

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada Ponente

Neiva, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 41001-31-03-004-2019-00190-02

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra el auto de 2 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva dentro del proceso ejecutivo de **BANCO DAVIVIENDA S.A.** contra **ARGEKO S.A.S., EDGAR JAVIER AHUMADA AVELLA y AHUMADA E HIJOS & CIA. S. EN C. “INVERSIONES LLANOGRANDE”**, que modificó el mandamiento de pago en virtud de un “*control de legalidad*”.

ANTECEDENTES

La gestora promovió ejecución contra los demandados con el fin de obtener el pago de unas sumas de dinero amparadas en el pagaré crédito constructor UVR No. 7507076100373946 de 11 de octubre de 2016, amparado con garantía hipotecaria instrumentada en la escritura pública 3194 de 26 de septiembre de 2016.

La demanda se rechazó con auto de 6 de septiembre de 2019, tras considerarse que la pretensión no se dirigió contra el actual propietario del bien hipotecado. No obstante, esta Corporación en proveído de 15 de junio de 2021, revocó tal determinación por estimar que, si bien no se trataba de una ejecución con garantía real de las previstas en el artículo 467 del CGP, lo cierto era, que ello no desdibujaba la pretensión legítima de la gestora en obtener el pago de las sumas contenidas en el pagaré respecto de los obligados cambiarios **ARGEKO S.A.S. y EDGAR JAVIER AHUMADA AVELLA**, precisando, que al darse aviso del inicio del proceso de

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



reorganización empresarial por parte de ARGECO S.A.S., no se podría librar orden de pago contra ésta sociedad, como también, que se debían desestimar las pretensiones contra AHUMADA E HIJOS S.A.S. SIGLA “INVERSIONES LLANOGRANDE”, por no ser suscriptora del título valor base de recaudo.

El 17 de septiembre de 2021, se libró orden de pago a favor de la actora y en contra de EDGAR JAVIER AHUMADA AVELLA y AHUMADA E HIJOS S.A.S. SIGLA “INVERSIONES LLANOGRANDE” (PDF18), que fue adicionado con auto del 27 del mismo mes y año (PDF021).

Los ejecutados presentaron excepciones en oportunidad (PDF042), siendo replicadas por la ejecutante (PDF047).

EL AUTO APELADO

En audiencia de 2 de febrero de 2022, el *a quo* haciendo uso del control de legalidad resolvió: *i*) modificar la orden de apremio en el sentido de sustraer de éste a la sociedad AHUMADA E HIJOS S.A.S. “INVERSIONES LLANOGRANDE”, dejando en firme la ejecución contra EDGAR JAVIER AHUMADA AVELLA, *ii*) conceder el término de tres (3) días para que la ejecutante ejerciera el derecho de perseguir a los demás acreedores solidarios, y, *iii*) cancelar las medidas cautelares que afectaban los bienes de la sociedad excluida del proceso.

Básicamente, sostuvo que en la decisión proferida por esta Corporación el 15 de junio de 2021, se dejó en claro la improcedencia de la ejecución contra AHUMADA E HIJOS S.A.S. SIGLA “INVERSIONES LLANOGRANDE”, y que no obstante, al librarse la orden de pago se desatendió ese mandato.

EL RECURSO

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la ejecutante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación. Al respecto, señaló

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



que si el juzgador estimaba que no había acatado la orden del superior, no era dable que revocara ni modificara el mandamiento de pago en los términos ni en la forma como lo hizo (*control oficioso de legalidad*), sino que declarara la nulidad de lo actuado bajo el amparo de la causal 2 del artículo 133 del CGP, tomando en consideración, que este hecho invalidante es insubsanable.

El juzgado de instancia no repuso el auto y concedió la alzada.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Sea oportuno precisar, que las decisiones por las cuales se efectúan controles de legalidad son inapelables, pues no están comprendidas dentro del artículo 321 del CGP ni está fijada la procedencia de la alzada en el mandato 132 *ibídem* ni en otra norma especial, de ahí que en principio, el *a quo* desquició el presupuesto de taxatividad que gobierna el recurso de apelación, pues la determinación consistente en modificar el mandamiento de pago por esta senda, tampoco encuadra en el evento comprendido en el canon 438 *ídem*.

Sin embargo, en lo sustancial, lo que se advierte es que el juzgador decidió como “*medida de saneamiento*” una solicitud de nulidad que fue invocada *-impropiamente-* por AHUMADA E HIJOS & CIA. S. EN C. “INVERSIONES LLANOGRANDE”, por conducto del escrito de excepciones, lo que en esencia, encuadra desde el aspecto fáctico en la situación invalidante prevista en el numeral 2 del artículo 133 del CGP, y que en definitiva, es el motivo de disenso del recurso.

En esa medida, la competencia de la suscrita Magistrada se activa en virtud de lo consagrado en los artículos 35 y 321-6 del CGP.

Problema jurídico



De acuerdo con los reparos concretos, debe establecerse si el *a quo* incurrió en error al modificar el mandamiento de pago con la finalidad de excluir a uno de los demandados vía control de legalidad, o si por el contrario, era imperioso que declara la nulidad de lo actuado desde el auto que libró mandamiento ejecutivo bajo el amparo de la causal 2ª del canon 133 del CGP.

Solución al problema jurídico

Las nulidades se instituyen en una herramienta que busca sanear las situaciones de anormalidad acontecidas en el proceso y que provocan agravio a una o todas las partes; de manera que quien la alegue debe no solo expresar su interés en proponerla (*legitimación*), sino además, indicar la causal invocada consagrada en el artículo 133 del CGP, los hechos con base en los cuales se apoya y las pruebas que pretende hacer valer (*Art. 135 ib.*).

Acerca del evento previsto en el numeral 2 del artículo 133 del CGP, esto es, el relacionado con proceder contra providencia ejecutoriada del superior, conviene anotar que su importancia está dada en la medida que atañe al orden público, lo que implica que en la jurisdicción ordinaria no sea procedente que un juez desatienda las órdenes que se le sean impartidas, sin que justifique los motivos legales válidos para dicho apartamiento (AC3912-2015), al punto, que es de aquellas nulidades que no son saneables (*Art. 136 ej.*).

En el *sub judice*, como se anticipó, a pesar de la falencia técnica en la forma de invocar la causal invalidante, lo cierto es, que fácilmente se advierte como regla infringida el precitado numeral 2º del artículo 133 *ejusdem*, estando la rogativa acompañada del sustento fáctico y pruebas con las que se pretende demostrar el yerro. Así mismo, no hay duda que, las partes se encuentran legitimadas para invocar la nulidad, sin perjuicio del deber oficioso del juez, pues se recuerda, esta circunstancia es insaneable por expreso mandato legal.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Clarificado lo anterior, se tiene que al revisar los fundamentos sobre los cuales descansó la solicitud primigenia, en concordancia con los reparos del recurrente y las pruebas que militan en el informativo, se puede concluir que, a pesar del desafuero del *a quo* por la forma *-control de legalidad-* como corrigió el yerro del mandamiento ejecutivo, lo cierto es, que la decisión criticada deviene afortunada.

En efecto, al revisar la providencia de 15 de junio de 2021 (PDF017, C.2), se puede advertir con claridad meridiana que en las consideraciones se impuso al juez de primer grado “*desestimar la ejecución contra AHUMADA E HIJOS S.A.S. SIGLA ‘INVERSIONES LLANOGRANDE’, por no ser ésta persona jurídica, quien suscribió el pagaré materia de ejecución*”¹; no obstante, al librar la orden de pago se desatendió dicho ordenamiento (PDF018, C.1), pues se incluyó como ejecutada a la mencionada sociedad, sin mediar justificación ni existir reforma de la demanda que así lo motivara.

Lo anterior, no riñe con la posibilidad que tiene el acreedor de hacer exigible los derechos emanados de la garantía real, de ahí que no se esté contradiciendo lo dicho por la suscrita en el proveído emitido dentro del radicado 41001-31-03-001-2018-00271-01, citado por el recurrente; no obstante, en los términos como estaban dadas las cosas, el *a quo* no debía hacer nada diferente que lo dispuesto por el superior al resolver la apelación del auto que había rechazado el mandamiento de pago.

Por tanto, al desatenderse el auto proferido por esta Corporación en punto de la vinculación irregular como ejecutado de la consabida sociedad, debía declararse la nulidad de lo actuado bajo el amparo del numeral 2° del artículo 133 del CGP, como bien lo sostuvo el apelante; ahora, más allá del error de técnica procesal imputado al *a quo*, lo que se denota en la decisión criticada, es que implícitamente se declaró tal circunstancia invalidante bajo el epígrafe de “*control de legalidad*”, pues se reconoció ‘*oficiosamente*’ la incursión en el yerro anunciado y consecuentemente, se dispuso la exclusión de la ejecutada y el levantamiento de las medidas cautelares que afectaban bienes de su propiedad, dejando a salvo el

¹ Sic.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



derecho del acreedor de perseguir el patrimonio de los deudores solidarios del ejecutado.

Por las razones anotadas, el auto apelado se confirmará.

COSTAS

Sin lugar a costas por no aparecer causadas (Art. 365-8 CGP).

En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

PRIMERO: **CONFIRMAR** el auto de 2 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva.

SEGUNDO: **SIN CONDENAS** en costas de segunda instancia.

TERCERO: **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias en el sistema de gestión judicial.

NOTIFÍQUESE

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada

Firmado Por:

Luz Dary Ortega Ortiz

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala Civil Familia Laboral

Tribunal Superior De Neiva - Huila

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**40aedd306ff143ea0ee7bb31aecf033cdc9716dfb7cb51f7f45a96a3048d
fa72**

Documento generado en 30/03/2022 07:27:40 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>