causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales o por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales o por un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas. En estas situaciones se presenta violación de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Efectivamente, en relación con el derecho al debido proceso, tal defecto se configura cuando el funcionario judicial se aparta del trámite legalmente establecido, ya sea porque sigue uno distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial de este. También se presenta cuando se ponen trabas al proceso y se viola el principio de prevalencia del derecho sustancial con fundamento en un exceso ritual manifiesto, es decir, los procedimientos se convierten en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial.

La formulación del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto contra providencias judiciales tuvo como objetivo resolver la aparente Tensión entre el derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) y la prevalencia del derecho sustancial

(Art. 228 C.P.). En principio, estos dos mandatos son complementarios, pero en ocasiones la justicia material parecería subordinada a los procedimientos, no obstante, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que las formalidades procedimentales son un medio para la realización de los derechos sustantivos y no fines en sí mismos.

32.- La jurisprudencia de esta Corporación también ha señalado cuáles son los elementos que deben concurrir para que se configure el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto: (i) la irregularidad no puede ser corregida por otra vía; (ii) el defecto es relevante y tiene incidencia determinante en la decisión acusada; (iii) que la irregularidad haya sido alegada en el proceso, y (iv) que como consecuencia del defecto se vulneren derechos fundamentales.

Por ejemplo, la sentencia T-1306 de 2001[33] indicó que:

“[...] si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).

De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que **es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material.**” (Negrillas fuera de texto original).

En ese sentido, la valoración probatoria no puede negar la realidad que muestran los elementos de convicción por dar prevalencia a los trámites. Sobre los límites al análisis probatorio de los jueces, la sentencia T-974 de 2003 indicó que si bien cuentan con amplia libertad para valorar las pruebas no pueden incurrir en un exceso ritual a través del desconocimiento de un hecho que emerge clara y objetivamente probado con el único propósito de privilegiar las formas.

33.- Resulta claro que, cuando se aplican rigurosamente las normas procesales y con ello se anulan derechos fundamentales, se configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, correspondiéndole entonces, al juez constitucional, inaplicar la regla procesal en beneficio de las garantías constitucionales.

En resumen, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto es el resultado de una concepción del procedimiento como un obstáculo para el derecho sustancial con la consecuente denegación de justicia. Lo anterior significa que, a pesar de que los jueces gozan de una amplia libertad para valorar el acervo probatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica, la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial son guías para adelantar este proceso valorativo. En este sentido, no existen requisitos sacramentales inamovibles en materia probatoria o procesal, pues el juez debe valorar cual es el mecanismo más efectivo para proteger los derechos fundamentales de las partes, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto. (negrillas y resaltado más)

Así las cosas, al exigir el despacho requisitos adicionales como las escrituras de perfeccionamiento de las ventas, donde no se está cobrando el 20% adicional pactado en el contrato de corretaje (clausula sexta parágrafo 3), cuando se perfeccionen las mismas y decir que los correos que se allegaron donde se

Demuestra el dialogo con la fiduciaria Colpatria, que no son prueba suficiente, contrario a lo manifestado por el despacho en ellos se evidencia la existencia del contrato fiduciario con la sociedad demandada y además establece el funcionario del banco que la certificación del contrato fiduciario se le entrega únicamente al constructor o sea a la demandada OPALO II, certificación que no es posible allegar por parte de la demandante, como se dijo cuando se controvertió el recurso de reposición en el punto numero cinco (5) ya que la sociedad demandada está en mejores condiciones para allegar dicha prueba.

EL NO RECHAZO, DE LA FACTURA RECIBIDA POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA OPALO II, PROBÓ LA ACEPTACIÓN DE LA MISMA Y COMO CONSECUENCIA ACEPTACION DE LA OBLIGACION RECLAMADA.

Honorable tribunal la factura original junto con su carta remisoría, con los sellos de recibido de la sociedad OPALO II demandada en éste proceso y que se allegó al mismo no fueron objetados o rechazada por la demandada, quedando debidamente probado el cobro de lo debido, el código de comercio en su artículo 773 sobre este punto expone:

Artículo 773. Aceptación de la factura: Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.

El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.

Así las cosas, al haber recibido y firmado la factura cambiaria de venta No. CTS.109 de fecha 17 de enero del 2017, y no haberla rechazado, la sociedad demandada aceptó tal obligación, probándose que la obligación aquí cobrada es clara expresa y exigible.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA SE ESTABLECIÓ, EN EL CONTRATO TRANSACCIONAL FIRMADO.

Honorable Tribunal, en Colombia esta reglado el principio de la autonomía privada, que hace parte del principio general de la contratación, en nuestro caso, el contrato de corretaje fue disciplinado y organizado, por la voluntad de las partes que intervinieron en el perfeccionamiento y posterior firma, las partes participaron activa y conjuntamente, sobre la elaboración, contenido y alcance del contrato transaccional, el doctrinante **ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ** en su libro **GENERALIDADES CONTRACTUALES** volumen 2, segunda edición, establece en la hoja No.65 capítulo VI, establece:

"El legislador no está en posibilidad de definir el contenido de cada negocio jurídico en particular y generalmente, ni siquiera fija factores para su determinación concreta, puesto que está en una tarea poco que imposible. Por tal razón delega en los propios negociantes esa función, los faculta para crear la regla particular de derecho que va a disciplinar su relación en el entendido que son ellos quienes mejor pueden hacerlo dada su estrecha relación con el interés a disciplinar. Es el fenómeno que se ha dado en llamar la autonomía de los particulares o autonomía privada, simplemente, para regular sus intereses, puesto que, en el ejercicio de tal facultad otorgada, por el ordenamiento, las personas se dan normas a sí mismas."
(negrillas y subrayados míos).

Honorable tribunal en nuestro caso, es simplemente cumplir la voluntad de los contratantes, al momento de firmar el correspondiente contrato, sin olvidar que dicho contrato las partes pactaron en su cláusula sexta, como debía ser el pago de los honorarios al corredor inmobiliario, la cual se dividió en 3 etapas; la primera el 60% con la apertura de la fiduciaria que debía tener LA UNION TEMPORAL OPALO II, para el proyecto futuro de construcción, la segunda pasados 90 días de la partura de tal fiducia y la tercera con la firma de las escrituras de compra y venta, en nuestro caso como se dijo estamos cobrando el 80% de lo pactado y no el 100%, no siendo en nuestro caso viable allegar las escrituras que por culpa de la demandada no se perfeccionó.

No necesitamos de tanto análisis jurídico para establecer cuál fue el objeto del contrato, establecer cuáles fueron las obligaciones de las partes, recordando que la demandante se comprometió a promocionar el futuro proyecto de construcción utilizando todos los mecanismos inmobiliarios a su alcance, para lograr con éxito la venta del proyecto, no obstante la parte final de la firma de las escrituras deberá ser posible, que el proyecto esté terminado, en nuestro caso el constructor no terminó el proyecto cumpliéndose o perfeccionándose las 2 primeras etapas pactadas en la cláusula sexta contractual, siendo legal que el corredor tenga derecho a lo pactado en el contrato de corretaje, estipula el artículo 1341 del Código de comercio lo siguiente;

ARTICULO 1341. REMUNERACIÓN DE LOS CORREDORES. El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos.

Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador. El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga.

Cuando en un mismo negocio intervengan varios corredores, la remuneración se distribuirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario. (Negrillas mías).

Así las cosas, como se dijo lo que se está cobrando en este proceso es el 80% de lo facturado en fecha enero 17 del 2017, factura recibida por la demandada en enero 18 del 2017 como consta en las pruebas allegadas con la demanda, no siendo operante como se dijo en escrito anterior que la parte demandante tenga la

Necesidad de aportar las escrituras donde se perfeccionarían las ventas de los apartamentos prometidos, ya que para que exista tal evento la parte demandada deberá terminar de construir el proyecto, cosa que hasta la fecha no ha terminado. No siendo procedente la solicitud novena y décima del recurso interpuesto, pues ni había que aportar escritura ni existía condición suspensiva para el pago de lo acordado el contrato de corretaje.

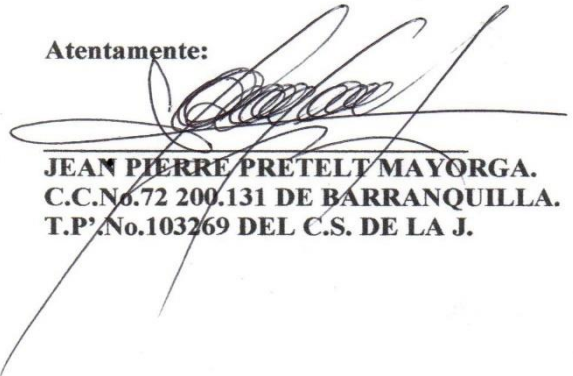
PRUEBAS:

Téngase como pruebas los documentos aportados en la demanda especialmente los que se aportaron como pruebas y anexos, teniendo en cuenta que el presente recurso deberá concederse en el efecto suspensivo y el expediente tendrá que allegarse íntegramente a esta sala.

SOLICITUD:

Por lo anteriormente expuesto y probado, solicito al Honorable Tribunal Superior de Barranquilla, revocar el auto impugnado y en consecuencia mantener en firme el auto de mandamiento de pago, para seguir con el curso normal del proceso.

Atentamente:



JEAN PIERRE PRETELT MAYORGA.
C.C.No.72 200.131 DE BARRANQUILLA.
T.P.No.103269 DEL C.S. DE LA J.