

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC294-2021

Radicación n.º 11001-31-03-035-2007-00533-01

(Aprobado en sesión de veintiséis de noviembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado, señor **WILLIAM ALBERTO MONTAÑO MALAVER**, frente a la sentencia del 17 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario que se adelantó en contra del impugnante por la **FUNDACIÓN GRANJAS INFANTILES DEL PADRE LUNA**.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso, que obra en los folios 24 a 27 del cuaderno No. 1 se solicitó ordenar al accionado entregar materialmente a la actora el

inmueble ubicado en la carrera 13 Nos. 86 A – 37/39 de esta ciudad, *“incluidas todas las dependencias[,] accesorios (...) y las mejoras que no tengan el carácter de muebles”*, por haberse consolidado en favor de la última la **“PLENA PROPIEDAD”** del mismo, como dan cuenta las anotaciones 2 a 4 de la matrícula inmobiliaria No. 50C-1143108 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá; que en caso de no efectuarse la entrega de forma voluntaria, se proceda a realizar la misma con sujeción a las previsiones de los artículos 337 y 339 del Código de Procedimiento Civil; y que se condene al convocado en las costas del proceso.

2. Como fundamento de la acción, se adujeron, en resumen, los siguientes hechos:

2.1. El señor Heinrich Henk Muus, mediante escritura pública 8939 del 26 de noviembre de 1984 de la Notaría Novena de Bogotá, contentiva de su testamento, legó el referido inmueble, que identificó además por sus linderos, así: la nuda propiedad a la gestora de la controversia; y el derecho de usufructo al demandado, *“condicionado a que dicho señor cumpliera la edad de treinta (30) años de edad, fecha en la cual el usufructo debía consolidarse con la **NUDA PROPIEDAD** en cabeza de la **FUNDACIÓN GRANJAS INFANTILES DEL PADRE LUNA”**.*

2.2. Acaecido el fallecimiento del testador, se tramitó en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de esta capital el correspondiente juicio sucesorio, en el que se hizo la adjudicación del bien raíz en la forma como fue legado,

trabajo de partición aprobado con sentencia del 14 de abril de 1989, que se registró en la matrícula inmobiliaria No. 50C-1143108 y se protocolizó con la escritura pública No. 3012 del 7 de septiembre de 2005, de la Notaría 34 también de Bogotá.

2.3. El 4 de octubre de 2004, el señor Montaña Malaver cumplió los 30 años de edad, y por lo tanto, se extinguió el usufructo que le fue concedido, consolidándose desde esa fecha la plena propiedad del bien en cabeza de la accionante.

2.4. Mediante escritura pública No. 02701 del 4 de septiembre de 2006, en acatamiento de las previsiones del artículo 863 del Código Civil y en cumplimiento de lo decidido en la memorada sentencia aprobatoria de la partición, se canceló el derecho de usufructo y se verificó así la tradición de la plena propiedad en favor de la actora, todo de conformidad con los artículos 751, 756 y 759 de la misma obra, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1260 de 1970, acto igualmente registrado en la matrícula inmobiliaria ya citada.

2.5. Pese a la extinción del usufructo, el demandado no ha cumplido la obligación de entregar el inmueble a su legítima propietaria.

3. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, oficina que, cuando el proceso se encontraba al despacho para el proferimiento de sentencia, mediante auto del 4 de febrero

de 2009, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, del auto admisorio de la demanda, toda vez que se le imprimió a la misma el trámite del proceso abreviado, cuando lo correcto era el del ordinario (fls. 133 y 134, cd. 1).

4. En firme tal determinación y en camino de renovar lo actuado, se aceptó nuevamente el libelo introductorio con auto del 20 de febrero de 2009, por la vía ordinaria de mayor cuantía (fl. 135, cd. 1), proveído que se notificó personalmente al demandado el 2 de marzo siguiente (fl. 136, cd. 1).

5. En tiempo, el accionado replicó la acción, escrito en el que se opuso a las pretensiones elevadas, se pronunció de distinta manera sobre los hechos esgrimidos y propuso, con carácter de meritorias, las excepciones que denominó “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR LA PARTE ACTORA*” y “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*” (fls. 141 a 146, cd. 1).

6. En escrito separado, planteó la excepción previa de “*INEPTA DEMANDA*”, sustentada en la insatisfacción del requisito de procedibilidad consistente en la conciliación prejudicial, toda vez que la realizada no versó sobre la acción ordinaria en curso; en la “*CARENCIA DE PERSONERÍA EN LA DEMANDANTE*”, habida cuenta que quien la representaba cuando se promovió el proceso falleció y no se acreditó su reemplazo; y en que el poder conferido para el adelantamiento de la controversia, se refirió a un proceso abreviado y no al ordinario en definitiva gestionado (fl. 2,

cd. 4), planteamientos que fueron desestimados mediante auto en firme que data del 16 de octubre de 2009 (fls. 11 a 13, cd. 4).

7. El juzgado del conocimiento le puso fin a la instancia con sentencia del 9 de diciembre de 2010, en la que declaró “*probadas las pretensiones*” y ordenó, que en el término de 10 días, se hiciera “*la entrega material del inmueble ubicado en la carrera 13 No. 86 A 37[,] lote 11[,] Manzana 2, carrera 13 86 A 39 (dirección catastral)*” a la actora. Adicionalmente, condenó al accionado al pago de las costas (fls. 202 a 207, cd. 1).

8. Apelado que fue dicho proveído por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, mediante sentencia del 17 de agosto de 2011, lo confirmó en su integridad e impuso a aquél las costas de la segunda instancia (fls. 19 a 30, cd. 5).

EL FALLO DEL AD QUEM

Luego de historiar lo acontecido en el asunto, de compendiar los argumentos tanto de la sentencia de primera instancia como de la apelación introducida por el demandado y de referirse en abstracto a los atributos del dominio, así como a la posibilidad de su desmembración, para ocuparse del derecho real de usufructo, el Tribunal fincó las decisiones que adoptó en los razonamientos que pasan a compendiarse:

1. Descartó la insatisfacción del requisito de procedibilidad por carencia de la conciliación prejudicial, puesto que la realizada “*versó sobre la ‘entrega del inmueble’ (fls. 21)*”, que en esencia corresponde a la súplica principal aquí elevada.

2. Estimó que tampoco le asistía la razón al demandado cuando reprochó la falta de indicación del domicilio de la accionante, toda vez que fue “*señalado en el libelo genitor*”, el cual, además, cumplió las formalidades del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que con él se trajo la prueba de la existencia y representación legal de la actora para el momento de la formulación del mismo, circunstancia que al tiempo desvirtuó la supuesta “*ilegitimidad de la personería de la fundación*”.

3. Como la muerte del representante legal de la actora acaeció con posterioridad a la admisión de la demanda y ella venía siendo representada por apoderada judicial, no se materializó la interrupción del proceso, según voces del numeral 4º del artículo 169 del Código de Procedimiento Civil.

4. La indebida representación de una parte, es cuestión que sólo puede alegar ella misma y no, como aquí aconteció, la parte contraria, lo que denota falta de interés del apelante al respecto.

5. Como las defensas en precedencia examinadas corresponden a “*irregularidades formales*” y no a cuestiones sustanciales o de fondo, su alegación debió efectuarse antes

del proferimiento de la sentencia de primera instancia, toda vez que su *“proposición tardía genera la convalidación de la actuación”*.

6. No es de recibo que el usufructo materia de la acción no estuviere cancelado, por la circunstancia de que *“el demandado no intervino en la expedición de la escritura pública que protocoliz[ó] su terminación”*, o porque la misma no atendió el mandato del artículo 28 del Decreto 2148 de 1983, pues su finalización derivó de la expiración del plazo previsto al establecerse, esto es, *“por el agotamiento del tiempo prefijado desde el momento mismo de su constitución, que opera por su simple transcurso como único requisito para la extinción del negocio, vencido el cual se hace exigible la obligación o el derecho que dependía de éste, sin que sea necesario que medie orden judicial o declaración de autoridad alguna”*.

Es que, con el registro civil de nacimiento del demandado, se acreditó que él cumplió *“los 30 años el 4 de octubre de 2004, de modo que, a partir de allí, se extinguió el usufructo que le había sido concedido y, consecuentemente, se consolidó la propiedad plena en cabeza de la entidad demandante”*, hecho que se protocolizó con la correspondiente escritura pública, otorgada por el *“titular del derecho”*, que no era nadie diferente a la demandante, *“no existiendo reproche sostenible ante la no concurrencia o actuación por parte del usufructuario, quien para esa época, ya no detentaba tal condición y que, además, no est[aba] llamado por la ley para participar en esa extinción”*.

Cancelado así el usufructo y registrada esa actuación en la matrícula del inmueble, *“ninguna trascendencia tiene la*

eventual e indemostrada contravención de lo dispuesto por el artículo 28 del decreto 2148 de 1983”, requisito que aparece satisfecho, a lo que se añade que, en virtud de la inscripción de la cancelación, debe presumirse cumplida la exigencia del artículo 44 del Decreto 960 de 1970, sin que esta previsión “constituya una condición para la extinción del usufructo”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos acusaciones: la primera, fincada en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento civil; y la última, en la quinta.

Así las cosas, de conformidad con el orden lógico a que alude el artículo 375 de ese mismo ordenamiento jurídico, la Sala asumirá su estudio en orden inverso al propuesto.

CARGO SEGUNDO

Como acaba de indicarse, con sustento en la causal quinta de casación, se denunció la nulidad del proceso por incursión en el defecto previsto en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, esto es, haberse tramitado la demanda por un procedimiento diferente al que correspondía.

En respaldo de la acusación, su proponente, en resumen, expuso:

1. Reprodujo el libelo con el que se dio inicio a la controversia, destacó que la pretensión principal consistió en la entrega material del inmueble sobre el que versó la acción, y con tales bases, precisó que *“la ley trae un trámite especial, que no es otro que el previsto en el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil que debe adelantarse por los cauces del proceso abreviado y que, dicho sea de paso, de manera expresa y categórica, fue el reclamado por la parte actora al presentar su demanda”*.

2. Puso de presente las vacilaciones del juzgado del conocimiento sobre la vía por la que debía adelantarse el proceso, en pro de lo cual memoró el contenido de los autos del 21 de noviembre de 2007, con el que, en los inicios del juicio, se admitió la demanda, imprimiéndosele el trámite del proceso ordinario; del 10 de marzo de 2008, mediante el cual, en atención a una solicitud de la parte demandante, se adecuó el impulso del asunto al proceso abreviado; del 4 de febrero de 2009, en el que se anuló todo lo actuado, por haberse ventilado la controversia por ese camino, cuando la pretensión no correspondía a la entrega del tradente al adquirente; y del 20 de febrero de 2009, en el que se impulsó el libelo introductorio por la senda del proceso ordinario.

3. Así las cosas y con ayuda de la jurisprudencia, la recurrente recabó en que cuando es errada la invocación que sobre el trámite del proceso se hace en la demanda,

corresponde al juez efectuar la adecuación respectiva, pero que *“cuando de la lectura articulada de todos los elementos que integran el pliego introductor del proceso, esto es, las pretensiones y la causa para pedir, no queda duda alguna de la acción que se ejerce en la demanda, no puede el juez ordenar que el juicio se ventile por vía distinta a la expresamente señalada por el legislador para adelantar la acción, pues tal proceder comporta la nulidad de lo actuado que, según el último inciso del artículo 144 del c. de p.c.[,] es insaneable”*.

4. Añadió que, para la definición del cargo, ninguna incidencia tiene el principio de que los procedimientos propugnan por la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, planteamiento que sustentó con la transcripción de un segmento de la sentencia C-407 de 1997 de la Corte Constitucional.

5. En definitiva, pidió que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del ya citado auto del 20 de febrero de 2009.

CONSIDERACIONES

1. El desatino en la escogencia del procedimiento a través del cual debe rituarse una acción, da lugar a la nulidad insaneable consagrada en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, alegable en casación a luz del numeral 5º del artículo 368 de la misma obra.

En relación con dicho defecto, la Sala tiene decantado que su configuración no se produce como consecuencia de *“cualquier irregularidad de la actuación procesal, sino cuando*

hay un verdadero y total cambio de las formas propias de cada juicio, es decir, cuando éste se lleva por un procedimiento totalmente distinto del que corresponde, según la ley, cual ocurre cuando 'debiéndose seguir el ordinario se sigue el abreviado o el verbal, o cuando debiéndose seguir uno de éstos se sigue el ordinario, etc., es decir, cuando el rito seguido es uno distinto al que la Ley señala para el respectivo proceso, no cuando se omite, modifica o recorta alguna de las etapas de éste...' (G. J. tomo 152, pág. 179; reiterada en sentencia de 23 de agosto de 1995, G. J. tomo 237, pág. 2476, y sentencia de 7 de junio de 2002, exp. No. 7240) (CSJ, SC del 16 de junio de 2006, Rad. n.º 2002-00091-01).

2. Vistas en su conjunto las pretensiones de la demanda y los hechos sustentantes de las mismas, dable es colegir que la solicitud de entrega material del inmueble sobre el que versó la acción, se sustentó en la consolidación de la propiedad plena del mismo en cabeza de la accionante, como consecuencia de la extinción del usufructo que le fuera concedido al demandado por el causante Heinrich Henk Muus en su testamento, quien, en ese mismo acto, además, legó a la primera, la nuda propiedad del bien.

Es ostensible entonces, que con la acción intentada se buscó el cumplimiento de la obligación a cargo del usufructuario de restituir a su dueño la cosa materia de usufructo, una vez extinguido el mismo.

Reza el artículo 823 del Código Civil, que "[e]l derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y

de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible” (se subraya).

Precisamente, en relación con las obligaciones del usufructuario, autorizada doctrina señala como tal la “*de restituir la cosa fructuaria una vez finalizado el usufructo*”, clarificando que “[*si la cosa es inconsumible el usufructuario está en la obligación de restituirla a la finalización del usufructo ‘en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa’ (art. 846 ib.)*]” y que “[*si se trata de cosas consumibles (cuasiusufructo), la forma de la restitución es diferente. Deben restituirse especies de igual cantidad y calidad, o el valor que estas tengan al momento de terminarse el usufructo (art. 848 ib.)*]” (Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. “BIENES”. Bogotá, Temis, 4ª ed., 1991, pág. 264).

2. Por supuesto que esa obligación de restitución, es bien distinta a la de “*entrega*” contemplada para los negocios traslaticios del dominio en el artículo 740 del Código Civil, que reza: “*La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo” (se subraya).*

De suyo, “[*se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él, y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre*]” (art. 741 ib.).

Como se infiere de lo precedentemente observado, en esta clase de negocios, los traslaticios del dominio, como la compraventa, surge para el tradente la obligación de “*entrega o tradición*” (art. 1880, C.C.), la cual, en palabras de la Corte, consiste en “*hacer la tradición (entrega jurídica) y de poner materialmente la cosa a disposición del comprador (entrega material) en el tiempo y lugar convenidos*” (CSJ, SC del 15 de diciembre de 1973, G.J., t. CLXVII, pág. 160).

4. Así las cosas, es ostensible que no habiendo existido ningún negocio traslativo del dominio entre las partes de este proceso, toda vez que, como ya se explicó, tanto la nuda propiedad como el usufructo del inmueble materia de la acción lo derivaron las partes del testamento del señor Heinrich Henk Muus, mal podía, y puede, afirmarse que el demandado tuviese la obligación de efectuar la tradición de ese bien raíz a la actora y que, por ende, la entrega que a él competía, era la del tradente al adquirente, atrás referida.

5. En este orden de ideas, ningún error se avizora en la determinación del juzgado del conocimiento de imprimirle a la acción intentada, en definitiva, el trámite del proceso ordinario, sobre la base de que como la entrega solicitada, por una parte, no correspondía a la del tradente al adquirente, no era aplicable el mandato del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil; y, por otra, que era la prevista en el artículo 823 del Código Civil, para la cual el legislador no previó un trámite especial, operaba la regla residual del artículo 396 del primero de esos estatutos,

según la cual “[s]e ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial”.

6. Se sigue de lo expuesto, que el adelantamiento de la controversia por la vía del proceso ordinario no es una circunstancia que engendre la nulidad denunciada, independientemente de que en la demanda se hubiere solicitado una distinta, toda vez que a voces del artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, “[e]l juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada” (se subraya).

7. El cargo examinado, por consiguiente, no prospera.

CARGO PRIMERO

Soportado en la causa segunda de casación, se denunció el fallo impugnado por ser incongruente, como quiera que no resolvió las excepciones formuladas por la parte demandada.

Al respecto, la censora manifestó:

1. El accionado, al contestar la demanda, propuso las excepciones de “falta de legitimación en la causa por activa” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”, en respaldo de las cuales adujo los argumentos que la recurrente reprodujo.

2. La sentencia de primera instancia resolvió “DECLARAR probadas las pretensiones” y ordenó la entrega a la actora del inmueble sobre el que versó la acción.

3. En desarrollo de la apelación que propuso contra dicho fallo, el demandado, tanto al sustentar la alzada como en la audiencia practicada con fundamento en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, “alegó que el fallo apelado era incongruente ‘AL NO CONSIDERARSE EN EL MISMO NINGUNA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS’”.

4. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en la sentencia de segunda instancia, se limitó a confirmar íntegramente el fallo del *a quo*, determinación con la que transgredió el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que reprodujo en lo pertinente, cuyo contenido y alcance explicó mediante la transcripción de algunos fallos de esta Sala de la Corte, sobre la materia.

5. Puntualizó que como el defecto de que se trata es objetivo, para su constatación, en el caso *sub judice*, basta contrastar “la réplica del libelo y la parte resolutive de la sentencia del Tribunal para concluir que al confirmar, en su integridad, el fallo de primer grado, se incurrió en el yerro in procedendo que se plantea en el presente cargo, habida cuenta que, de una parte, no se resolvieron las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo y, de la otra, tampoco hubo pronunciamiento sobre el derecho de retención alegado por aquel”.

6. Estimó que, independientemente del contenido de la parte resolutive de la sentencia cuestionada, la anomalía reprochada se configuró, puesto que *“mirada la sentencia impugnada en su integridad, no existe ninguna duda de que no hubo definición de las excepciones propuestas por el demandado”*, aseveración que sustentó comentando los fundamentos del fallo del *ad quem*.

CONSIDERACIONES

1. El *a quo*, en el fallo de primera instancia, limitó el análisis que efectuó a la acción, que halló prospera, como lo declaró, sin que se pronunciara expresamente sobre las excepciones aducidas en la contestación la demanda.

2. El demandado, al sustentar la apelación que interpuso contra dicho proveído, lo que hizo en las alegaciones que presentó durante la segunda instancia (fls. 8 a 10, cd. 5), circunscribió su inconformidad a los siguientes puntos:

2.1. Bajo la denominación de *“ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA EN LA ENTIDAD DEMANDANTE”*, recabó en la falta de demostración de la existencia y representación legal de la actora y en que, luego del fallecimiento de quien ostentaba dicha representación al momento de presentarse el libelo introductorio, no se acreditó su remplazo.

2.2. Con el rótulo de “FALTA DE LEGITIMACI[Ó]N EN LA CAUSA POR ACTIVA”, señaló “no haberse cancelado en legal forma el usufructo”, en pro de lo cual puso de presente el incumplimiento de las exigencias consagradas en los artículos 49 del Decreto 960 de 1970 y 28 del Decreto 2148 de 1983, que reprodujo en lo pertinente, tras lo cual advirtió que “[s]e trata entonces lisa y llanamente de la pretermisión de una norma de carácter imperativo que al operar como verdadero acto condición del levantamiento del usufructo deja sin base ni fundamento el título reivindicatorio aducido como soporte de la pretensión incoada en la demanda”.

2.3. Esgrimió la “AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN” establecido en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, esto es, la “conciliación extrajudicial en derecho” indispensable para “acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia”, puesto que la allegada “trató de una pretensión de entrega del inmueble concretada después en la demanda especial de entrega instaurada originalmente por la Fundación[,] mas no a una de carácter reivindicatorio, que es a la que ha debido acudir para promover este proceso ordinario”.

2.4. Del mismo modo, alegó la “FALSA MOTIVACIÓN DEL FALLO APELADO”, como quiera que “[e]n el pronunciamiento de fondo del señor juez A Quo no se hizo ni tan siquiera ninguna de las excepciones propuestas (sic)[,] ni menos intentó rebatírselas, las que además están llamadas a prosperar dada la cabal demostración de su viabilidad que se deja expuesta, haciendo claridad además que la de la analizada en primer término determina así mismo la nulida[d] de lo actuado con

fundamento en la causal prevista en el numeral 7º del C. de P.C. (sic)”.

2.5. Al cierre solicitó, “[c]on base en las anteriores consideraciones, (...) **REVOCAR LA SENTENCIA APELADA** declarando la improsperidad de la pretensión reivindicatoria incoada en la demanda objeto de la misma y, en subsidio, las nulidades acá pergeñadas”.

3. El Tribunal, como tenía que ser, se ocupó únicamente de los cuestionamientos elevados por el demandado al apelar, reproches en torno de los cuales observó:

3.1. El “requisito de procedibilidad” se encuentra satisfecho, como quiera que “la conciliación realizada entre las partes antes de la proposición de la demanda versó sobre la ‘entrega del inmueble’ (fl. 21), petición que guarda plena correspondencia con la pretensión señalada en la demanda y reconocida en la decisión impugnada, con independencia del trámite o la vía por la cual, finalmente, se siguió el procedimiento”.

3.2. El “domicilio del ente actor (...), fue debidamente señalado en el libelo genitor” y dicho escrito, adicionalmente, “cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 77 del C. de P.C., pues se acreditó en legal forma” la “existencia y representación legal” de la accionante, “exigencias que se requieren para el momento de la formulación de la demanda”.

3.3. Sobre la “ilegitimidad de la personería de la fundación”, que el recurrente hizo “descansar (...) en el hecho

de que no se demostró debidamente que la señora Teresita Leal sea la representante legal de la entidad actora, como lo manifestó en la audiencia contemplada en el artículo 101 del C. de P.C.”, apuntó que “la existencia y representación legal del actor (sic) se verificó desde el umbral mismo del contradictorio, momento que contempla la codificación adjetiva como el oportuno para tal efecto”, y “que en caso de haber fallado, debió oponerse el medio exceptivo previo, so pena de la postrer imposibilidad de plantearla”.

Agregó que “como la muerte del representante legal de la demandante, acaeció con posterioridad a la admisión de la demanda y el fallecido se encontraba actuando por conducto de apoderado judicial, tampoco se actualizó la causal de interrupción del proceso (num. 4º art. 169 del C.P.C.)”.

Y remató diciendo, que el “tema de la indebida representación está reservado a la parte o persona en cuyo nombre actúa un sujeto sin poder o excediendo las facultades concedidas, condición que no milita en el impugnante, quien funge como apoderado de la parte demandada, aspecto que sin necesidad de mayores elucubraciones, pone de presente la ausencia de vocación de la censura planteada”.

3.4. De forma general, estimó que la ley procedimental civil habilita que las partes propongan tanto excepciones previas como de fondo y aleguen las nulidades que, en su concepto, afecten las actuaciones, lo que deben realizar en las oportunidades establecidas por la misma ley, porque de no hacerlo, precluye la oportunidad para ello.

Con tal base, consideró que *“las defensas en examen, en puridad, no se dirigen a debilitar el petitum, naturaleza propia de las excepciones de fondo, perentorias o de mérito, sino a patentizar presuntas irregularidades formales, censura para la que se encuentran previstos otros mecanismos en el procedimiento civil, cuyo planteamiento y resolución debe(...) realizarse con antelación a la sentencia, pues, por demás, su proposición tardía genera la convalidación de la actuación, razonamientos adicionales para que la impugnación, desde esta arista, esté llamada al fracaso”*.

3.5. En cuanto hace a que *“no se ha cancelado, en debida forma, el usufructo”*, expresó:

3.5.1. Su extinción, entre otras causas, deriva de *“la expiración del plazo por el que fue constituido”*, supuesto en el que su finalización acaece por el *“simple transcurso”* del tiempo, de modo que vencido el mismo *“se hace exigible la obligación o el derecho que pendía de éste, sin que sea necesario que medie orden judicial o declaración de autoridad alguna”*.

3.5.2. Aplicado lo precedentemente expuesto al caso *sub lite* y teniéndose en cuenta que el usufructo concedido al demandado lo fue *“(...) ‘hasta que llegue a la edad de treinta (30) años, fecha en la cual (...) se consolidará con la nuda propiedad’ (...)*”, se establece que en el proceso *“quedó acreditado el vencimiento del plazo en cuestión, mediante el registro civil del demandado Montaña, quien cumplió los 30 años el 4 de octubre de 2004, de modo que, a partir de allí, se extinguió el usufructo que le había sido concedido y, consecuentemente, se consolidó la propiedad plena en cabeza de la entidad demandante”*.

3.5.3. Ese hecho de la extinción del usufructo, “se protocolizó en la correspondiente escritura pública, la cual se registró en el folio de matrícula inmobiliaria, en acatamiento del artículo 49 del decreto 960 de 1970, gestión en la que intervino ‘el titular del derecho’, que en el caso concreto no es otro diferente al demandante, quien consolidó, con la extinción del usufructo, su pleno derecho de propiedad, no existiendo reproche sostenible ante la no concurrencia o actuación por parte del usufructuario, quien para esa época, ya no detentaba tal condición y que, además, no está llamado por la ley para participar en esa extinción”.

3.5.4. Así las cosas, “cancelado el usufructo y registrada esa actuación en la matrícula del inmueble, ninguna trascendencia tiene la eventual e indemostrada contravención de lo dispuesto por el artículo 28 del decreto 2148 de 1983, que ordena que [e]l notario ante quien se extienda una escritura que cancele otra que no reposa en su protocolo, advertirá claramente en el mismo instrumento al interesado que ésta implica el otorgamiento de una nueva que es la protocolización del certificado, para que con base en ella se produzca la nota de cancelación’, advertencia que, en efecto, se incluyó en la escritura 2701 (fl. 16 vto.). Así mismo, el artículo 44 del decreto 960 precisa que [e]l notario ante quien se extienda una escritura que modifique, adicione, aclare o afecte en cualquier sentido el contenido de otra que no reposa en su protocolo, **expedirá un certificado que entregará al usuario con destino a esa notaría en donde se encuentra la escritura afectada para que, previa su protocolización,** se proceda a colocar la correspondiente nota de referencia’ (negrilla intencional), gestiones que no pueden declararse incumplidas, pues lo cierto es que, en los citados documentos e instrumentos públicos consta la

cancelación del usufructo, lo que hace presumir su cumplimiento, pues los referidos escritos públicos adosados, en [los] que se contiene el registro de su cancelación, así lo demuestran, por lo que si el demandado cuestionaba que esas actuaciones no se satisficieron, era de su resorte demostrar ese hecho, alegato que solo obra como prueba de su dicho, insuficiente como tal para derribar el pleno valor probatorio que la ley procesal le reconoce a esos cartulares”.

3.5.5. Por otra parte, *“no existe sustento alguno, ni legal ni convencional, que avale la tesis de que la exigencia prevista en el artículo precitado del decreto reglamentario del Estatuto de Notariado y Registro, que señala directrices para la realización de los actos protocolarios que allí se conocen, constituya una condición para la extinción del usufructo, esto es, que se haya supeditado la terminación del negocio jurídico a ese aspecto administrativo, por entero ajeno al negocio mismo, puesto que el marco legal que lo rige, no hace pender su eficacia de tal hecho, aclarándose, de manera adicional, que para cuando se hubiera procedido a la extensión de los documentos que el demandado censura no se expedieron, el usufructo ya había terminado, omisión que tampoco tendría importancia alguna de cara a la extinción del negocio jurídico que da lugar a la entrega exorada, razones que motivan la confirmación de la decisión impugnada”.*

4. Como se infiere del detallado recuento de los argumentos expuestos por el Tribunal, que viene de consignarse, dicha autoridad se ocupó de todos y cada uno de los fundamentos en los que el demandado soportó la apelación que propuso contra la sentencia de primera instancia, independiente de que se comparta o no el análisis que sobre ellos realizó, cuestión que no es factible establecer en desarrollo del cargo auscultado, toda vez que

mediante su formulación se denunció la comisión de un error *in procedendo*, mas no uno de juzgamiento.

Al respecto, debe precisarse, además, que esos reproches delimitaron la órbita de acción del *ad quem*, en tanto que de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “*el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*”, temática sobre la que la Corte tiene establecido que “*la competencia funcional en el sentenciador de segundo grado, originada en el recurso de apelación propuesto contra el fallo pronunciado por el juez de primera instancia, unas veces es lo suficientemente extensa que le permite la revisión total de la decisión recurrida, y otras veces es restringida por principios que rigen la alzada, como el de la reformatio in pejus, o el del objeto mismo sobre el cual versa el recurso interpuesto, es decir, la materia de la apelación, dado que el ad quem no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurrente, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a no ser ‘que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla’” (CSJ, SC del 12 de febrero de 2002, Rad. n.º 6762; se subraya).*

5. Añádese que como la alegación final de la apelación -“*FALSA MOTIVACIÓN DEL FALLO APELADO*”-, en la que se protestó por la falta de definición de las excepciones propuestas, quedó atada a “*la cabal demostración de su viabilidad que se deja expuesta”* (se subraya), propio es entender que el único aspecto de las defensas alegadas en que el apelante insistió, fue el de la indebida cancelación

del usufructo, como quiera que ningún otro fundamento de ellas se puso de presente, tópico ampliamente analizado por el Tribunal, como ya se comprobó, lo que descarta cualquier omisión al respecto.

6. Ninguna incidencia tiene, en frente de la conclusión anterior, la falta de congruencia alegada por el demandado en la audiencia verificada con base en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, pues allí, según el resumen que él mismo presentó (fls. 15 a 17, cd. 7), reiteró los planteamientos que expuso al sustentar la apelación y se limitó a invocar el mandato del artículo 305 de ese mismo estatuto, sin esgrimir argumento alguno en concreto sobre las excepciones, que sirviera de marco específico de referencia para el *ad quem*.

7. Ahora bien, que en la parte resolutive de la sentencia cuestionada no se hubiere adoptado decisión expresa sobre el fracaso de las excepciones, no es cuestión que por sí sola configure incongruencia, como lo reiteró la Sala en reciente fallo, al decidir un cargo también por la causal segunda de casación, fincado en la falta de resolución de las defensas meritorias alegadas, ocasión en la que precisó:

En ese orden de ideas, se concluye que la decisión del Tribunal comprende la materia misma de las excepciones respecto de las cuales se denunció la falta de pronunciamiento, que no era otra que la causa determinante de los desperfectos encontrados en la estructura de los inmuebles, razón por la cual la providencia no puede calificarse de deficiente u omisa, pues a pesar de la falta de declaración expresa de [tenerlas por] no probadas o infundadas, respecto de ellas hubo un juzgamiento implícito.

Ha explicado la Sala que en «ocasiones ocurre, sin embargo, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia (sentencia del 15 de junio de 2000, exp. 5218), que a pesar de no existir en la providencia respectiva expresa decisión en torno a alguno de los aspectos antes señalados debe entenderse que hubo resolución sobre el particular, en concreto por la operancia del fenómeno del juzgamiento implícito, cuando se resuelve un preciso aspecto sometido a juicio merced a la aceptación de una pretensión que signifique necesariamente el rechazo de otra o de una excepción, ‘ya porque sean incompatibles, ya porque en la parte motiva expresamente se expusieron los hechos que determinaban el rechazo’, por lo cual ‘el silencio que sobre ello se advierte en la parte decisoria del fallo, no implica falta de resolución, pues en el punto resulta clara la decisión del fallador, aunque de verdad, no sea expresa como lo impera la norma predicada’. Así las cosas, el juzgamiento implícito evita, pues, la consolidación del anunciado defecto de la sentencia (causal segunda) (CSJ SC, 18 Oct. 2000, Rad. 5673) (CSJ, SC 14426 del 7 de octubre de 2016, Rad. n.º 2007-00079-01; se subraya).

8. En definitiva, el cargo no prospera.

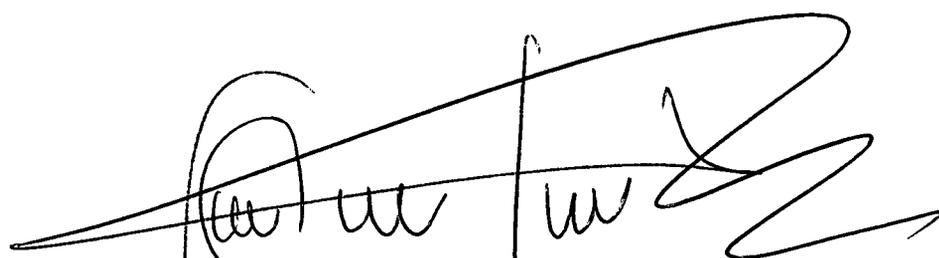
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 17 de agosto de 2011, por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil,
en el proceso que se dejó plenamente identificado al
comienzo de este proveído.

Costas en casación, a cargo del recurrente. Como la
parte opositora replicó en tiempo dicha impugnación, se fija
la suma de \$12.000.000.00 como agencias en derecho. La
Secretaría de la Sala, efectúe la correspondiente liquidación.

**Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad,
devuélvase el expediente al Tribunal de origen.**



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



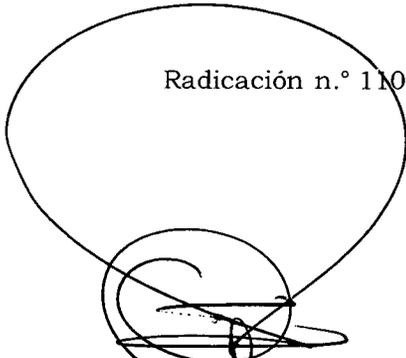
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



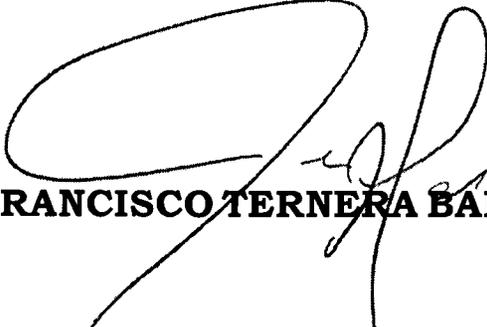
LUIS ALONSO RICO PUERTA

Radicación n.º 11001-31-03-035-2007-00533-01

111



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS