

## **ACCIÓN DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCIÓN. – ENAJENACIÓN DE ESPECIES LEGALES POR ACTO TESTAMENTARIO**

1.—Cuando el testador vende, por acto posterior al testamentario, una de las especies legadas, ya sea en, todo o en parte, se da aplicación, estricta, a) artículo 1193 del C. C.

2.—Aunque el artículo 7° de la ley ,95 de 1890 presumió el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella: siendo soltera o viuda, esa presunción no le dio la patria potestad por cuanto entre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales, que determinaron los artículos 59 a 64 de la ley 153 de 1887 no se le dio a la madre natural el de la patria potestad. Fue éste un vacío que vino a llenar el artículo 14 de la ley 45 de 1936.

3.— Como ha decidido la Corte varias veces, el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura. Es imposible, en efecto, que la tradición inscrita, dado nuestro régimen de registro, se verifique coetáneamente, en el mismo instante en que los interesados firman la escritura. Vendido un inmueble, el vendedor tiene la obligación de hacer la tradición de aquél y el comprador, por su parte, está interesado en el mismo sentido. Por eso éste, con frecuencia, hace las diligencias del caso. Pesa sobre el vendedor la obligación de hacer que se efectúe la tradición inscrita, obligación que pasa a sus herederos.

*Corte Suprema de Justicia.—Sala, de Casación en lo Civil. — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.*

*(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)*

Amelia Giedelman otorgó testamento solemne y abierto el 26 de abril de 1916, ante el Notario 5° de Bogotá e instituyó como heredera a su hija natural Susana Giedelman y a los hijos naturales de ésta llamados Amelia, Elisa y Alfonso. Al hacer la partición y distribución de los bienes en el mismo testamento, limitó las asignaciones testamentarias en esta forma: A Susana el local de la carrera 7a número 221 de esta ciudad y a sus tres nietos, por iguales partes, la hacienda denominada "Terreros", en el municipio de Soacha.

Posteriormente y por medio de la escritura pública número 664 de 14 de agosto de 1916, de la -Notaría 5ª de Bogotá, enajenó a título de venta a favor de Susana, los bienes que relacionó y distribuyó en su testamento, a saber: el local y el fundo ya expresados.

Susana Giedelman vendió posteriormente a la señora Carmen Carrizosa de Ricaurte el fundo de "Terreros" y el almacén a Carlos y Manuel Umaña, quienes después lo vendieron a la señora Belén S. de Santamaría de Defrancisco.

La testadora Amelia falleció el 17 de agosto de 1916 y su nieto Alfonso, en libelo de 21 de noviembre de 1938 y por medio de apoderado demandó a Carmen Carrizosa de Ricaurte, Belén S. de Santamaría de Defrancisco, Carlos Umaña B. y a la sucesión de Manuel Umaña Camacho representada por sus herederos para que se declarara la nulidad absoluta del contrato consignado en la escritura pública 664 de 14 de agosto de 1916 de la Notaría 6ª, por la cual Amelia vendió los inmuebles mencionados a Susana y para que se declarara también la nulidad absoluta de los contratos de venta de esos inmuebles a la señora Carrizosa de Ricaurte, a los señores Carlos y Manuel Umaña y a la señora Belén S. de Santamaría de Defrancisco.

Ejercitó además la acción restitutoria, tanto de los inmuebles como de sus frutos.

El hecho básico de la demanda consiste en afirmar que el 14 de agosto de 1916, cuando Amelia le otorgó la escritura de venta a Susana, ésta era menor de edad, estaba por lo tanto sometida a la potestad de su madre, por lo cual no podía intervenir en ese contrato.

Admitida la demanda y surtida la tramitación de primera instancia, el Juez del conocimiento, 6º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 29 de agosto de 1939 decidió que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda y absolvió por lo tanto a los demandados de los cargos en ella contenidos.

El Tribunal Superior de Bogotá, fallo de 28 de marzo de] año próximo pasado, confirmó, aunque por diferentes motivos, la sentencia, del inferior. La parte vencida recurrió en casación y pasa a decidirse hoy sobre la suerte del recurso.

El Tribunal basa su sentencia en la falta de personería del demandante, y se expresa así: "Si se atiende a la naturaleza de la asignación, resulta que por el testamento instituyó doña Amelia, al niño, hijo de Susana, que habría de llamarse Alfonso, como sucesor en la tercera parte de la finca rural denominada "Terrerros", lo que en términos legales significa una asignación a título singular sobre una cuota de la expresada especie inmueble (artículos 1162, 1177, 1178 del C. C.) y el asignatario a título singular no representa al testador según los términos expresados en el artículo 1162. Además como lo anota el señor Juez en el fallo, el inciso 2º del artículo 1193 del C. Civil estipula que, la enajenación -de las especies legadas en todo o en parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado en todo o en parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador. Sí, pues, la testadora vendió luego a Susana, por la escritura pública 664 de 14 de agosto de 1916, la especie inmueble denominada "Terrerros" sobre que recaía la asignación a título particular que había hecho a Alfonso en el testamento, aunque esta enajenación fuese nula, el legado no subsiste".

El recurrente apoyado en la primera de las causales del artículo 520 del C, Judicial, hace a la sentencia seis cargos.

Consiste el primero en que el tallador de Bogotá quebrantó los artículos 1162 y 1193 del C. Civil por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito; en que violó los artículos 1155 y 1156 de la misma obra por haberlos dejado de aplicar; en que también violó lo preceptuado por los artículos 1008 y 1011 ibídem por interpretación errónea e infringió los arts. 1758, 1759 del C. Civil, y 630 y 632 del C. Judicial.

Vista la acusación y sus motivos, la Corte considera: La testadora en la cláusula cuarta de su testamento destinó o circunscribió el derecho del demandante, vinculándolo en un cuerpo cierto y determinado, singularizado, o sea la tercera parte de la finca de "Terroros".

Cuando Amelia Giedelman vendió a su hija Susana los dos inmuebles mencionados en el testamento, se operó el fenómeno jurídico de que trata el artículo 1193 del C. Civil que en su inciso 'segundo dice así: "La enajenación de las especies legadas en todo o en parte por 'acto entre vivos, envuelve la revocación del legado en todo o en parte, y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador".

La asignación, pues, hecha al demandante, quedó revocada totalmente, por la venta de Amelia a Susana y ya se ha visto que el demandante en el predio de "Terroros" sólo tenía derecho según el testamento a una tercera parte y a esa tercera parte estaba limitada su vocación sucesoral de acuerdo con el acto testamentario de que se ha hecho mérito. No puede además interpretarse aisladamente la cláusula tercera del testamento, prescindiendo de la cláusula cuarta, que condiciona o subordina a la tercera, porque de no ser así las cosas, no se cumpliría con la voluntad de la testadora, que es el factor que prima y debe salvarse en todo acto testamentario válidamente otorgado.

Luego si la intención del actor es la de que con la declaratoria de nulidad impetrada, reviva la cláusula testamentaria que le asignó una parte, en un cuerpo cierto, en el predio de "Terroros", no podría triunfar, ante el imperio del artículo 1193 que acaba de citarse.

Consideradas las cosas por otro aspecto resulta esto: Si se acusa de nulidad la venta hecha por Amelia a Susana, en cuanto ésta era menor de edad el día del contrato, y careció de representación legal, se tendría el caso de una nulidad relativa, que sólo podría invocarla Susana que no es la demandante y el actor no se ha presentado como sucesor de ésta ni tampoco esa representación sería viable desde luego que Susana existe y no le ha transmitido ningún derecho al demandante, artículo 1743 del C. Civil. Además Susana Giedelman ratificó o saneó esa nulidad relativa al enajenar, cuando era mayor de edad, y a los pocos días de la venta que le hizo Amelia, de esos dos inmuebles. No se ve además cómo Susana pudiera entablar esa acción que la perjudica. Es cierto que la expresada Susana se presentó como coadyuvante pero esa coadyuvancia, que es tangencial, no le da ni completa la personería al actor.

La prohibición consignada en el artículo 1852 del C. Civil no incide en el caso

de este pleito por cuanto tal artículo se refiere a las ventas entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia, y según el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, potestad que le corresponde a la madre legítima cuando muere el padre. Ciertamente es que el artículo 7° de la Ley 95 de 1890 presumió el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, pero esa presunción no le dio la patria potestad por cuanto entre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales, que determinaron los artículos 69 a 64 de la Ley 153 de 1887, no se le dio a la madre natural el de la patria potestad. Fue éste un vacío que vino a llenar el artículo 14 de la Ley 45 de 1936.

Mas suponiendo que así no fueran las cosas, se observa esto: La señora Amelia Giedelman murió en el año de 1916, es decir, cuando regía el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 que prohibía alegar la nulidad absoluta al que hubiere ejecutado el acto o contrato nulo. De modo pues que dicha señora no tuvo nunca acción para impetrar esa nulidad y no puede por lo tanto hoy el demandante impetrarla, porque nunca radicó ella en cabeza de la señora Amelia.

De todo lo anterior se desprende que los cargos hechos en el capítulo que se estudia, no son operantes para casar la sentencia, por lo mismo que por cualquier lado que se contemple el asunto, el actor carece del derecho que ha impetrado y que éste no existe. No hubo violación tampoco de los artículos 7° de la Ley 95 de 1890. 1852 del C. Civil a que se refiere el segundo cargo, por lo que ya quedó expuesto.

Inoficioso parece a la Corte estudiar los cuatro cargos restantes que contiene el recurso, porque ellos no pueden tener cabida, sino en el caso en que el actor tuviera la personería sustantiva para incoar la acción y ya se ha visto y explicado por qué no la tiene.

No obstante la Corte se refiere a ellos: Dice el recurrente que el fallador violó los artículos 740, 741, 742, 745, 756. 759 del C. Civil por haberlos interpretado erróneamente al aplicarlos al caso del pleito en una forma contraria a su propio contenido. Se basa este cargo en que la escritura 664 de 14 de agosto de 1916 se registró después de la muerte de la vendedora Amelia Giedelman, por lo cual, dice el recurrente, estando vigente la norma testamentaria de la señora Amelia el día en que ésta murió, no pudo efectuarse después de su muerte la tradición, porque ya no existía la voluntad del tradente. Mas a esto observa la Corte, que como se ha decidido varias veces, el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura. Es imposible, en efecto, que la tradición inscrita, dado nuestro régimen de registro, se verifique coetáneamente, en el mismo instante en que los interesados firman la escritura. Vendido un inmueble, el vendedor tiene la obligación de hacer la tradición de aquél y el comprador por su parte, está interesado en el mismo sentido. Por eso éste, con frecuencia, hace las diligencias del caso. Pesa sobre el vendedor la obligación de hacer que se efectúe la tradición escrita, obligación que pasa a sus herederos. En el caso de autos, la compradora, como sucesora de la vendedora, tenía esa obligación y la cumplió, y al

cumplirla se retrotrajo la inscripción al día de la venta, porque en virtud del contrato la vendedora tuvo el animus de desapoderarse de lo vendido, y desde el día de la venta, en virtud de ese animus, se reputa que lo vendido salió de su patrimonio.

En virtud de lo anterior, el cargo que se estudia, no puede prosperar.

Respecto del cargo consistente en que cuando se verificó el registro de la escritura 664, uno de los bienes vendidos en ella, el local de la carrera 7ª estaba embargado, es un extremo que no sólo no está demostrado sino que de autos aparece lo contrario. Los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, que obran a los folios 4 y 7 del cuaderno número 4 dan cuenta de que la escritura 664 fue registrada el 30 de agosto de 1916 y que el embargo que pesaba sobre el local de la carrera 7ª fue cancelado el 11 de mayo de ese año. Por último, la afirmación en que se basa el tercer cargo a la sentencia, o sea que la señora Carrizosa de Ricaurte conocía la edad de Susana, cuando contrató con ésta, es un extremo no demostrado plenamente y por lo tanto el cargo basado en tal afirmación no puede prosperar. El estudio de las normas citadas en el cargo no es procedente sino establecido el hecho básico de la acusación. Además, la ratificación hecha por Susana a la señora Carrizosa de Ricaurte, saneó, como ya se dijo, cualquier nulidad que hubiera podido existir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia recurrida. Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

**Isaías Cepeda. — José Miguel Arasigo. — Hernán Salamanca. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinesírosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.**