

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, veintitrés (23) de abril de dos mil catorce (2014)

Acta No. 143 de 23 de abril de 2014

Expediente No. 66001-31-03-003-2011-00112-01

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la Corporación Empresarial Nace S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, el 18 de abril de 2013, en el proceso ordinario promovido por María Alejandra Kenguan Arteaga contra la impugnante y la Corporación Educativa para la Tecnología y el Trabajo –Liceo Porvenir-.

PRETENSIONES

Se invocan en la demanda las siguientes:

1.- Declarar civilmente responsable a las demandadas por el incumplimiento en el pago del servicio educativo prestado a niños y niñas del municipio de Dosquebradas en la ejecución del contrato celebrado el 5 de febrero de 2007 con la propietaria del Colegio Colombo Británico.

2.- En consecuencia, condene a las corporaciones demandadas a pagar la suma de \$29.982.000 por concepto de servicios educativos prestados a 516 niños del municipio de Dosquebradas durante el mes de marzo de 2007 y \$59.964.000 por el incumplimiento del contrato, en los términos de la cláusula penal pactada, con sus intereses.

HECHOS

Como constitutivos de la causa petendi se invocan los que admiten el siguiente resumen:

1.- Con el fin de presentar conjuntamente propuesta para la adjudicación de licitación que abrió el municipio de Dosquebradas en el año 2006, la Corporación Empresarial Nace y la Corporación Educativa para la Tecnología y el Trabajo “Liceo Porvenir” se constituyeron en unión temporal mediante acta del 16 de julio del mismo año, en los términos de la ley 80 de 1993.

2.- Adjudicada la licitación a la unión temporal creada, suscribió contrato de concesión con el Municipio de Dosquebradas, por medio del cual aquella se comprometió a prestar el servicio educativo a 3.000 niños del citado municipio en el año 2007, contrato que permitía la subcontratación con colegios privados.

3.- El 5 de febrero de 2007 la referida unión temporal celebró contrato con la señora María Alejandra Kenguan Arteaga, propietaria del Colegio Colombo Británico de Dosquebradas, para prestar el servicio educativo a 526 niños del municipio citado, en los niveles de básica primaria, secundaria y media, por el año escolar y por alumno efectivamente atendido; el valor del contrato ascendió a \$299.820.000 que sería cancelado en mensualidades vencidas dentro de los diez días calendarios del mes siguiente a aquel en que se prestó el servicio.

4.- Se pactó en el mismo contrato una cláusula penal "equivalente al 20% del valor del contrato, la cual se hará efectiva por el incumplimiento parcial o total de las obligaciones pactadas con cargo al contratista".

5.- El Colegio Colombo Británico prestó el servicio educativo a 526 niños del municipio de Dosquebradas durante los meses de febrero y marzo de 2007, pero la unión temporal no le ha cancelado el valor correspondiente al mes de marzo de 2007, adeudando por tal concepto la suma de \$29.982.000 tal como se pactó e incurrieron en la sanción penal establecida en el contrato.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Por auto del 7 de abril de 2011 se admitió la demanda y de la misma se ordenó correr traslado a los demandados por el término de veinte días.

2.- Oportunamente dieron respuesta al libelo por medio de apoderado común. Aceptaron los hechos de la demanda, excepto el 11 que lo fue parcialmente para afirmar que el no pago del servicio prestado se debió a la terminación del contrato de concesión y a su liquidación unilateral por el Municipio de Dosquebradas, acta que se encuentra en controversia. Además explicaron que la unión temporal **Proyectamos Colombia** fue liquidada mediante documento privado, asumiendo de manera exclusiva la Corporación **Nace S.A.** las obligaciones civiles, laborales y contractuales que surgieron de la referida unión temporal.

3.- Posteriormente se realizó la audiencia prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, sin ningún resultado práctico.

4.- Decretadas las pruebas solicitadas y practicadas solo parcialmente en razón al desistimiento formulado por la parte

demandante, se dio traslado a los contendientes para alegar, oportunidad que ninguna aprovechó.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se produjo el 18 de abril de 2013. En ella, la señora Juez Tercero Civil del Circuito de Pereira accedió a las súplicas de la demanda y condenó en costas a las demandadas.

Para decidir así, consideró acreditados, por confesión, los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones y por ende, que las corporaciones accionadas deben a la demandante la suma de \$29.982.000 por los servicios educativos que prestó en el mes de marzo de 2007; también la suma de \$59.964.000 pactada como cláusula penal, porque incumplieron el contrato que tenía una vigencia de diez meses y que solo se ejecutó durante dos, por causa no imputable a la actora y "le den (sic) todavía los servicios prestados en el mes de marzo".

Agregó que no se puede condenar solo a la Corporación Empresarial Nace S.A., con motivo del convenio que celebró con la otra demandada al liquidar la unión temporal, porque esa clase de decisiones "pueden burlar los intereses de los acreedores".

RECURSO DE APELACIÓN

Lo interpuso el apoderado de la Corporación Nace S.A. En esta sede alegó que la sentencia carece de motivación y ausencia de prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del demandante y del incumplimiento por parte de la entidad que representa. La parte actora solicitó varias pruebas para demostrar los hechos de la demanda, de las que posteriormente desistió, a lo que el juzgado accedió, excepto de la exhibición de documentos que ya había sido practicada; si el demandante así lo solicitó, ha debido también tenerse por desistido el interrogatorio de parte practicado al representante de la corporación que representa en la que al parecer se sustentó el fallo, ya que no se mencionó la valoración a tal medio probatorio; las pruebas referidas fueron las únicas practicadas, pero con ellas no se logra establecer si el demandante cumplió el objeto contractual y el incumplimiento de la impugnante; tampoco que las sumas reclamadas sean las realmente adeudadas. Concluye que los hechos de la demanda carecen de respaldo probatorio.

Se pregunta si el juzgado tuvo a la vista el acta de recibo a satisfacción por parte de los demandados los servicios educativos prestados por el demandante; también si las afirmaciones de una de las partes en el contrato, que endilga el incumplimiento a la otra, son suficientes para que se le conceda razón y se impongan las sanciones contractuales y legales sin que acredite que cumplió su carga contractual o que estuvo presto a cumplirla.

Considera que el juzgado desconoció los principios básicos del derecho probatorio como los de la necesidad y carga de la prueba, al no existir fundamentos suficientes de convicción para decidir en forma favorable al demandante y premiarlo frente a su incapacidad para demostrar que cumplió sus obligaciones, lo que no puede inferirse de los interrogatorios practicados, porque al respecto nada se les preguntó a los absolventes.

Agrega que de acuerdo con las cláusula segunda y tercera, parágrafo segundo del contrato, el contratante debía pagar los dineros a la parte actora cuando éste acreditara la atención efectiva de cada menor; por ello, para la prosperidad de las pretensiones, han debido aportarse los documentos que dieran cuenta de aquel hecho, los que en este caso brillan por su ausencia y que se desconoce cómo se calculó la suma que por el concepto citado se reclama, pues no se explicó la operación matemática que realizada para determinar ese valor.

Aduce que como la demandante no acreditó el cumplimiento de sus obligaciones, se configuró el mutuo disenso tácito pues se desconoció que los representantes legales de las entidades demandadas, al declarar bajo juramento, manifestaron que aquella también había incumplido sus obligaciones, al no constituir la póliza que se le había exigido y concluye que de manera oficiosa ha debido declararse probada la excepción respectiva, sentido en el cual es aplicable la sanción prevista por el artículo 1609 del código Civil.

En razón a la condena que se impuso a su representada como cláusula penal pactada en el contrato, la que transcribe, estima que la sanción se establecía solo en caso de incumplimiento por parte del contratista y por lo tanto, el juzgado de primer grado incurrió en grave error y se pone de presente que no hubo un estudio juicioso del presente caso, pues ni siquiera leyó el contrato que reposa en el expediente, sin que estuviera facultado el juez para extender las sanciones, cuando fue la voluntad libre y espontánea de los contratantes pactarla en los términos indicados.

Solicita se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- Los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo se hallan satisfechos y no se observa causal alguna de nulidad que pueda afectar la validez de la actuación.

2.- La legitimación en la causa por activa se ha definido como la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y por pasiva, la cualidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Su ausencia se producirá cuando a pesar de concurrir a un proceso

demandante y demandado, carece el primero de interés jurídico digno de protección o por no ser el segundo el llamado a satisfacer la obligación que se le reclama. En cualquiera de tales eventos la sentencia ha de ser de mérito, desestimatoria de las pretensiones, porque el fenómeno que se analiza es elemento propio de la pretensión y no de la acción.

Sobre el tema dijo la Corte Suprema de Justicia:

“5. La legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo ha tenido decantado la jurisprudencia.

“En efecto, esta ha sostenido que “el interés legítimo, serio y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pág. 360), exige plena coincidencia “de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla “con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (cas. civ. Sent. de jul. 1º/2008, [SC-061-2008], Exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).

“Y ha sido enfática en sostener que tal fenómeno jurídico “ ‘es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de este’ ” (Sent. de Cas. Civ. de ago. 14/95, Exp. 4268, reiterada en el fallo de 12 de junio de 2001, Exp. 6050)...”¹

3.- En la demanda se solicitó declarar responsables civilmente a los demandados por el incumplimiento en el pago del servicio educativo prestado a niños del municipio de Dosquebradas, en ejecución del contrato de prestación de servicios educativos celebrado el 5 de febrero de 2007 con la propietaria del colegio Colombo Británico y se les condene al pago de \$29.982.000 por los servicios efectivamente prestados en el mes de marzo del año citado y \$59.964.000 pactada como cláusula penal, sumas que deben cancelarse con sus intereses.

En los hechos se hizo referencia a la licitación que el Municipio de Dosquebradas adjudicó a la unión temporal “Proyectamos Colombia”, integrada por las entidades aquí demandadas, en virtud del cual la referida unión temporal se comprometió a prestar el

¹ Sala de Casación civil, sentencia del 24 de julio de 2012, expediente 110131030261998-21524-01, M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

servicio educativo a 3.000 niños del municipio de Dosquebradas en el año 2007 y que permitía la subcontratación con colegios privados. Luego se expresó que en cumplimiento a tal contrato, la unión temporal citada celebró con la señora María Alejandra Kenguan Arteaga, propietaria del Colegio Colombo Británico, un contrato para atender 526 niños por el término de diez meses, por valor de \$299.820.000, cancelado en mensualidades vencidas, dentro de los diez días calendarios del mes siguiente en que se prestó el servicio. Los demás hechos relacionados con el último contrato mencionan al Colegio Colombo Británico como el que prestó el servicio, el que no ha recibido el pago por el que corresponde al mes de marzo de 2007 y el que recibió los niños para ser atendidos educativamente. En el décimo tercero se expresó que es la señora María Alejandra Kenguan Arteaga la representante legal de ese colegio.

En el curso del proceso y dentro de una diligencia de exhibición de documentos, se incorporó al expediente copia auténtica del contrato sobre prestación de servicios educativos que suscribió la Unión Temporal Proyectamos Colombia con la señora Olga Isabel Arteaga Ramos y/o Colegio Colombo Británico, el 5 de febrero de 2007. En las consideraciones de ese contrato se menciona, en resumen, que la primera entidad recibió en adjudicación licitación pública para la prestación del servicio público educativo, con ocasión a ello, suscribió con el Municipio de Dosquebradas el contrato de concesión No. 215 de 2006 que el permitía subcontratar y que el colegio Colombo Británico estaba inscrito dentro de la lista de elegibles del Banco de Oferentes. En la cláusula primera se pactó que su objeto era la prestación del servicio público educativo para 526 niños del municipio de Dosquebradas; en la segunda, que su valor era el de \$299.820.000, los que serán cancelados por mensualidades vencidas dentro de los diez días calendario del mes siguiente en que se prestó el servicio; en la sexta se consignó: "CLAUSULA PENAL. Se acuerda por las partes un cláusula penal equivalente al 20% del contrato, la cual se hará efectiva por el incumplimiento parcial o total de las obligaciones pactadas con cargo al contratista".

De acuerdo con lo anterior, puede deducirse sin lugar a dudas, que los hechos y las pretensiones de la demanda guardan relación con el contrato sobre prestación de servicios educativos que se aportó dentro de diligencia de exhibición de documentos, que se acaba de mencionar.

Y ello es importante porque en el escrito por medio del cual se formuló la acción no se mencionó en aparte alguno a la señora Olga Isabel Arteaga Ramos y fue ella quien suscribió el contrato de que se trata, como "contratista" y obligada a prestar los servicios educativos a un número determinado de niños del municipio de Dosquebradas, a cambio de una remuneración por parte del

“contratante”, la unión temporal **Proyectamos Colombia** y es en la falta de pago de la prestación debida por la última en que se sustentan las pretensiones.

De esa manera las cosas, puede empezar por concluirse que la aquí demandante, señora **María Alejandra Kenguan Arteaga**, no fue quien celebró el contrato sobre prestación de servicios educativos con la unión temporal **Proyectamos Colombia** sino la señora **Olga Isabel Arteaga Ramos** y por ende, no estaba la primera legitimada en la causa por activa para elevar las pretensiones de la demanda que encuentran sustento en un contrato en el que ella no fue parte.

Los efectos directos de ese convenio no se extienden a la demandante, ajena a él, en virtud al principio de la relatividad de los contratos, respecto del cual ha dicho la Corte:

“6.- Del postulado de la autonomía de la voluntad privada orientado por el principio de la relatividad, se desprende que la convención incumbe y constriñe a quienes fueron sus partícipes y por tanto, en un comienzo, los terceros tienen vedada la posibilidad de atacarla.

“Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala ha indicado: “(...) la ley ha establecido que los contratos válidamente celebrados generan para las partes que concurren a su perfeccionamiento vínculos indisolubles y, sólo ellas, salvo las excepciones de ley, por las circunstancias que consideren pertinentes y sean admisibles jurídicamente, pueden ponerles fin (art. 1602 C. C.); de ahí que está excluido de toda discusión que los efectos directos de los contratos deben ser pregonados con respecto a las partes; la generación de derechos y obligaciones debe sopesarse, primeramente, frente a quienes los crearon o fueron sus gestores; por tanto, en línea de principio, no es admisible extender sus repercusiones a personas ajenas a su formación y perfeccionamiento (nec prodest nec nocet)” (Sentencia de 25 de enero de 2010, exp. 1999-01041-01).

“El 25 de abril de 2006, exp. 1997-10347-01, sobre el tema expuso: “En obsequio al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, las previsiones legales enseñan que así como el contrato sólo concierne y obliga a quienes en él participan, el universo de sus estipulaciones se erige en un reducto cerrado que, en línea de principio, es territorio vedado para quienes están fuera de sus márgenes.

“En respeto a esa especie de inmunidad contractual por la cual los contratantes pueden hacer ad nutum todo cuanto no esté prohibido, las libertades de negociación, asociación y empresa, logran cabal realización para que fluya sin estorbo la iniciativa privada.

“Conciente el legislador de que la autonomía del individuo no es absoluta, creó de modo excepcional la posibilidad de que terceros ubicados en la periferia del contrato pudieran acusar sus estipulaciones, siempre a condición de que ellas puedan

causarles daño. No sobra añadir que esa ingerencia de terceros ha de estar expresamente autorizada por el legislador, quien tiene la potestad de autorizar caso por caso la posibilidad de quienes ubicados en las márgenes del contrato puedan discutir su validez o sus efectos.

“...”

“Y, el de 30 de enero del mismo año aseveró: “Es común escuchar que tercero es todo aquel que no es parte contratante. Y parte contratante es la que, prestando su consentimiento, convino en el negocio jurídico; en sólo las partes se radican los efectos inmediatos del contrato, convirtiéndose, según el caso, en acreedoras y deudoras. Quien, antes bien, no da asenso en la formación y vida jurídica al negocio, es un tercero; a él, que no es parte, no lo afecta el contrato, ni para bien ni para mal; por consiguiente el contrato celebrado por otros no podrá tornarlo ni en acreedor ni en deudor. Una y otra cosa, en trasunto, habla del afamado principio de la relatividad de los contratos, conocido también con el aforismo *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*.

“Necesario es precisar, sin embargo, que personas hay que sin ser propiamente las celebrantes del negocio, no pueden ser consideradas como absolutamente extrañas al mismo, y por eso los efectos de aquel, sobrevenidas ciertas circunstancias, se radicarán en ellas. Trátase del fenómeno de la causahabencia, a cuyo estudio se contrae la Corte, habida cuenta que no es tampoco este el lugar para caer en la ingenua y presuntuosa idea de abrazar uno a uno todos los eventos de los terceros. Así que se colma la necesidad de hoy memorando no más terceros que los causahabientes. Y no bien se mencionan éstos, y a punto salta la frase sentenciosa de que quien contrata no sólo lo hace para sí sino también para sus sucesores universales. Porque es verdad irrecusable que quien a este título obra, es el continuador del patrimonio del causante, se identifica con él, le recibe todos los elementos patrimoniales transmisibles, y en consecuencia se torna, incluso sin saberlo, en acreedor o deudor de las relaciones patrimoniales de aquél, salvo apenas algunas excepciones...”²

De acuerdo con esa jurisprudencia puede decirse en términos generales que el principio de la relatividad de los contratos, en cuanto a sus consecuencias inmediatas, solo afecta a quienes a su celebración concurren y a sus causahabientes a título universal, aunque estima la Sala, también a quienes lo son a título singular.

De esa manera las cosas ha de concluirse que como la aquí demandante no participó en la celebración del contrato a que se refieren las pretensiones de la demanda, como ya se había anunciado, carece de legitimación para controvertir lo relacionado con su incumplimiento a efectos de que se declare judicialmente la

² Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de agosto de 2012, expediente N° 11001-31-03-035-2006-00403-01, MP. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

responsabilidad que se endilga a las demandadas y con el pago a su favor de las sumas de dinero reclamadas.

Las consecuencias que sobre esos aspectos irradia el contrato, ni la favorecen ni la perjudican porque, se reitera, en virtud del principio de la relatividad del contrato, los efectos directos de aquel que sirve de sustento a las pretensiones, han de ser soportarlas exclusivamente por los contratantes porque la condiciones de acreedor o de deudor solo pueden hallarse en quienes consintieron vincularse jurídicamente.

Además, debe agregarse que la demandante no es causahabiente a título universal de quien como contratista participó en la celebración del contrato tantas veces referido, la señora Olga Isabel Arteaga Ramos, pues al proceso no concurrió como su heredera; tampoco es su causahabiente a título singular, porque no se lo ha cedido, ni operó la subrogación o alguna otra figura que permitiera tenerla por tal, o por lo menos circunstancias como esas no se plasmaron en el escrito con el que se dio inicio al proceso.

4.- Parece deducirse que la actora encuentra su derecho a invocar lo que al efecto pide, en la circunstancia de ser propietaria del Colegio Colombo Británico³, pero esa calidad no la legitima para ello porque esa institución educativa es un establecimiento de comercio, el que define el artículo 515 del Código de Comercio como *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”*. Se trata entonces de un bien, que no persona natural o jurídica, y por ende, no puede ejercer derechos ni contraer obligaciones. Por tal razón, no resultan acertados los hechos de la demanda que guardan relación con las obligaciones que contrajo ese establecimiento, su cumplimiento, la calidad de acreedor de las obligaciones cuyo pago se demanda y el ser representado por la actora.

Y aunque el artículo 525 del código citado dice que *“La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar los elementos que lo integran”*, de estos no hacen parte los derechos y obligaciones mercantiles que provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento, de conformidad con el numeral 7º del artículo 516 de la obra citada, porque en el contrato que celebró la señora Olga Isabel Arteaga Ramos con la unión temporal Proyectamos Colombia, constituida por las corporaciones demandadas, se pactó, en las cláusulas décima primera y décima segunda, que la primera no podía cederlo; tampoco subcontratar, de donde surge que el convenio se celebró en especial atención a la persona con quien se suscribió.

³ Hecho que demostró con el certificado de la Cámara de Comercio que obra a folio 43, del cuaderno principal.

CONCLUSIONES Y FALLO

De acuerdo con lo expuesto y como la demandante no está legitimada en la causa, se revocará el fallo impugnado y se negarán las súplicas de la demanda.

Se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en esta sede porque no aparecen causadas en razón que ni siquiera fue menester analizar los argumentos del impugnante, que ni siquiera los invocó en el curso del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, el 18 de abril de 2013, en el proceso ordinario promovido por María Alejandra Kenguan Arteaga contra la Corporación Empresarial Nace S.A. y la Corporación Educativa para la Tecnología y el Trabajo –Liceo Porvenir-. En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS
(con aclaración de voto)

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO
(con aclaración de voto)

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado: Edder Jimmy Sánchez Calambás

Ordinario No. 66001-31-03-003-2011-00112-01

Accionante: María Alejandra Kenguan Arteaga

Accionado: Corporación Empresarial Nace S.A. y otro

Pereira, veintitrés de abril de dos mil catorce

No obstante compartir la decisión que adoptó la Sala, con el mayor respeto hacia la Magistrada Ponente me permito disentir de un punto en concreto (4.- de las Consideraciones), relativo a que el contrato que celebró la señora Olga Isabel Arteaga Ramos con la Unión Temporal Proyectamos Colombia, constituida por las corporaciones demandadas, es un contrato *intuitu personae*, porque *“se pactó, en las cláusulas décima primera y décima segunda, que la primera no podía cederlo; tampoco subcontratar, de donde surge que el convenio se celebró en especial atención a la persona con quien se suscribió”*, y de allí concluir, al tenor del artículo 515 del Código de Comercio, que la demandante, actual propietaria del Colegio Colombo Británico, establecimiento de comercio, no tenga legitimación por pasiva, porque de la cesión no hacen parte los derechos y obligaciones mercantiles celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

La anterior argumentación, empero, no es del todo exacta, porque no es cierto que el solo hecho de convenir unas cláusulas que restringen la posibilidad de ceder el contrato o de subcontratar, pueda derivar automáticamente en esta especie de contrato—*intuitu personae*—porque dicha caracterización se determina siempre por la especial consideración de la persona con quien se obliga, a tal punto que una vez precisada la prestación personalísima no es posible cederlo, ni se les puede exigir a los causahabientes *mortis causa*

Cordialmente,

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Naturaleza: Ordinario
Expediente: 66001-31-03-003-2011-00112-01
Demandante: María Alejandra Kenguán Arteaga
Demandadas: Corporación Empresarial Nace S.A. y otro.
Magistrada: Claudia María Arcila Ríos

Como lo anuncié en las discusiones del proyecto, comparto la decisión final, en cuanto se advierte que la demandante no está legitimada en la causa, pero para arribar a esa conclusión bastaba lo dicho en los numerales 1 a 3 de las consideraciones. No era menester plantear la tesis del numeral 4 porque, de un lado, adhiero a que el contrato aducido en este proceso no se celebró en razón de la calidad de la persona de Isabel Arteaga, sino porque el Colegio Colombo Británico aparecía como una de las opciones inscritas para el desarrollo de la actividad escolar contratada.

Pero a ello quiero agregar que como María Alejandra Kenguán Arteaga promovió la demanda como si ella hubiera celebrado el contrato y no como cesionaria, no cabía analizar su calidad de propietaria del colegio Colombo Británico; y aun si se procediera a ello, señalé en la Sala, e insisto en ello, que su inscripción como comerciante data del mes de julio de 2007, es decir, en fecha muy posterior a los hechos que dieron origen al proceso. Esto es relevante, porque de Isabel Arteaga apenas sí se dijo en el contrato que era propietaria del Colegio, pero en el proceso no aparece ninguna prueba que así lo determine, con lo cual queda en el limbo de quién, cuándo y en qué condiciones pudo adquirir María Alejandra la propiedad del establecimiento de comercio. Por eso, reitero que bastaba, como se dijo en los tres primeros numerales, indicar que no se acreditó cesión alguna entre Isabel y María Alejandra que legitimara a esta para reclamar.

Dejo así plasmada mi aclaración.

Pereira, abril 25 de 2014

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Magistrado