

capacidades» procedente de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá en relación con la doctrina de los Médicos Legistas de este Departamento Dres. Jorge Sáenz y Juan Uribe Williansom.

Sin considerarnos autoridades en cuestiones medicolegales, aceptamos como muy clara, lógica y equitativa la doctrina de los Dres. Saenz y Uribe W. publicada en uno de nuestros artículos anteriores (la 2ª parte), porque resuelve todos los casos que pueden presentarse: la incapacidad de los inválidos, de los niños, de los vagos y de los demás individuos que no se hallan en condiciones anormales, todo lo cual se relaciona con las dos teorías sobre incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

La Circular del Dr. Lombana Barreneche que leímos con suma atención y creemos haber entendido, trata de la incapacidad especial para cada caso, según la naturaleza de la lesión y el órgano afectado, señalando una norma o pauta para determinarla en todos los casos análogos. Es decir, para crear doctrina. Empero, no resuelve la cuestión de incapacidad desde el complejo punto de vista expuesto en el párrafo anterior y en nuestros primeros artículos, en relación con el texto de nuestro Código Penal que habla de *incapacidad de trabajar como antes* y que se presta a muy serias dificultades en la práctica forense.

Debieran los Dres. Sáenz y Uribe Williansom defender su doctrina indirectamente tachada de deficiente—quizás sin sólida razón—por el Dr. Lombana Barreneche, en la carta que tenemos el honor de comentar.

CARLOS ANTONIO HOLGUIN.

Una cuestión de personería ⁽¹⁾

Tribunal Superior.

Medellín abril veintitres de mil novecientos veintitres.

VISTOS

En demanda fechada el cinco de febrero del año en curso, los Señores Justino G. y Luciano, titulándose socios de la sociedad colectiva de comercio que en esta ciudad gira con la razón de Fierro Vallejo Cía. pidieron la declaración en quiebra de esta Sociedad.

Previo el juramento que prescribe el Art. 57 de la Ley 40 de 1907, el señor Juez 1º de este Circuito proveyó de conformidad en auto de diez de los mismos.

Por escritura Número mil doscientos setenta y uno, otorgada el siete de junio de mil novecientos diez y nueve, se constituyó la Sociedad cuya quiebra se pide, y tanto allí, como en instrumentos públicos posteriores, relacionados con la misma, aparece que los socios colectivos, son Paul y Cía. y Donato.

En atención a que la demanda no la firmó el socio Donato, éste reclamó contra la providencia declaratoria, e interpuso, en

(1) Véase la nota final.

segundo término, el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior. Negado lo primero, se concedió lo segundo, y ha terminado la ritualidad de la alzada.

Como antes se expresó, la sociedad cuya quiebra se pide, se constituyó entre Paul y Cía. por una parte, y don Donato por la otra. Esa constancia la suministran, tanto la escritura constitucional que se deja citada, como el hecho primero fundamental de la demanda, y tiene una importancia decisiva en este asunto, como se verá a continuación.

En efecto, los demandantes señores Justino y Luciano, se presentan a demandar la quiebra de Fierro Vallejo y Cía. como socios de esta entidad, y ellos no tienen ese carácter, o al menos no aparece que lo tengan.

Ellos son socios colectivos administradores de Paul y Cía. según su declaración al otorgar la escritura social de Fierro Vallejo y Cía. pero por esa razón no quedan constituidos como socios de esta última, en la cual entró con esa calidad la sociedad que administran los demandantes.

En presencia, pues, del carácter peculiar de la sociedad, que forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, según el inciso 2º del Art. 2079 del Código Civil, el socio colectivo es Paul y Cía. y esta firma constituye el estado civil y la personalidad del socio. (Art. 482 C. de C.); de donde se sigue que Justino y Luciano aunque sean socios administradores del socio colectivo de la sociedad quebrada, no son socios de esta última, y no tienen por ende personería para pedir su quiebra, ni como tales socios. (Art. 142, ib.), ni como acreedores, porque no aparece que sean. Art. 136.

Acaso se objetará que Justino y Luciano presentaron las pruebas de su personería como socios de Paul y Cía. y hablaron en ese carácter en el escrito de diez y nueve de febrero (f. 69). Es cierto. Lo hicieron. Posiblemente para tratar de subsanar el error anotado; pero eso no puede retrotraer la actuación y conferirles una calidad jurídica esencial para establecer la acción. El Tribunal debe observar si los demandantes tuvieron personería para ejercitar la acción; si aparece que no la tuvieron, la actuación es baldía, aunque después cambien su situación de partes en el juicio.

Resultando lo anterior de una manera irrecusable en los autos, vienen a ocupar un plano secundario e inútil para el resultado de este negocio, las otras cuestiones planteadas en el debate, como son, si debieron firmar la exposición sólo los socios colectivos, o basta con que lo hagan los que en ese momento se encuentran en el lugar, y si con la exposición se cumplieron los requisitos del Art. 138 del C. de Comercio en relación con los Arts 57 y 60 de la Ley 40 de 1907.

Con lo expuesto basta para revocar la providencia declaratoria que motiva este estudio.

Así, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto apelado, cuyo contenido y fecha y procedencia se dejan anotados.

El señor Juez *a quo* proveerá lo conducente a fin de que las

cosas vuelvan al estado que tenían cuando aquella providencia se profirió.

Sin costas.

Notifíquese cópiese y devuélvase.

FABIO GARTNER.

LUIS E. BERRÍO. SRIO.

EN EL MISMO ASUNTO.

Reconsideración.

Tribunal Superior.—Medellín Mayo quince de mil novecientos veintitres.

VISTOS.

Ha leído cuidadosamente el suscrito Magistrado, los dos memoriales que anteceden, firmados por el señor Luciano referentes al auto de veintitres del pasado.

El segundo de ellos explica los antecedentes del negocio, con el fin, dice el memorialista, de borrar cualquiera mala impresión que en lo moral o comercial haya podido producir el lenguaje de don Donato. El suscrito Magistrado puede dar a las partes la garantía de que siempre se sitúa en un plano superior a las partes contendoras para apreciar sus recriminaciones, mutuas o nó, con el valor entendido que tienen en vista de la situación en que los negocios las colocan; la forma de la expresión y aun la intención personal y privada que revista, no aporta nunca elementos al debate. La Moral es casi siempre extraña a las controversias judiciales y el Juez debe regirse por la conciencia judicial, que es la ley.

Previa esa observación, se estudiará el otro escrito, que va al fondo de la cuestión.

El peticionario invoca la reposición del auto proferido por el Tribunal, fundado en varias razones, que se estudiarán, en su orden, separadamente.

El primer motivo es que el comerciante que solicita la declaración de quiebra, cumple una obligación, pero no ejercita una acción; por tanto, a la manifestación del quebrado no puede aplicarse el criterio riguroso que valúa una demanda.

Error, sutil error. Acción no es solamente el derecho de exigir alguna cosa, sino también, en otra acepción, la manera como se exige, el camino que conduce a un fin. Si el quebrado tiene la obligación de manifestarse en quiebra, es porque tiene el derecho de exigir la correspondiente declaración; ese derecho es ejercicio de la acción de pago por cesión de bienes, que el deudor puede implorar, no obstante cualquier estipulación en contrario, y tiene por objeto instaurar el juicio de concurso de acreedores.

Esa acción, esa vía que adopta el quebrado, para pagar lo que debe, tiene que ejercitarla él, personalmente, por medio de su representante legal. Como implora el deudor la cesión? Por medio de una demanda, esto es, por medio de una petición que

se dirige a un Juez para que mande hacer efectiva una obligación (Art. 263 del C.J.). Según eso, la obligación del sujeto quebrado se cumple por medio de una demanda.

Si pues, el deudor ejercita una acción, debe ejercitarla en forma de petición al Juez, es decir, en forma de una demanda. Esto es, sobre claro, trivial. El mismo lenguaje del reclamante lo condena: «el quebrado ha de cumplir con el deber legal de comparecer a declarar que ha fallecido civilmente.» Comparecer a declarar que ha fallecido, es demandar la quiebra.

Al Magistrado le llaman la atención con subrayas de lápiz en el vocablo solicitud, en la demanda. Pues bien: esa pieza fué leída varias veces; solicitud es petición, y petición es demanda.

La segunda razón es que por elipsis, omitieron decir los peticionarios que eran socios de Paul y Cía. y dijeron sencillamente que obraban en nombre de Fierro Vallejo y Cía.

Las cosas no ocurrieron tan superficialmente como lo pretende el reclamante, con el fin visible de hacer aparecer la providencia criticada como cimentada sobre la deleznable y ligera base de una figura retórica, para atacar la teoría del fallador por reposar en formulismos recogidos y en palabras sacramentales a bolidas.

No fué por una elipsis de forma, por lo que Luciano y Justino demandaron como lo hicieron, la quiebra de Fierro Vallejo y Cía. Todo el que demanda, o solicita, o pide, debe manifestar el carácter en que lo hace, y probarlo cuando se representa a otro. Eso lo sabe demasiado el distinguido jurisconsulto que patrocina al reclamante, pues es elemental en procedimientos.

Pero los actores sí dijeron claramente el carácter con que obraban: como socios de Fierro Vallejo y Cía. Ellos creyeron que eran tales socios, y de allí la grave omisión, que llaman elipsis, pues por ello no representaron en nombre de Paul y Cía., y por lo mismo, no probaron ese carácter, para pedir o solicitar por el socio.

La subraya con lápiz, hecha en la demanda con posterioridad al auto del Tribunal, que recuerda la práctica de dos famosos litigantes de Antioquia, abona la jurídica tesis del auto, porque los peticionarios obraron en representación del socio para constituir la sociedad quebrada, y debieron haber hecho lo mismo para pedir la quiebra de Fierro Vallejo y Cía.

Tan evidente resulta y resalta esto en autos, que para representar el diez y nueve de febrero, con posterioridad al auto apelado, se acogió el abogado a la tesis sentada por el Tribunal e hizo que los peticionarios trataran de subsanar la omisión con la presentación de la pieza que los acredita como representantes del socio, y pidieron en nombre de éste. De nada vale que se le subrayen al Magistrado las expresiones de ese memorial, porque él, que estudia los negocios hasta donde sus alcances se lo permiten, tuvo en cuenta esa circunstancia y estampó en el auto criticado estos conceptos, que no leyó ni rebatió el reclamante y que el Tribunal sostiene.

«Acaso se objetará que Justino y Luciano presentaron la prueba de su personería como socios de L. Aristizábal y Cía. y hablaron en ese carácter en el escrito de diez y nueve de febrero

(f.69). Es cierto. Lo hicieron. Posiblemente para tratar de subsanar el error anotado. Pero eso no puede retrotraer la actuación y conferirles una calidad jurídica esencial para establecer la acción. El Tribunal debe observar si los demandantes tuvieron personería para ejercitar la acción; si aparece que no la tuvieron, la actuación, es baldía, aunque después cambien su situación de partes en el juicio.»

Lo correcto de la petición de diez y nueve de febrero, no subsana la grave irregularidad de la solicitud de quiebra, porque es un principio de procedimientos que el Juez no puede resolver sino con las constancias de autos; por tanto, para estudiar el auto apelado, sólo deben considerarse los documentos en que se fundó la demanda.

No es el caso de poner en conocimiento de las partes la nulidad, de acuerdo con el Art. 134 de la Ley 105 de 1890, porque se trata de resolver sobre la legalidad del auto que inicia el juicio; aquello sería procedente si ese auto estuviera firme. Actuar de distinta manera sería un contrasentido, porque equivaldría a aceptar el auto apelado al propio tiempo que reconocer la ilegalidad de la nulidad. De suerte que no es el caso de ratificar; se trata de saber si el auto vive o nó por haber sido provocado por personas que no tenían facultad para ello; se trata de saber si el juicio prospera o nó, y mal podría procederse como si hubiera prosperado.

Para concluir, critica el peticionario la providencia por no parecer firmada por la Sala plural, y hace este raciocinio: Si el auto que declara la quiebra tiene caracteres peculiares de sentencia, debe resolverse su apelación como si fuera sentencia, es decir, por la Sala plural.

Aparte de que ese auto no es la sentencia definitiva en el juicio de concurso de acreedores, el Art. 83, en relación con el 81 del C. J. no le atribuye a la Sala plural la facultad de fallar esta apelación, y de que tenga caracteres de sentencia no se sigue que deba fallarlo forzosamente la Sala plural; las sentencias en los juicios sumarios son definitivas y conoce de ellas la Sala unitaria correspondiente.

Dada la insistencia con que el señor Luciano considera la base del auto como un mero formulismo, hijo del latinismo, que quizá no se le pueda achacar demasiado al Magistrado que suscribe, será preciso repetirle que el problema contemplado en estos asuntos es de fondo; se ejercita una acción por quien no tiene facultad para hacerlo; o bien, para amoldarse a la terminología del peticionario, se quiere cumplir un deber por quien no tiene la petición.

A su turno, el Magistrado, considera que ha estudiado todos los puntos del reclamo, que deja este negocio en su ánimo una convicción honrada de acatamiento a la ley.

Por tanto, se niega la solicitud precedente.

Notifíquese y cópiese.

Fabio Gartner.

Luis E. Berrío, Srio.

NOTA.—Advertimos que lo anterior dice relación a algo

que bajo el título: «Nuevas Teorías sobre Quiebra» publicamos en el N.º 95.

Hemos hecho uso de nombres supuestos, en primer lugar, para que concuerde con el estudio de que hablamos, y en segundo lugar, por ser este un asunto hasta cierto punto privado y demasiado reciente.

MALANDANDANZAS DE UNA DEFINICION DE LA PROPIEDAD: EL "IUS ABUTENDI"

(Continuación)

En el número anterior libramos al Cuerpo de Derecho civil romano del falso testimonio que doctos e indoctos le han levantado, como si en él se definiera la propiedad: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. Más aún: no hallamos el *ius abutendi* en la definición de egregios comentadores y romanistas antiguos y modernos de todas las escuelas y naciones. Falta ahora seguir la pista de los que realmente lo incluyeron, ora en la definición, ora en los elementos constitutivos o en los efectos del dominio.

Porque sin duda lo hubo. Ya vimos que Ortolán, en el siglo XIX, reparó en que eran muchos.

El belga Silvio, que en la primera mitad del siglo XVII profesó más de treinta años la teología en Douai, explicando su definición en que no entra el *ius abutendi*, escribe: «Algunos (*quidam*) definen el dominio diciendo que es el derecho y la potestad de usar y abusar de alguna cosa en cuanto lo permita la ley» (*ius ac potestas re quapiam utendi et abutendi, quatenus lege permittitur*). (1)

El francés Pothier, nos entera en sus *Pandectas*, impresas en el siglo XVIII, que comúnmente (*vulgo*) se define *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. (2)

El alemán Förster, en un tratado especial sobre el dominio, impreso en el siglo XVII, asegura que los más de los modernos (*recentiores plerique*) enseñan que el dominio es el derecho, no solamente de usar, mas también de abusar de una cosa corporal y de enajenarla y vindicarla, en cuanto lo permite el derecho (3). Tres autores nombra como ciertos, y otro con un modesto parece (*videtur*). Este último es Cephalus; aquellos tres: Schenk, Harpprecht, Giphanius. No hemos podido ver a Schenk.

(1) *Francisci Sylvi. . . . commentarii in totam secundam secundae S. Tomae Aquinatis*. (Antuerpiae, 1697.) In q. 66, a I, quaeritur I, pág. 429.

(2) *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Tomus tertius. Nova editio. (Lugduni, 1782.) Pág. 99, col. 1ª.

(3) *Tractatus insignis ae Dominio*, a VALENTINO GUILLIELMO FÖRSTERO, J. C. Vittebergae, M.DC.LVIII. Pág. 14.