

Señor Árbitro
Doctor Gustavo Zafra Roldán

Ref.: Trámite arbitral de PROMED QUIRURGICOS EU contra LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. – caso No. A-20220816/0870

Asunto: Alegatos de conclusión

JUAN FELIPE ORTIZ, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado de PROMED QUIRURGICOS EU (en adelante, el “Promed”), dentro de la oportunidad procesal correspondiente, me dirijo respetuosamente al Tribunal Arbitral para presentar escrito de ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los alegatos de conclusión contenidos en este escrito están asociados a los aspectos principales relevantes a la disputa y se presentan sin perjuicio de los argumentos expuestos en la Demanda Reformada, en la Reforma al Llamamiento en Garantía hecho a Seguros Generales Suramericana S.A., en las excepciones propuestas en la Contestación de la Demanda de Reconvención y en el descorre traslado de la Contestación a la Demanda Reformada por parte de Seguros Generales Suramericana S.A.

I. INTRODUCCIÓN

El conflicto objeto de la disputa surge con ocasión del Contrato de Compraventa suscrito el 8 de mayo de 2020 (en adelante, el Contrato), entre Promed y LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. (en adelante, “Logistics” o la “convocada”), cuyo objeto era la venta de 200.000 tapabocas con las características descritas en la cláusula Primera dicho negocio jurídico (en adelante, la “Mercancía” o los “tapabocas”) a cambio del pago de un precio en las condiciones convenidas.

En esencia, la controversia consiste en una serie de imputaciones recíprocas de incumplimiento entre Promed y Logistics. Por una parte, afirma Promed que Logistics incumplió el Contrato en tanto no entregó la Mercancía dentro de los plazos acordados, a pesar de haber entregado un anticipo por valor de \$652.000.000. Por otra parte, Logistics afirma que quien incumplió el Contrato fue Promed, pues considera que esta incumplió con el pago del segundo hito del precio equivalente al 10% del precio total, el cual en su criterio debió haber pagado el 26 de mayo de 2020.

En ese contexto, resulta oportuno comentar que es un hecho probado y no discutido entre las partes que Logistics no entregó los tapabocas a Promed en los plazos previstos en el Contrato, razón que motivó el planteamiento de pretensiones de incumplimiento aparejadas de una solicitud de restitución de lo entregado como anticipo y el cobro de la cláusula penal.

A su turno, Logistics justificó la no entrega de las Mercancías esencialmente en el supuesto incumplimiento de Promed en el pago del segundo hito del precio contenido en la Cláusula Segunda del Contrato, invocando las siguientes excepciones para enervar la pretensión de incumplimiento

elevada por Promed: (i) *"Primera. Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante"*; (ii) *"Segunda. Inexistencia de la obligación de cumplir por la parte Convocada"*; y (iii) *"Tercera. Inexistencia de incumplimiento contractual de la parte Convocada."* En consonancia con lo anterior, la convocada formuló Demanda de Reconvención donde procura la declaratoria de incumplimiento del Contrato consistente en el no pago del segundo hito del precio equivalente al 10% del precio pactado, el cumplimiento forzado del Contrato y el pago de la cláusula penal.

En línea con lo anterior, en la contestación a los hechos contenidos en la Demanda Reformada, Logistics sugiere una afectación en el cumplimiento de sus obligaciones por un fenómeno de fuerza mayor que asocia con la emisión por parte del INVIMA de una alerta sanitaria, la cual, invoca como justificación del incumplimiento en la entrega de las Mercancías. Este planteamiento es adoptado por Seguros Generales Suramericana S.A. (en adelante, "Suramericana") en la contestación de la Demanda Reformada, donde opone una excepción de fuerza mayor para contrarrestar la pretensión de incumplimiento elevada por Promed.

Conforme a lo indicado, el conflicto se subsume en determinar (i) si efectivamente el incumplimiento de Logistics (asociado a la no entrega de la Mercancía) está o no justificado en el invocado incumplimiento de Promed en el pago del segundo hito del precio (10%) que debió realizarse (según Logistics) el 26 de mayo de 2020, y ii) si efectivamente la no entrega de los tapabocas en los términos pactados está amparada por un evento de fuerza mayor relacionado con la alerta sanitaria emitida por el INVIMA.

En este contexto, como se expondrá en este documento y quedó demostrado a lo largo del proceso, no existió ninguna consideración de orden jurídico o fáctico que justificase el incumplimiento grave de Logistics de su obligación principal en el marco del Contrato. Para arribar a esta conclusión, y sin perjuicio de los razonamientos que se exponen a lo largo del presente documento, a continuación, se refieren las principales premisas que dan cuenta de que Promed no incumplió el Contrato en los términos propuestos por Logistics, y que no se configuró el fenómeno de la fuerza mayor respecto de las obligaciones incumplidas por la convocada:

- (i) Está demostrado en el proceso a través de las pruebas documentales y de las declaraciones de los involucrados en la formación y ejecución del Contrato, que Logistics tenía una obligación de entregar un total de 200.000 tapabocas, para lo cual debía entregar en las instalaciones de Promed un primer paquete de 100.000 unidades a más tardar 31 de mayo de 2020, y un segundo paquete de 100.000 unidades a más tardar el 7 de junio de 2020. Esta circunstancia es un hecho indiscutido por las partes.
- (ii) No existe controversia entre las partes que, llegado el 31 de mayo de 2020, Logistics no realizó la entrega de los primeros 100.000 tapabocas. Asimismo, está demostrado que, llegado el 7 de junio de 2020, la convocada no entregó los segundos 100.000 tapabocas.
- (iii) Quedó probado en el proceso, y es uno hecho indiscutido por las partes, que el 13 mayo de 2020, Promed entregó a Logistics un anticipo por la suma de \$652.000.000, el cual correspondió el primer hito pactado dentro de la Cláusula Segunda del Contrato.

- (iv) Está probado en el proceso, que el entendimiento de las partes respecto del surgimiento del segundo hito de pago del precio contenido en el ordinal (ii) de la Cláusula Segunda del Contrato estaba sujeto a la condición consistente en la notificación del embarque del total de las Mercancías la cual se acreditaría a través del “BL” o conocimiento de embarque. Dicho entendimiento quedó plasmado desde las tratativas previas que dieron lugar al Contrato, así como en comunicaciones durante su ejecución, y fue confirmado a través de la confesión del apoderado de Logistics contenida en los hechos de la Demanda de Reconvención y en especial en las pretensiones Segunda y Tercera.
- (v) Está confirmado que, para el 26 de mayo de 2020, Logistics no notificó a Promed del embarque de la totalidad de la Mercancía a través de la entrega del “BL” o conocimiento de embarque. Por el contrario, está probado que Logistics en un correo electrónico (Prueba Documental No. 1.8) de la referida fecha se limitó a simplemente señalar unos supuestos números de “guía” respecto del envío de los primeros 100.000 tapabocas, en el cual no era posible corroborar ninguna información sobre el embarque de los productos, su cantidad, su calidad, su fecha de arribo, así como tampoco ninguna información relevante que pudiera asemejarse a un “BL” o conocimiento de embarque.
- (vi) Sin perjuicio de lo anterior, quedó acreditado con la documentación exhibida el 2 de octubre de 2023 por Logistics que las supuestas “guías” referidas en el correo del 26 de mayo de 2020 no tenían ningún vínculo o relación con la convocada, en tanto se referían a la sociedad Invercomer Internacional Del Valle S.A.S. y al señor Carlos Buenaventura. De igual manera, dichos documentos no contenían información relevante sobre la calidad, cantidad y tipo de productos que eran objeto del transporte.
- (vii) Aún en gracia de discusión, también quedó demostrado a partir del propio correo del 26 de mayo de 2020 enviado por Logistics (Prueba Documental No. 1.8), que para esa fecha los segundos 100.000 tapabocas que eran objeto del Contrato no habían sido embarcados por Logistics, por lo que la condición para el surgimiento de la obligación de pago del segundo hito del precio por parte de Promed no se había materializado.
- (viii) Por lo indicado en los numerales anteriores, se puede afirmar sin ambages que para el 26 de mayo de 2020 no había surgido ni nacido a la vida jurídica la obligación de Promed de pagar el segundo hito del precio, razón por la cual, dicha obligación no era exigible ni puede reputarse incumplida.
- (ix) Además de lo anterior, quedó evidenciado que la razón por la que Logistics no entregó las Mercancías en el plazo pactado no estuvo relacionada con la invocada falta de pago del segundo hito del precio.
- (x) Por lo tanto, la primera y casi única justificación de Logistics para haberse sustraído del cumplimiento de su obligación de resulta infundada, pues Promed no incumplió su obligación de pagar el segundo hito del precio.

- (xi) Con relación al segundo planteamiento de defensa de Logistics relacionado con la ocurrencia de fuerza mayor, quedó comprobado que no se configuraron ninguno de los elementos que dan lugar a su materialización.
- (a) La alerta sanitaria no hizo de imposible cumplimiento la entrega de la Mercancía, pues se trataba de una obligación de género sobre bienes fungibles, lo cual fue expresamente reconocido y afirmado por Logistics. Adicionalmente, tanto el representante legal como los funcionarios de Logistics que declararon en el proceso, manifestaron de forma categórica que tenían importaciones constantes y que tenían tapabocas en inventario, por lo que no puede afirmarse que era imposible entregar las Mercancías. Ello, sin mencionar que la convocada no allegó ni una sola prueba para demostrar que le era imposible conseguir tapabocas de las características contratadas en el mercado colombiano para la fecha de entrega pactada.
- (b) Las alertas sanitarias durante la pandemia fueron comunes y por tanto no pueden reportarse como imprevisibles, al punto que el funcionario de la convocada afirmó que durante la pandemia por Covid-19 hubo más de 17 alertas sanitarias.
- (c) No existe prueba alguna en el expediente que dé cuenta que efectivamente los registros sanitarios de los tapabocas que supuestamente tenía Logistics hubiesen sido cancelados como se afirma en la contestación a la Demanda Reformada.
- (d) Quedó demostrado que el incumplimiento de Logistics no se derivó de la alerta sanitaria emitida por el INVIMA, sino por problemas asociados a la logística de transporte internacional, lo cual fue un riesgo asumido directamente y a conciencia por la convocada, y que descarta que tal circunstancia hubiese sido un evento externo a su control.
- (e) La convocada no ofreció prueba alguna de la irresistibilidad que el supuesto evento de fuerza mayor representada de cara al cumplimiento de su obligación de entregar 200.000 tapabocas (de género) en las instalaciones de Promed.
- (xii) Quedó acreditado que Logistics terminó de manera irregular, arbitraria y sin justa causa el Contrato, pues este no previó la facultad para las partes de terminarlo sin intervención judicial. A ello se suma que la terminación careció de justa causa, en tanto el verdadero incumplido fue Logistics.
- (xiii) Está probado que ante la terminación irregular del Contrato por parte de Logistics y su incumplimiento grave de la principal obligación a su cargo, el cumplimiento forzado del Contrato procurado en la pretensión Séptima de la Demanda de Reconversión está llamado al fracaso. No existe ninguna justificación ni jurídica ni práctica para dar cumplimiento forzado a un contrato terminado cuya finalidad y causa están frustradas por el paso del tiempo.
- (xiv) Quedó verificado en el curso del proceso y con base en las pruebas, que la reclamación formal ante Suramericana con ocasión de la póliza de cumplimiento y de buen manejo del anticipo expedida por dicha aseguradora se formalizó el 2 de septiembre de 2020, fecha a partir de la cual se interrumpió la prescripción de las acciones en virtud del artículo 94 del CGP. Como

consecuencia de lo anterior, la excepción de prescripción elevada por Suramericana está llamada al fracaso, pues la demanda fue presentada en tiempo.

- (xv) A partir de las pruebas documentales y de la declaración del representante legal de Suramericana, está acreditado que dicha aseguradora conoció el texto del Contrato y las condiciones económicas de esta, por lo que su postura de desconocer el amparo de buen manejo del anticipo para aludir su responsabilidad es violatorio del principio de buena fe, del derecho de los consumidores financieros y de la confianza legítima de Promed. Resulta reprochable que la aseguradora emita la póliza y perciba la prima, pero al momento de responder evada la cobertura de buen manejo del anticipo.

Con fundamento en esta síntesis de los ejes centrales de la discusión, y con base en los razonamientos expuestos a lo largo del presente escrito, el Tribunal Arbitral podrá descartar la justificación de Logistics para sustraerse de sus obligaciones y dar paso a las pretensiones de la Demanda Reformada de Promed, la cual simplemente procura el resarcimiento de un cuantioso perjuicio.

Finalmente, debemos recordar que a la fecha mi representada desembolsó la suma de \$652.000.000 sin recibir ni un solo tapabocas a cambio. Por el contrario, Logistics además de haber recibido la referida suma de dinero, confesó haber vendido los tapabocas que eran objeto del Contrato, lo que le deja en una situación de ventaja absolutamente injustificada, que amerita la intervención del juez de Contrato.

II. PETICIONES

PRIMERA: DECLARAR la prosperidad de las pretensiones propuestas en la Demanda Reformada y en el Llamamiento en Garantía.

SEGUNDA: DECLARAR probadas las excepciones propuestas en la contestación a la Demanda de Reconvención y cualquier otra que se encuentre probada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 282 del CGP.

TERCERA: DENEGAR las pretensiones propuestas en la Demanda de Reconvención y **DENEGAR** las excepciones propuestas por Logistics y Suramericana en la contestación a la Demanda Reformada y al Llamamiento en Garantía.

CUARTA: En concordancia con lo anterior, **CONDENAR** en costas a la parte convocada y a la llamada en garantía.

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA, AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REFORMADO Y A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. Descripción y alcance de las obligaciones de las partes en el marco del contrato

Para efectos de abordar el conflicto sometido a decisión del Tribunal Arbitral es importante identificar el alcance y contenido de las obligaciones en cabeza de cada una de ellas y los términos en que debían ser cumplidas, para poder corroborar que en efecto Logistics es un contratante incumplido, cuya inexecución total del Contrato fue totalmente injustificada.

1.1. Naturaleza del Contrato

Como cuestión preliminar al estudio de los puntos centrales de la disputa, resulta menester tener como eje central la naturaleza del Contrato, lo cual servirá como punto de partida para identificar los incumplimientos contractuales en los que incurrió la sociedad convocada.

Tras revisar el objeto contractual, y de una simple lectura de las obligaciones de las partes, se puede apreciar que estamos en presencia de un típico contrato de compraventa, donde la demandada se obligó a transferir el dominio de una cosa –tapabocas– mientras que Promed, en contraprestación, se obligó a pagar su precio en dinero. De esta manera, se advierte que el negocio jurídico materia de la disputa responde a un típico contrato de compraventa, en los términos del artículo 905 del Código de Comercio, que dispone lo siguiente: *“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. (...)”*

En ese contexto, es preciso adentrarse en el alcance y contenido de las obligaciones de cada una de las partes, para determinar en qué términos debían cumplirse la obligación de transferencia del dominio sobre los Tapabocas y el pago del precio, para de esta manera identificar los graves incumplimientos en que incurrió Logistics.

1.2. Obligaciones de Promed – Alcance y naturaleza

A efectos de lo anterior, es procedente acudir a lo acordado en el Contrato de cara a las obligaciones que se encontraban en cabeza de mi representada, principalmente las relativas al pago de la Mercancía. Para esto, conviene referirnos a la Cláusula Segunda del Contrato, la cual dispone:

“SEGUNDA – PRECIO Y FORMA DE PAGO: Las Partes acuerdan que el precio total de venta del presente Contrato de cada uno de los Tapabocas objeto del presente Contrato, es de ocho mil ciento cincuenta pesos mcte. (COP\$8.150) por unidad (en adelante el “Precio Unitario”), por el valor total máximo a pagar por parte del COMPRADOR a favor del VENDEDOR por los Tapabocas objeto del presente Contrato es de mil seiscientos millones de pesos mcte. (COP\$1.630.000.000) (en adelante el “Precio Total”).

*El Precio Total por los Tapabocas será pagado por el COMPRADOR al VENDEDOR en tres pagos, de la siguiente forma: (i) Un primer pago equivalente al 40% del Precio Total dentro de los 5 días siguientes **a la suscripción del presente Contrato** y previa verificación de la emisión de las garantías establecidas en la Cláusula Quinta del presente contrato, (ii) Un segundo pago equivalente al 10% del Precio Total **al momento del embarque**, y un pago final equivalente al 50% restante **al momento de la entrega física de los Tapabocas junto***

con la documentación y certificaciones originales enunciadas en el Objeto del Contrato.
(...).”

Con respecto al referido apartado contractual, se denota que en cabeza de Promed se encontraba la obligación de pago del precio, cuya forma de pago estaba supeditada a 3 condiciones y supuestos de hecho precisos, cuya materialización activaba la exigibilidad de cada uno de los hitos: (i) Por un lado, el 40% del valor total, a modo de anticipo, dentro de los 5 días siguientes a la firma del acuerdo contractual; (ii) el 10% del valor total, al momento de la notificación del embarque de la Mercancía lo cual se acreditaría con el “BL”, como se entrará a exponer en los puntos subsiguientes–; y (iii) el 50% restante del valor total, al momento de la entrega física efectiva de la Mercancía, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Tercera, que se entrará a analizar en el siguiente punto.

En virtud de lo anterior, entendiendo la naturaleza propia del contrato de compraventa, son claras las obligaciones que se encontraban en cabeza de Promed, y que darán paso al análisis que se realizará en los presentes alegatos, de las cuales se destaca que se caracterizaron por ser obligaciones sujetas a 3 condiciones distintas, las cuales, una vez cumplidas, activarían la obligación de pagar los distintos instalamentos del precio.

1.3. Obligaciones de Logistics – Alcance y naturaleza

En un segundo momento, es preciso acudir a la Cláusula Tercera, de cara a las obligaciones que se encontraban en cabeza del extremo demandado en virtud del Contrato, con respecto a la entrega de la Mercancía:

“TERCERA – ENTREGA DE LOS TAPABOCAS: el VENDEDOR se compromete a entregar los Tapabocas al COMPRADOR en la ciudad de Bogotá D.C. (Bogotá D.C.) en dos entregas, una inicial por cien mil (100.000) unidades entre los primeros 13 y 18 días calendario siguientes a la fecha del primer pago del 40% del precio total, y una segunda y última entrega por las cien mil (100.000) Unidades restantes una semana después de la primera entrega. Cualquier retraso ajeno a la voluntad del VENDEDOR será comunicado inmediatamente al COMPRADOR”

Fíjese entonces que, en concordancia con la naturaleza de los contratos de compraventa, en cabeza del vendedor –Logistics– se encontraba la obligación de transferencia del dominio sobre la Mercancía y la entrega (i) de las primeras 100.000 unidades entre los 13 y 18 días calendario siguientes a la fecha del pago del anticipo (40% del precio) a que hacía referencia la Cláusula Segunda del Contrato y; (ii) las 100.000 unidades restantes una semana después de la primera entrega, supuestos de hecho acordados por las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, esto es, la naturaleza y el alcance de las obligaciones de las partes, es pertinente entrar a analizar el incumplimiento acreditado en el transcurso del proceso, el cual será el eje central de los presentes alegatos.

2. Incumplimiento de Logistics de la obligación de entrega de los productos objeto de la venta en el marco del Contrato dentro de las fechas y/o condiciones allí convenidas

Teniendo en consideración el alcance de las obligaciones de las partes de cara al Contrato, específicamente las que se encontraban en cabeza de Logistics, aunado con los fundamentos fácticos y probatorios presentados a lo largo del trámite arbitral, resulta preciso determinar que efectivamente existió un incumplimiento por parte del extremo demandado con respecto a su obligación de entrega de la cosa, esto es, los tapabocas, lo cual es un hecho incontrovertido en el proceso.

Pues bien, en aras de poder fundar la mencionada conclusión, es necesario ahondar en cada una de las obligaciones para así dar paso a los fundamentos fácticos y jurídicos que reafirman el acaecimiento del incumplimiento:

2.1. La obligación de entrega estaba sometida a la condición de que se pagara el anticipo y posteriormente a un plazo cierto

Sobre este particular, se advierte que las obligaciones de entrega de Logistics estaban sujetas a la combinación de una condición (el pago del anticipo) y a dos plazos, cuyo cómputo iniciaría con el cumplimiento de tal condición. Así, vale la pena comentar que, una vez cumplida la condición asociada al pago del anticipo, la obligación que se encontraba en cabeza de Logistics de entrega estaba supeditada a un plazo cierto –13 a 18 días calendario siguientes a la fecha del primer pago la primera entrega, y una semana después, la segunda entrega–, entendiendo esto como un hecho completamente objetivo que, como ya ha sido expuesto, no ocurrió (la entrega).

Así, como quedó probado en el proceso y quedará ampliamente explicado en líneas posteriores, el plazo de 13 a 18 días para la entrega de las primeras 100.000 unidades inició su cómputo el día 13 de mayo de 2020¹, por lo que el plazo máximo para el cumplimiento de esta obligación era el 31 de mayo de 2020². En esa misma línea, las 100.000 unidades restantes debían ser entregadas a más tardar el 7 de junio de 2020, es decir, una semana después del vencimiento del primer plazo. **Sobre este particular, es pertinente destacar que existe consenso entre las partes sobre el hecho de que efectivamente Logistics no entregó los Tapabocas objeto del Contrato en el plazo estipulado.**

Para abordar lo indicado, conviene destacar que, tratándose de obligaciones sujetas a plazo, el deudor incumple e incurre en mora “*Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado*”, tal y como lo señala el artículo 1608 del Código Civil en su numeral 1º.

En este punto, es relevante mencionar lo que la Corte Suprema de Justicia ha proferido con respecto a las obligaciones de plazo y a sus elementos fundamentales, específicamente con respecto al momento en que se entienden incumplidas las mismas, veamos:

¹ Ver Pruebas Documentales 1.3, 1.4. y 1.5 de la Demanda Principal Reformada y correos del 13 de mayo de 2020, aportados dentro del traslado de las excepciones de mérito de la demanda inicial.

² Ver correo electrónico del 29 de mayo de 2020 enviado por Juan Pablo Buenaventura a Promed – Prueba documental aportada con la contestación a la Demanda de Reconvención: “(...) Dando alcance a su correo, inicialmente queremos precisar y aclarar los tiempos, ya que somos muy enfáticos con estos, y para el caso que nos incumbe, la promesa de servicio fue, realizar una primera entrega entre los 13 y 18 días calendario siguientes a la fecha del recibo del anticipo, y una segunda entrega, siete días después, lo que cronológicamente, y teniendo en cuenta que la última transferencia para el total del primer anticipo, se realizó el pasado 13 de mayo, **se estarían cumpliendo el próximo 31 de Mayo.** (..)” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

“La obligación a plazo se identifica exclusivamente con el tiempo y, es fijado por la Ley, acuerdo de voluntades o, disposición judicial. (...) Una vez llegada la hora, día, mes o año, nace, por ese solo hecho, el deber del deudor de honrar la obligación y, si así no procede, el acreedor está plenamente habilitado para exigir su cumplimiento por vía compulsiva. (...) Ahora, antes de esa temporalidad definida y, siempre que no se haya renunciado a ésta, la obligación no se puede reclamar y, si el deudor, en todo caso, lo hace anticipadamente, no habrá lugar a restituirle lo que dio, salvo en las obligaciones condicionales.”

Se hace referencia al apartado jurisprudencial para hacer notar que, aunque resulta palmario, al momento de fenecer el plazo, se configura automáticamente el incumplimiento, aspecto que ya fue confesado por el extremo demandado a lo largo del proceso. Para denotar esto, me permito hacer referencia a la relación de los hechos esgrimidos en la Demanda Reformada, específicamente en el Hecho 24, el cual se afirmó que:

“El 1° de junio de 2020, Logistics confirmó que las guías con la entrega de las primeras cien mil unidades ya se encuentran en la ciudad de Bogotá, las mismas serían trasladadas a la bodega de la compañía en la zona franca de Palmaseca – Valle del Cauca y una vez aprobado el registro de importación por parte del Invima, se procedería con el trámite de nacionalización. (Véase Prueba Documental No. 1.10.)”

En la contestación a la Demanda Reformada, el extremo demandado se pronunció manifestando lo siguiente:

*“**Es cierto**, el 01 de junio de 2020, la Convocada le informó a la Convocante que las primeras cien mil unidades se encontraban en Bogotá para traslado y registro de importación a la zona franca de Palmaseca, **para posterior entrega a las instalaciones a la Convocante**, y las siguientes cien mil unidades se estarían entregando la semana siguiente (...)”*

Véase entonces que con este simple allanamiento al hecho 24 se confesó el incumplimiento, en cuanto el plazo cierto y pactado contractualmente feneció el 31 de mayo de 2020, y estos alegaron que para el 1° de junio de 2020 apenas iniciarían trámites de “*traslado y registro de importación en la zona franca de Palmaseca [ubicada en la ciudad de Cali], para posterior entrega en las instalaciones a la Convocante*”, es decir que, ni por asomo la convocada estuvo cerca ni allanada a cumplir con la primera entrega.

Adicional a lo anterior, al remitirnos a la Demanda de Reconvención elevada por el extremo demandado, se advierte en el hecho 9 una reafirmación de la confesión del incumplimiento, en virtud de la siguiente manifestación:

*“El 01 de junio de 2020 la Demandante de Reconvención envió un correo electrónico a la Demandada Reconvénida en donde le indica que la primer entrega tenía como fecha para efectuar hasta el 31 de mayo de 2020, y el 06 de junio de 2020, semana para la segunda entrega de los tapabocas, **ya mi representada se encontraba culminando los trámites para hacer la entrega de la totalidad de los tapabocas, que conllevó más tiempo del***

***inicialmente acordado**, por la circunstancia de fuerza mayor indicada en párrafos precedentes, consistentes en la orden de autoridad competente.”*

Sin perjuicio del argumento referente a la presunta fuerza mayor, que será analizada en los puntos subsiguientes, es más que evidente que Logistics sí incurrió en un incumplimiento de su obligación de entrega.

2.2. Esencialidad del plazo

En línea con lo expuesto, resulta fundamental hacer especial énfasis en la obligación de entrega por parte de Logistics dentro del plazo que fue establecido en la mencionada cláusula, entendiendo que a lo largo del desarrollo del presente trámite arbitral, el extremo demandado ha restado importancia a este aspecto en diversas ocasiones, tratando de argüir una inexistencia de responsabilidad por una presunta fuerza mayor, además de un preaviso de su incumplimiento como eximente de responsabilidad, aspecto que no posee asidero jurídico alguno.

Por lo tanto, no resulta excesivo hacer un análisis a profundidad del plazo de la obligación como factor fundamental para Promed, para así, aunado a lo anterior, recalcar que se configuró un incumplimiento grave de las obligaciones por parte de Logistics.

Como punto de inicio, sin ánimo de caer en un tono reiterativo, es menester acudir a las tratativas previas que dieron lugar al Contrato, de donde se aprecia sin ninguna dificultad que uno de los elementos centrales que motivaron a Promed a la contratación era el tiempo de entrega. De hecho, en las comunicaciones epistolares intercambiadas, y en especial en la oferta remitida por quienes representaban los intereses de Logistics, se lee sin mayor esfuerzo un compromiso cierto de entrega de las Mercancías en el tiempo estipulado (ver correo electrónico del 3 de mayo de 2020, remitido por Oscar Gómez Cardona a Promed – Prueba documental aportada con la contestación de la Demanda de Reconvención):

Documentos Promed Quirurgicos	
<p>Oscar Gomez Cardona <oscargo570@hotmail.com> Para: Rafael Avila <rafaelavila@promed-quirurgicos.com> CC: Harold Lozano <hlozano0517@gmail.com>, "smart7406@yahoo.com.co" <smart7406@</p>	
<p>Hola Rafael, adjunto documentación para su revisión.</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • contrato (borrador) • ficha técnica KN95 • cámara y comercio Logistics Solutions 	
MASCARILLA KN95 5 CAPAS - FDA CE	
OPCION 1	\$ 8.500
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	100.000
SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE
TIEMPO DE ENTREGA	13 A 15 DIAS
NACIONALIZADO	SI
POLIZA DE CUMPLIMIENTO	SI
OPCION 2	\$ 8.150
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	200.000

SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE
TIEMPO DE ENTREGA	13 A 15 DIAS
NACIONALIZADO	SI
POLIZA DE CUMPLIMIENTO	SI
OPCION 3	\$ 7.900
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	300.000 a 599.999
SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE
TIEMPO DE ENTREGA	13 A 15 DIAS
NACIONALIZADO	SI
POLIZA DE CUMPLIMIENTO	SI

Con ocasión de lo anterior, y en el marco de las tratativas previas, mediante correo electrónico del 4 de mayo de 2023 (aportado con la contestación a la Demanda Reformada – Ver pág. 49), el representante legal de Promed destacó como cuestión especial que “necesitaban las unidades cuanto antes!”, lo que es una clara muestra de la esencialidad del plazo para Promed:



Lo anterior quedó finalmente reflejado en la Cláusula Tercera del Contrato, con respecto a la obligación de entrega **en los términos acordados** por las partes:

“TERCERA – ENTREGA DE LOS TAPABOCAS: *el VENDEDOR se compromete a entregar los Tapabocas al COMPRADOR en la ciudad de Bogotá D.C. (Bogotá D.C.) en dos entregas, una inicial por cien mil (100.000) unidades entre los primeros 13 y 18 días calendario siguientes a la fecha del primer pago del 40% del precio total, y una segunda y última entrega por las cien mil (100.000) Unidades restantes una semana después de la primera entrega. Cualquier retraso ajeno a la voluntad del VENDEDOR será comunicado inmediatamente al COMPRADOR”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Fíjese entonces que, desde un inicio, sin tener que acudir a lo que se encontró probado dentro del presente proceso, ya existía una obligación clara en cabeza de Logistics que se encontraba ligada con el plazo, la cual fue incumplida según los fundamentos fácticos y probatorios que se han expuesto por el suscrito a lo largo del trámite arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, también vale la pena hacer mención a los testimonios y declaraciones practicadas en el proceso, entendiéndose que en estos se denota la importancia que se le imprimió al término de la entrega, que sirve como fundamento para haber acordado el referido plazo.

Por su parte, Rafael Ávila, representante legal de Promed y quien firmó el Contrato, expuso lo siguiente:

“(...) nos pareció una muy buena oferta con respecto al tiempo de entrega y por esa razón fue que gestionamos el negocio (...) era muy importante el tiempo, el gap de tiempo porque, como usted lo enuncia, habían muchas dificultades alrededor del mundo y ellos garantizaron la entrega de ese producto, así razón por la cual pues el precio se hacía atractivo,

independiente de que fuera muy caro porque, a la fecha o antes de la pandemia, quiero ponerles como connotación que un tapabocas de ese calibre, de esas características técnicas, podía costar cerca de 750, 900 pesos colombianos, a ese momento, antes de la pandemia, y durante la pandemia empezamos a entender que habían precios que oscilaban entre los 9500 y los 18000 pesos para esos tapabocas de características, que estamos hablando de más de 1400 por ciento de diferencias, cosa que no son normales en ningún mercado y que la pandemia hizo posible este tipo de situaciones ”

De igual forma, Giovanni Valencia, quien funge como director nacional de aseguramiento de Promed y estuvo inmerso en el proceso de negociación con Logistics, precisó lo siguiente:

“(…) para nosotros se hará super importante como les comenté hace un momento tener los tapabocas lo antes posible porque obviamente al mercado estaban llegando muchos tapabocas y los precios tendían a bajar, lo cual para nosotros era supremamente importante tenerlos con tiempo de anterioridad y adicional a que existía el compromiso con una compañía que no los había solicitado y requerido entonces tal vez esa era la urgencia de tenerlos en los tiempos que se había negociado con la compañía Logistics por parte de Promed”

También es menester hacer mención a la necesidad de cumplir con un negocio jurídico alterno con la sociedad MEDCORE, como bien fue afirmado por el testigo Giovanni Valencia, y se constata con la orden de compra No. 502, del **1 de junio de 2020**, aportada en la reforma de la demanda inicial, veamos:

NIT-900.660.468-9 REGIMEN COMUN
ELEMENTOS MEDICOS ESPECIALIZADOS

MEDCORE
SOLUCIONES PARA LA SALUD

FACTURAR A:	MEDCORE S.A.S. 900.660.468 CARRERA 70G No. 127 - 31 8052712 BOGOTA - COLOMBIA	ORDEN DE COMPRA
		502
		1 de junio de 2020

ORDEN DE COMPRA PARA:	PROMED QUIRURGICOS 900.26143 2 CRA 67 43 17 22 14 599 BOGOTA - COLOMBIA	ENTREGAR EN:	MEDCORE S.A.S. ATN: MANUEL ESPITIA CARRERA 70G No. 127 - 31 7219639 BOGOTA - COLOMBIA
-----------------------	---	--------------	---

TERMINOS: _____ PEDIDO POR: MANUEL ESPITIA

ENVIO: _____ NOTA: _____

ITEM	DESCRIPCION	QTY	COSTO UND	IVA	TOTAL
	TAPABOCAS 5 CAPAS CON ELASTICO	175000	11.900	0%	2.082.500.000

Para ratificar lo anterior, y en especial la conciencia que tenía Logistics sobre la importancia del plazo, vale la pena acudir al testimonio del funcionario de dicha compañía Giancarlo Ferrari, quien con solvencia explicó la forma como determinaron los plazos de entrega, para ratificar que era notoria la relevancia que este asunto tenía a efectos del Contrato. Veamos:

“00:43:42 El compromiso era entregarlo después del perfeccionamiento del pago del anticipo, es decir, al día siguiente, eso daría hasta el 31 de mayo, donde estaría cumplido si se dan los términos perfectos de la logística, que serían los 18 días, teniendo en cuenta estos 5 día de margen de error”

Fíjese entonces que, sin perjuicio de que la fecha de la entrega constituía una obligación contractual expresa y acordada por ambas partes, esta era un elemento fundamental y determinante al momento de la contratación, sin el cual nunca se hubiera concretado siquiera el negocio, por lo que su incumplimiento reviste una condición de gravedad en tanto impacta la causa misma del negocio jurídico en cuestión.

2.3. La obligación de entrega no estaba condicionada al pago

De igual forma, es preciso comentar que el extremo demandado infructuosamente ha intentado justificar la no entrega de la Mercancía en la supuesta falta de pago del segundo y tercero hito del precio.

Conforme a lo pactado en el contrato, y aunado con lo que se encontró probado en el proceso, es claro que la obligación de entrega no estaba condicionada al pago por parte de Promed, como convenientemente lo pretende denotar el extremo demandado, entendiendo que existía un plazo cierto en el cual era el límite para el cumplimiento de la entrega de la Mercancía, aspecto que claramente no ocurrió.

Lo más crítico del alcance que procura otorgar Logistics a sus obligaciones es que pretende justificar su incumplimiento en un pago cuya condición jamás se activó por la falta de notificación formal del embarque del 100% de la Mercancía (200.000 unidades de tapabocas), pero más grave aún, pretende escudarse en que Promed no le pagó el 100% del precio de las primeras 100.000 unidades para su entrega, lo cual sin duda habría variado dramáticamente los términos y condiciones pactados. Resulta censurable que el 8 de junio de 2020, como consta en el correo aportado como Prueba Documental 1.14 de la Demanda Principal Reformada, Logistics hubiese exigido a Promed el pago total del precio de 100.000 unidades para su entrega, cuando en la Cláusula Tercera del Contrato se acordó que el pago sería contra entrega y no previo a la entrega.

Por esto, es pertinente afirmar que no encuentra asidero jurídico alguno que Logistics pretenda alegar un incumplimiento por parte de Promed cuando se tiene por probado que no se entregó ni siquiera un solo tapabocas, aun cuando estos tenían la certeza de que su obligación se encontraba supeditada a un plazo cierto, como bien lo afirmó el representante legal del demandado, teniendo como fecha límite del 31 de mayo de 2020 para siquiera la primera entrega de la Mercancía.

De hecho, resulta reprochable que la convocada hoy pretende ampararse en un supuesto no pago del 10% y del 50% del precio para justificar su incumplimiento, cuando en correos del 1º y 6 de junio de 2020 (Prueba Documental 1.10 de la Demanda Reformada) admitió que los tapabocas no habían sido entregados y jamás mencionó que la no entrega obedecía a una falta de pago. Por el contrario, en una posición vacilante para sortear su incumplimiento, en correo del 7 de junio de 2020 pretende imponer a Promed la recepción de una cantidad menor a la acordada (50.000) sujeto a la condición de pagar totalmente el precio. Veamos (Prueba Documental 1.10 de la Demanda Inicial):

El lun., 1 de junio de 2020 3:28 p. m., Angie Vanessa Gil <inside01@lsaci.com> escribió:

Buena tarde estimado señor Rafael
 Reciba un cordial saludo
 Confirmamos que las guías con la entrega de las primeras 100 mil unidades se encuentran en Bogota, procederemos a trasladar a nuestra bodega en zona franca de palmaseca , donde una vez el registro de importación quede aprobado con el visto Bueno del invima, procedemos a nacionalizar para su posterior envío a sus instalaciones

Las guías con la segunda entrega de 100 mil unidades estan arribando al pais en el transcurso de esta semana, les dejaremos saber avances

[¡En Logistics Solutions movemos el mundo para que tus negocios sigan abriendo fronteras!](#)

Atentamente – Best Regards,

El sáb., 6 de junio de 2020 11:15 a. m., Juan Buenaventura <jbuenaventura@lsaci.com> escribió:

Buenos días Sr. Rafael, confirmamos que ya la catidad de 200.000 unidades estan en colombia, esperamos que esta semana quede solucionado el nuevo registro de importacion que ya lleva varios dias radicado, procederemos a nacionalizar para su posterior entrega.

El dia de ayer hicimos una propuesta de mercancia que tenemos a disposicion de otras importaciones, pero no recibimos respuesta por parte de Promed, igualmente se le paso la informacion a nuestro equipo comercial que contara con esta mercancia, si es de su interes para el dia Lunes por favor nos deja saber verificamos inventario y podriamos enviar las unidades disponibles.

Muchas gracias por su atencion.

Saludos cordiales.

Juan Pablo Buenaventura C.

2.4. La obligación de entregar bienes fungibles: Definición, implicaciones en obligación de dar en este tipo de bienes, inaplicación de teoría del riesgo, causa extraña no excusa el incumplimiento

A lo largo del trámite arbitral, el extremo demandado infructuosamente ha tratado de excusar su incumplimiento en la entrega dentro del plazo estipulado alegando eventos de fuerza mayor, o planteamiento que informó de los retrasos en la logística para el envío de la Mercancía, aspectos que serán controvertidos en los puntos subsiguientes, pero que exigen hacer un nuevo análisis de la obligación de entrega en cabeza de Logistics.

Pues bien, al acudir a la Cláusula Primera del Contrato, se muestra que esta exponía el objeto del Contrato, estipulando que:

PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: Bajo el presente contrato de compraventa, el VENDEDOR se compromete a venderle al COMPRADOR, y este último se comprometa a comprarle del VENDEDOR, doscientas mil (200.000) UNIDADES IMPORTADAS DE MASCARILLAS KN95 DE 3 CAPAS CON OREJERAS ELÁSTICAS, AJUSTE/PUENTE NASAL, CON CERTIFICADOS FDA Y CE DOCUMENTADOS, y visto bueno del INVIMA para uso industrial (NO MÉDICO U HOSPITARIO) en adelante los “Tapabocas”.

Con base en la citada cláusula se advierte que Logistics tenía una obligación de género, entendiendo que no se obligó a la entrega de ciertas y determinadas mercaderías, sino que su obligación se satisfacía con la entrega de unos tapabocas que cumplieran con las especificaciones técnicas pactadas.

Por esto, es preciso remitirnos al Código Civil, el cual regula y determina las obligaciones de género en los artículos 1565 y subsiguientes:

*“ARTÍCULO 1565. <DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES DE GÉNERO>. Obligaciones de género son aquellas en que **se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado.**”*

*“ARTÍCULO 1566. <CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO>. En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, **entregando cualquier individuo del género,** con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.”*

*“ARTÍCULO 1567. <PÉRDIDAS DE COSAS DEBIDAS POR OBLIGACIÓN DE GÉNERO>. **La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación,** y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe.”*

Esto igualmente es reafirmado por el mismo extremo demandado en el memorial de fecha 6 de septiembre de 2023 que obra en el expediente, donde afirmó lo siguiente:

II.- Sea pertinente indicar que los bienes objeto del contrato de compraventa objeto del presente proceso corresponden a los que la ley (Artículo 663 del Código Civil) considera como fungibles (reemplazables distintas a las de cuerpo cierto).

Por tal motivo la obligación de mi representada, la Convocada, de haber nacido a la vida jurídica, era entregar unos tapabocas bajo unas condiciones previamente acordadas, no hacer la entrega de unos tapabocas en particular, y como, se reitera, el Convocante no cumplió con el segundo pago, que era el requisito para la entrega de los tapabocas, nunca la Convocada tuvo la obligación de ponerlos a disposición de la Convocante.

Frente al término “fungibles”, utilizado por Logistics, conviene acudir a las palabras del doctrinante Fernando Arias García, quien define este tipo de bienes como “*aquellos que se hacen sustituibles*”

por sus calidades, v.g. Una silla sin ninguna particularidad excepcional es sustituible por otra de su mismo género y calidad y a pesar de ello no es bien consumible”³.

Nótese entonces que Logistics tenía que haber entregado la Mercancía en el plazo determinado, sin que el retraso o la alerta sanitaria fuera eximente alguno de responsabilidad por su incumplimiento, entendiendo que los tapabocas **NO ERAN UN CUERPO CIERTO**.

3. Consideraciones sobre la ausencia de incumplimiento por parte de Promed que justifique la no entrega de los productos – Fracaso de la excepción de contrato no cumplido y de las pretensiones de la Demanda de Reconversión

Logistics planteó dentro de la contestación a la Demanda Reformada que se había abstenido de cumplir con su obligación en la entrega de la Mercancía objeto del Contrato, en razón a un presunto incumplimiento previo por parte de Promed en el pago correspondiente al 10% del precio total del Contrato, cuya causación dependía del embarque de la mercancía.

Sin embargo, como quedó demostrado dentro del proceso y, en particular en la práctica de pruebas documentales y testimoniales, Logistics nunca informó a Promed del embarque de la totalidad de la mercancía, y mucho menos lo hizo de la manera en la que las partes acordaron que se debía realizarse, es decir, a través de la notificación del BL o conocimiento de embarque.

Por lo anterior, Logistics no podía haberse excusado en el no pago del 10% del precio total del contrato, ni utilizar tal situación para justificar la no entrega de la Mercancía en la forma acordada, esto es, una primera entrega de 100.000 tapabocas el 31 de mayo de 2020, y una segunda entrega máximo el 7 de junio de 2020. En ese sentido, Logistics es responsable por el incumplimiento en la entrega de la Mercancía.

3.1. Marco jurídico y conceptual de la excepción de contrato no cumplido y carga de la prueba

El Código Civil en su artículo 1609 estableció que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. De ello deriva la regla en la cual solo el contratante cumplido puede reclamar del otro bien sea el cumplimiento forzado de las obligaciones que adquirió o la indemnización de perjuicios que le haya podido causar por su incumplimiento.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado indicando que efectivamente, de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, únicamente quien ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones de conformidad con el contrato, está en facultad de interponer una acción por incumplimiento, veamos:

“El artículo 1546 del Código Civil se ocupa exclusivamente de regular el incumplimiento unilateral de los contratos bilaterales, es del caso precisar que con ese alcance del precepto, es que debe entenderse la abundante jurisprudencia elaborada en torno de las acciones alternativas consagradas en él, particularmente, que su ejercicio únicamente le corresponde

³ García Arias, Fernando. Bienes Civiles y Mercantiles. Editorial Ibañez, 2008. Pág. 55.

*al contratante cumplido o que se allanó a satisfacer sus obligaciones, quien podrá optar por demandar la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios; que una y otra acción debe dirigirse en contra del extremo que se sustrajo a satisfacer sus compromisos negociales; que es este comportamiento omisivo - el incumplimiento de las obligaciones-, el factor que determina la operatividad de las señaladas vías; y que a dichas dos soluciones sustanciales -resolución y cumplimiento- puede enfrentárseles, para enervarlas, la excepción de contrato no cumplido”.*⁴

Así mismo, la excepción de contrato no cumplido reposa sobre la base de que el sistema legal no puede legitimar el enriquecimiento sin justa causa o alguna otra figura y se le permitiera a una de las partes reclamar para obtener una indemnización, en el caso en el que existiere un incumplimiento de su parte. Veamos:

“El comportamiento indebido de uno de los convencionistas, reclama del otro contratante para legitimarlo en su acción en la esfera del 1546 una conducta leal con la que negocialmente se comprometió; de tal manera que si quien demanda igualmente abandona el programa contractual, por esa sola razón carece de la acción resolutoria, prevista en ese precepto.

*El postulado acompasa, con la idea que comunica el artículo 1609 ejusdem, el cual de modo lapidario prevé que en los acuerdos de aquella índole ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; por supuesto, no se puede hablar de mora en la ejecución de los actos comprometidos, si de otro lado quien aspire a deducir efectos de ello no hizo lo propio con los deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad.”*⁵

Por lo tanto, quien pretende el cumplimiento forzado o la indemnización de los perjuicios debe probar que cumplió debidamente y que su contraparte incumplió alguna de las obligaciones que había adquirido dentro de la relación contractual, veamos:

“Deviene de lo precedente, que para la viabilidad de la acción de resolución de contrato o, en general, para su terminación anticipada o unilateral, se requiere del incumplimiento de uno de los contratantes de las prestaciones a su cargo, mientras el otro, por su parte, ha observado lo que le correspondía o, al menos, ha procurado su cumplimiento en la forma y tiempo debidos.

Además, precisa que la inobservancia por parte del otro contratante sea de aquellas que reducen o eliminan la utilidad de la convención, o se concentran en el objeto principal del contrato, o se trata de un compromiso que actualmente no se puede satisfacer, puesto que,

⁴ Corte Suprema de Justicia (5 de julio de 2019). Sentencia SC1662-2019 Radicación No. 11001-31-03-031-1991-05099-01. MP. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁵ Corte Suprema de Justicia, (24 de junio de 2014). Sentencia SC 8045Rad. No. 2006-00235-01. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

si no hay incumplimiento del objeto primario y esencial del convenio, o no se da al traste con el fin práctico de la convención, no es viable su resolución ni su terminación”⁶.

Ahora bien, en contratos en los cuales existen obligaciones recíprocas, una de las partes tendrá derecho a abstenerse de cumplir sus obligaciones si una obligación que debió ser asumida por su contraparte de manera previa no fue cumplida, situación frente a la cual la jurisprudencia de las altas cortes se ha pronunciado, indicando las diferentes condiciones que se deben tener en cuenta para que ello así pueda ser aplicado. Veamos:

“Por ende, como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes Simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.⁷

Frente a los requisitos para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, la parte que la alega debe referirse a obligaciones ciertas a cargo de una de las partes y que el incumplimiento de las mismas debe ser serio o grave. Es decir que una parte no podrá excusar su incumplimiento del contrato a menos que demuestre que la otra parte igualmente ha incumplido sus obligaciones y que el incumplimiento es real, serio y grave⁸.

Así, para que proceda la excepción de contrato no cumplido se requiere:

- i. Que exista un contrato sinalagmático entre las partes, es decir que la obligación asumida por uno de los contratantes constituya la causa de la obligación del otro;
- ii. Que el incumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes, es decir, que no puede invocarse por un posible o eventual escenario de incumplimiento;
- iii. Que el incumplimiento sea serio, grave y determinante;
- iv. Que quien invoca la excepción debe ser la parte que no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha sido categórica en afirmar que el incumplimiento que justifica el no cumplimiento de las demás obligaciones por parte de su

⁶ Corte Suprema de Justicia, (13 de noviembre de 2019). Sentencia SC4902-2019 Radicación 11001-31-03-006-2015-00145-01. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷ Corte Suprema de Justicia, (20 de abril de 2018). Sentencia SC1209—2018 con Radicado 31-03-025-2004-00602-01. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁸ Tribunal Arbitral de C.D.I. Construcciones, Diseños e Interventorías Ltda. contra NHU Diseños Construcción y Gerencia de Proyectos S.A.S. (5 de junio de 2020). Laudo arbitral, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

contraparte debe versar sobre un elemento esencial del contrato, de manera que sea significativo y le permita al segundo abstenerse de dar cumplimiento a su parte. Veamos:

“De ese modo, con observancia de las normas, bien del Código Civil o las pautas del Código de Comercio previstas para el suministro, el incumplimiento que permite la resolución contractual, que autoriza la alegación de la excepción de contrato no cumplido, y, que viabiliza la terminación unilateral de la convención, debe ser grave, es decir, un auténtico incumplimiento resolutorio que, de suyo, afecte la utilidad del contrato o revista una importancia que merme la confianza del otro contratante.”⁹

Por lo anterior, el marco jurídico de la acción por incumplimiento establece que quien pretende el cumplimiento o indemnización por el incumplimiento del contrato en cabeza de su contraparte, deberá probar que cumplió con sus obligaciones o al menos se allanó a cumplir. En caso contrario, no puede pretender hacer un reclamo a la contraparte, ya que en ese caso ninguna de las partes se constituye en mora, y configurando un desistimiento mutuo. Ello siempre que por la abstención en el cumplimiento de una de las obligaciones esenciales del contrato que debe cumplirse primero en el tiempo, el otro contratante decida abstenerse de cumplir su parte.

Ahora, quien pretende hacer valer la excepción de contrato no cumplido, deberá demostrar que dejó de cumplir con sus obligaciones como consecuencia de un incumplimiento previo del demandante y que ese incumplimiento fue esencial y determinante para justificar el no cumplimiento de su parte.

3.2. Alcance e interpretación de la Cláusula Segunda y Tercera del Contrato – Obligaciones de Promed

Logistics edifica toda su teoría del caso y su defensa en el supuesto incumplimiento por parte de Promed del segundo pago del precio contenida en la Cláusula Segunda del Contrato, por lo que resulta útil acudir directamente al análisis de dicha cláusula para validar que en efecto mi representada jamás incumplió el Contrato.

Las cláusulas del Contrato de Compraventa que celebraron Promed y Logistics, se acordaron como consecuencia de un proceso de negociación, en el cual las partes expusieron los móviles que los llevaron a contratar y su entendimiento sobre las etapas de pago y entrega de los Tapabocas.

La Cláusula Segunda del Contrato contiene el precio y la forma de pago, en la cual las partes acordaron lo siguiente:

“SEGUNDA – PRECIO Y FORMA DE PAGO: Las Partes acuerdan que el precio total de venta del presente Contrato de cada uno de los Tapabocas objeto del presente Contrato, es de ocho mil ciento cincuenta pesos mcte. (COP\$8.150) por unidad (en adelante el “Precio Unitario”), por el valor total máximo a pagar por parte del COMPRADOR a favor del VENDEDOR por los Tapabocas objeto del presente Contrato

⁹ Corte Suprema de Justicia, (13 de noviembre de 2019). Sentencia SC4902-2019 Radicación 11001-31-03-006-2015-00145-01. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

*es de mil seiscientos millones de pesos mcte. (COP\$1.630.000.000) (en adelante el “Precio Total”). El Precio Total por los Tapabocas será pagado por el COMPRADOR al VENDEDOR en tres pagos, de la siguiente forma: (i) Un primer pago equivalente al 40% del Precio Total dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del presente Contrato y previa verificación de la emisión de las garantías establecidas en la Cláusula Quinta del presente contrato, (ii) **Un segundo pago equivalente al 10% del Precio Total al momento del embarque**, y un pago final equivalente al 50% restante al momento de la entrega física de los Tapabocas junto con la documentación y certificaciones originales enunciadas en el Objeto del Contrato. (...).” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De manera general la forma de pago y en particular el segundo pago resaltado dentro de la cláusula antes transcrita fueron objeto de negociación entre las partes, en la medida que hubo diferentes propuestas para determinar cuál sería el porcentaje por pagar en cada uno de los hitos.

A pesar de que entre las partes se presentaron distintas propuestas referentes al porcentaje del segundo pago, durante la negociación no hubo duda respecto cuáles eran las condiciones que se diera cada uno de los pagos, esto es, el primero una vez firmado el contrato y constituidas las garantías, el segundo contra el conocimiento del embarque y el último con la entrega total.

La condición para el segundo pago era la notificación del Bill of lading en la cual se acreditara el embarque de la mercancía acordada, este documento que es comúnmente conocido en el comercio internacional, el cual tiene unas características específicas y es el título que sirve para demostrar la titularidad de la mercancía que es transportado de un país a otro, lo cual fue entendido por las partes en el proceso de negociación, a pesar de que en el texto literal del contrato se indicó como condición “al momento del embarque”, pues las partes eran plenamente conscientes del procedimiento de notificación del embarque.

3.3. Reglas de interpretación en los contratos en el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 1619 – 1624 Código Civil)

Con el fin de determinar la voluntad de los contratantes, el ordenamiento jurídico colombiano consagra una serie de pautas auxiliares que se encuentran contenidas en el Código Civil, a las cuales se puede acudir siempre que de los acuerdos que hayan realizado las partes haya falta de claridad o sea posible obtener del mismo texto diferentes interpretaciones, veamos:

“Desde luego, en el Código Civil -con carácter enunciativo y supletivo- se consagran varias “pautas” o reglas auxiliares de interpretación -arts. 1619 a 1624 del C.C. Estas reglas interpretativas y decimonónicas han sido ya explicadas por esta Corporación. Ha de memorarse que de vieja data esta Sala ha venido señalando, en cuanto a la interpretación del contrato, que en «el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando estos, al celebrar sus convenciones jurídicas, acatan todas las prescripciones legales requeridas para su formación y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art 1602, C.C) se traduce esencialmente,

entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él”¹⁰.

Lo que contemplan estas normas de interpretación es que, si de un texto se desprenden varias interpretaciones o no hay claridad, es preciso buscar los actos precontractuales cuál era la verdadera intención de las partes, veamos:

“E ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la communis intentio, a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación. Por eso, no importa el nombre que las partes le hayan otorgado a un acuerdo de voluntades, pues prevalece la intención de los extremos contractuales.”¹¹

Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia indicó que es menester del juez entrar a revisar la intención que tuvieron las partes al contratar, de manera que es objeto de interpretación no solamente aquella cláusula ambigua o poco clara, sino incluso aquella a partir de la cual las partes tienen un entendimiento diferente a pesar de que su literalidad no de lugar a confusión:

*“De otro lado, **la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas** (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, **cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente**, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegetica, al escrito del acto dispositivo documental o documentado “por claro que sea el tenor literal del contrato” (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni “encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...” (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656).*

Naturalmente, la claridad del articulado o su significación lingüística, no exceptúa el deber de precisar la finalidad común convergente de las partes, pues la particular relevancia dinámica de la hermenéutica del negocio jurídico, se explica ante la imposibilidad pragmática de prever toda contingencia, el significado disímil de la terminología, lenguaje o redacción y no se reduce a hipótesis de ambigüedad, insuficiencia, disfunción u oscuridad, siendo pertinente en todo caso de disparidad, divergencia o diferencia respecto de su entendimiento recíproco (cas. civ. de 1 de agosto de 2002 exp. 6907).

*Por supuesto, **la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones** (cas.*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, (30 de junio de 2022). Sentencia SC1304-2022 Radicación 11001-31-03-020-2015-00297-01. MP. Francisco Ternera Barrios.

¹¹ Consejo de Estado, Sección tercera, (21 de junio de 2018). Sentencia 13001233100020030168101 (40353), CP. María Adriana Marín.

marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y “a la consecución prudente y reflexiva” del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577). Empero, el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocial, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómatas. Más concretamente, **la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex auctoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su “contenido sustancial”, utilidad práctica, esencial, “real” y funcional (Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, Il contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular.**

Con referencia a la común intención, el legislador impone la regla de no limitarse al sentido literal, esto es, al significado gramatical o semántico natural del vocablo utilizado, sea en el contexto general del contrato, sea en el contexto específico de cada palabra, sea en su expresión textual y literal o en su conexión sintáctica por elementales márgenes de disimilitud, ambigüedad u oscuridad semántica, trascendiendo la esfera del simple motivo (interpretación subjetiva), del escrito y la actuación (interpretación objetiva), para lo cual, el juez, sin restringirse a un subjetivismo puro o estricto, de suyo, intrascendente in menta retenta, indagará desde su fase genética in toto el acto dispositivo, la conducta previa, coetánea y ulterior de las partes inserta en la época, lugar y medio predeterminado, verificará su conformidad o desavenencia con el ordenamiento y precisará sus efectos, o sea, la relevancia jurídica del sentido de la communis intentio, locución referida ab initio a la concepción eminentemente voluntarista del negocio jurídico a speculum como acto de “voluntad interna”, ora “declarada” (cas. mayo 15/1972 “...entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada” y agosto 1/2002, exp. 6907, “es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual”), ya “manifestada”, bien de “voluntad objetiva” (cas. civ. enero 29/1998) y, más próxima, aunque del todo no exacta, al “acto de autonomía privada” (cas. mayo 21/1968), cuyo alcance es menester subiecta materia en una perspectiva más concorde con sus diversas expresiones y, en particular, con la función práctica o económica social, o sea, en consonancia a la función coordinada, coherente, racional y convergentemente perseguida por las partes con su celebración. (cas. civ. junio 12/1970, cas. civ. sentencia de 14 de enero de 2005, exp. 7550), Sentencia de 3 de junio de 1946. Gaceta Judicial LX, 656).¹² (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, es preciso tener en cuenta los actos precontractuales que llevaron a cabo las partes de manera previa a la firma del contrato, ya que de allí se desprende tanto el objeto del contrato, como la esencialidad de algunos de los elementos que él contiene y la manera en la cual las partes quisieron y entendieron que se debía llevar a cabo cada una de las obligaciones contenidas en el contrato. Ahora, también resulta oportuna la ejecución del Contrato y el entendimiento de las

¹² Corte Suprema de Justicia, (7 de febrero de 2008). Sentencia con expediente 2001-06915-01. M.P. William Namén Vargas.

condiciones contractuales que surgen de distintos documentos, tal y como se explica a continuación.

3.4. La causación del hito de pago del precio contenido en el ordinal (ii) de la Cláusula Segunda del Contrato estaba sujeto a la condición de que Logistics entregase a Promed el conocimiento de embarque o "Bill of Lading" (BL) de los tapabocas objeto del Contrato y notificare formalmente el embarque de las mercancías

En la cláusula segunda las partes pactaron el precio del Contrato y la forma en la que el pago del precio debía realizarse. En primer lugar, respecto del precio total del Contrato este correspondía a COP\$1.630.000.000, valor que resulta de multiplicar el valor unitario de COP \$8.150 por el número total de tapabocas, es decir, 200.000.

En segundo lugar, en el Contrato quedó consagrado que la forma de pago se realizaría en tres pagos: i) un anticipo por valor de COP \$652.000.000 dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del Contrato, previa verificación de la emisión de las garantías establecidas; (ii) un segundo pago de COP \$163.000.000 al momento del embarque y; iii) un pago final por 815.000.000 al momento de la entrega física de los Tapabocas junto con la documentación y certificaciones originales enunciadas en el Objeto del Contrato.

El segundo pago en particular se causaría una vez Logistics notificara del embarque del 100% de la mercancía mediante el BL a Promed, de conformidad con las negociaciones que se llevaron a cabo previo a la suscripción del contrato, situación que nunca ocurrió.

3.4.1. Las partes determinaron que debía notificarse el "Bill of Lading" o el conocimiento de embarque, para que se cumpliera la condición del segundo pago por el 10%

El BL o conocimiento de embarque es un término utilizado en comercio internacional que hace referencia a un instrumento representativo de las mercancías objeto del transporte que además de los requisitos establecidos en el artículo 621 del Código de Comercio, debe contener, según el artículo 768 del mismo estatuto:

- 1. La mención de ser "carta de porte" o "conocimiento de embarque";*
- 2. El nombre y el domicilio de transportador;*
- 3. El nombre y el domicilio del remitente;*
- 4. El nombre y el domicilio de la persona a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;*
- 5. El número de orden que corresponda al título;*
- 6. La descripción pormenorizada de las mercancías objeto del transporte y la estimación de su valor;*
- 7. La indicación de los fletes y demás gastos del transportante, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;*
- 8. La mención de los lugares de salida y de destino;*
- 9. La indicación del medio de transporte, y*
- 10. Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación".*

Como muestra del entendimiento que tenían las partes sobre qué el BL se refirió el representante legal de Logistics, el señor Juan Pablo Buenaventura, durante su interrogatorio de parte:

Apoderado de Promed: *señor Juan Pablo, indíqueme por favor al tribunal, pregunta número 7, indíqueme al tribunal en materia de comercio exterior de operaciones internacionales de transporte, ¿la expresión BL o Bill of Lading a que hace referencia?*

Juan Pablo Buenaventura: *al conocimiento de embarque, el conocimiento de embarque es digamos que toda la información que configura un transporte internacional de una compra que se hace en el exterior y se embarca para su destino, ahí tiene toda la información, comprador, el vendedor, tipo de mercancía.*

Sobre este mismo punto, en el interrogatorio al testigo solicitado por Logistics Giancarlo Ferrari, quien es también empleado de la sociedad, explicó el sentido del BL en el comercio internacional

“Apoderado de Promed: *Usted podría explicarnos, si lo sabe, qué significa el término embarque en el contexto del comercio internacional.*

Giancarlo Ferrari: *Sí, embarque en comercio internacional es el cargo de cualquier mercancía en avión tren o barco el mismo diccionario de la real academia española lo describe de esa manera es su bien mercancía en cualquier medio transporte ya sea barco avión tren o camión.*

Apoderado de Promed: *¿en esa línea usted podría decirnos que se entiende por BL o cuando se expide un BL?*

Giancarlo Ferrari: *El BL es el documento que expide la naviera de que la mercancía fue cargada en su embarcación el BL es el que demuestra en el comercio internacional la propiedad de la carga, el BL solo lo tiene el propietario de la carga, en el BL hay tres personas involucradas. Está el exportador, el importador y el transportista, es decir, quien vendió quien compró y quién lo va a transportar. El BL es un título valor que en cualquier momento puede ser endosado o vendido es decir un dueño de mercancía en aguas puede vender la mercancía simplemente endosando el BL y ya queda el resto del proceso logístico al comprador. La importancia de un BL es el título valor que demuestra la propiedad de la mercancía. En el caso del contrato los BLs son de logística.”*

Ahora, dentro del contexto en el que fue suscrito el Contrato, es importante tener en cuenta que las dos sociedades nunca habían tenido relación comercial y, por lo tanto, no se trataba de una relación de confianza. Por esa razón, en las negociaciones previas a la suscripción del Contrato las partes determinaron que era necesaria la constitución de una póliza de garantía y que uno de los pagos, el segundo, se realizaría contra el BL, es decir, una vez Logistics notificara a Promed del embarque de la mercancía que sería importada desde China mediante el documento de conocimiento de embarque.

En vista de que el Contrato de Compraventa implicaba una operación de comercio internacional, las partes acordaron que uno de los pagos se realizaría al momento del embarque, situación cuya notificación es de notable o público conocimiento dentro del área, se realiza con el Bill of Lading, con el fin de servir de la certificación del proceso logístico para la importación de cierta mercancía.

La anterior situación quedó evidenciada dentro del proceso con el interrogatorio que fue practicado al Representante Legal de Promed en el siguiente sentido:

“56:17 Rafael Ávila: Dado que éramos dos empresas de naturaleza desconocidas habíamos establecido que como preámbulo como requisito para realizar dicho pago debería habernos notificado a través del embarque. Otra vez insisto el Bill of lading que es el documento internacional donde nos daría certeza y garantía de que los tapabocas realmente correspondían a tapabocas y que realmente era la mercancía que estábamos ejecutando en el término de este contrato que estábamos ejecutando en este contrato.”

Así pues, para las partes fue claro al momento de la suscripción del contrato que para que se causara el segundo pago correspondiente al “momento de la embarcación”, Logistics debía notificar tal situación a Promed de manera adecuada, la cual, de manera razonable no podía ser un simple dicho de que efectivamente la mercancía había sido embarcada, sino que por el contrario, era necesario acreditar tal situación de la manera en la que se realiza comúnmente en el comercio internacional, es decir, mediante la notificación del Bill of Lading, ya que de ello dependía que surgiera a la vida jurídica la obligación de pagar la suma de COP \$163.000.000, suma que si bien correspondía al 10% del total del contrato, no es una cifra menor.

3.4.2. Interpretación y alcance de la Cláusula Segunda del Contrato: Las condiciones para la causación del segundo hito de pago no se acreditaron

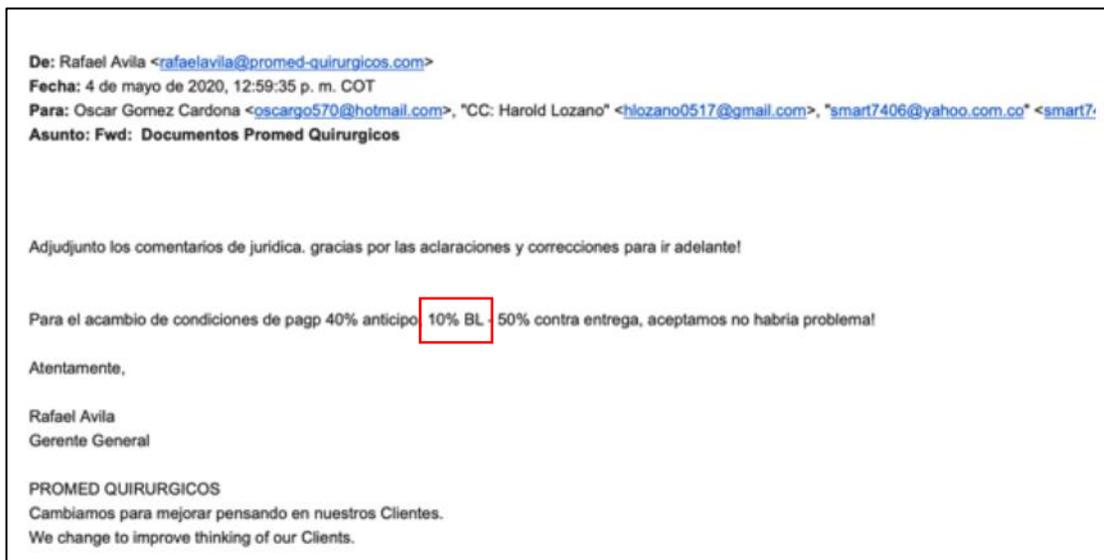
El anticipo se entregó de conformidad con el Contrato, una vez se acreditaron las garantías y dentro de los 5 siguientes días a la suscripción del mismo. El segundo pago, estaba condicionado al “momento del embarque”, es decir, en el momento en que Logistics acreditara que los tapabocas habían sido correctamente embarcados en su lugar de despacho. Esta condición fue asociada por las dos partes desde la etapa pre-contractual e incluso fue reconocido en la contestación de la Demanda Reformada y Demanda de Reconversión por parte de Logistics, a la notificación del BL, entendido como “Bill of Lading” o “Conocimiento de embarque” en español. Veamos:

Desde las tratativas iniciales que desencadenaron en el Contrato, las partes tuvieron un entendimiento común que el segundo pago estaría atado al “BL” o conocimiento de embargo. Así, en el correo de 3 de mayo de 2020 remitido por el señor Oscar Gómez (quien sirvió como punto de contacto inicial con Logistics) a Promed (Prueba Documental aportada con la Demanda Reformada), que dio origen al negocio jurídico en cuestión, se aprecia que, en las diferentes opciones que contenían distintas opciones de oferta para la venta de los Tapabocas, el segundo hito de pago siempre estuvo asociado al denominado “BL” o conocimiento de embarque.

OPCION 1	\$ 8.500
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	100.000
SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE
TIEMPO DE ENTREGA	13 A 15 DIAS

OPCION 2	\$ 8.150
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	200.000
SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE
TIEMPO DE ENTREGA	13 A 15 DIAS
OPCION 3	\$ 7.900
MODALIDAD	COURIER
CANTIDAD DE ENTREGA	300.000 a 599.999
SITIO DE ENTREGA	BOGOTA - CALI - MEDELLIN
FORMA DE PAGO	30 % ANTICIPO / 40% BL / 30% CE

En ese mismo sentido, y con ocasión de la oferta del representante de Logistics, el señor Rafael Ávila (representante legal de Promed), mediante correo electrónico del 4 de mayo de 2020 (aportado con la contestación a la Demanda Reformada – Ver pág. 49) manifestó que estaba de acuerdo con la forma de pago propuesta, que suponía, un anticipo del 40% del precio total, un 10% contra el “BL” y el 50% restante contra la entrega. Veamos:



De la misma manera, quedó demostrada esta situación en la práctica de la declaración de parte de Promed, en la cual, al ser exhibido el correo que contenía las opciones de condiciones a escoger, el Representante Legal indicó lo siguiente:

*“01:54:57 **Apoderado de Promed:** Vale. Podría por favor indicarle al tribunal considerando que ese correo está dirigido a usted especialmente. ¿Cuál es el contexto de ese correo y de qué se trata de correo, si lo recuerda?*

***Rafael Ávila:** Sí, este correo efectivamente corresponde a la oferta que nos envía el señor Oscar Gómez que acaba de recordar su apellido justo cuando lo veo en el en el e-mail porque*

no lo tenía guardado en mi teléfono con el apellido. El señor Oscar Gómez nos envía esto como la oferta preliminar que hace parte digamos que del objeto donde nos hace una primera oferta y nos dice, mire, tengo la posibilidad de ofertar tapabocas con estas características en estos valores con un tiempo de entrega no superior de trece a quince días nacionalizados y entregados en Bogotá.

01:55:58 **Rafael Ávila:** La manera de garantizar la tranquilidad del negocio estamos en disposición de emitir pólizas de cumplimiento si fuera lugar y luego enunciar unas opciones donde en estas opciones si me lo deja ver un poco arriba gracias a que se encuentra determinada cuál serían esas condiciones enuncia diferentes alternativas dice mire la opción 1. usted me compra 100 mil tapabocas entregados en Bogotá o en Cali y Medellín. La forma de pago serían 30% de anticipo 40% contra el BL, BL el que hemos venido hablando que se llama el Bill of lading y es un argot popular y es más más que un argot popular es un es una abreviación internacional para este documento que es la confirmación de la guía o mejor del documento que enuncian el despacho de las mercancías desde origen hasta su destino y enunciar qué es lo que contiene.”

Una vez suscrito el Contrato, el representante legal de Promed remitió el 13 de mayo de 2020 un correo electrónico a Logistics (Prueba Documental b.1 de la Demanda de Reconvención – Pág. 96 y 97 del documento PDF), en el cual ratificó el entendimiento y los hitos de pago del Contrato, donde se aprecia nuevamente que su entendimiento del “momento del embarque” suponía la entrega del BL o conocimiento de embarque de los Tapabocas. Veamos:

El mié., 13 de may. de 2020 a la(s) 12:02, Rafael Avila (rafaelavila@promed-quirurgicos.com) escribió:
Buenos días!

Envío la actualización de las diferentes operaciones bancarias para el pago del 40% de anticipo!

Item	Fecha	Operación	Banco/origen	Valor	Origen Cta
1	12/05/2020	Transferencia	Davivienda	165.000.000	CORPORATIVA - 560009969996397
2	12/05/2020	Consignacion	Efectivo	165.000.000	Efectivo
3	12/05/2020	Transferencia	Davivienda	287.000.000	CORPORATIVA - 560009969996397
4	13/05/2020	Transferencia	Banco Occidente	35.000.000	Confirm_513F004201340001
Actuliza 13/05/2020 Total pago				652.000.000	
Valor Contrato Fc				1.630.000.000	
Retencion				40.750.000	
1		Anticipo 40%		652.000.000	
2		Anticipo BL 10%		163.000.000	
3		pago contra entrega		774.250.000	
Total A apagar				1.589.250.000	

Demostrado que en la negociación y suscripción del Contrato las partes entendieron que se daba cumplimiento al segundo hito del momento del embarque con la notificación del BL, resulta oportuno, dilucidar cómo estas esperaban que tal condición se acreditase. En ese sentido, resulta oportuno el interrogatorio por parte de Logistics al representante legal de Promed, veamos:

*“6:00 **Apoderado de Logistics:** A riesgo de ser insistente señor Rafael, es que en el contrato yo no veo el término BL si no embarque y cuando usted menciona que ustedes también son operadores o importadores cuando se habla de operaciones aéreas, se habla son de guías. ¿Usted podría por favor precisarnos por qué se hace énfasis en el BL?”*

***Rafael Ávila:** Se hace énfasis en el BL porque en el en todas las conversaciones precontractuales nosotros fuimos muy claros y todos los correos cruzados con la empresa logística fuimos muy técnicos en el anuncio del BL. Eso fue en la etapa precontractual cuando estuvimos construyendo los términos y cuando estuvimos construyendo los términos se estableció de los correos que nosotros damos siempre fueron el bill of lading y por qué el bill of lading, porque en el bill of lading se describe pues como le digo la mercancía y quién es el importador y el exportador.”*

Lo anterior también es posible evidenciarlo en el testimonio del señor Óscar Gómez, en la audiencia del 14 de septiembre de 2023, en la cual el testigo indica como condición de uno de los pagos el BL, que fue el término que las partes usaron para describir el documento con el cual se notificaría el embarque de la mercancía y con ello se daría el segundo pago del 10% del total del contrato:

*“46:37 **Apoderado de Promed:** Oscar, cuente una cosa, después de que hizo esa labor de intermediación digamos que entiendo que usted simplemente llegó hasta que puso las partes en contacto, pero quisiera saber, usted tiene conocimiento si esos tapabocas que eran objeto del contrato fueron entregados por parte de Logistics a Promed, si usted tiene conocimiento*

***Óscar Gómez Cardona:** No. La última conversación o que recuerdo de alguna reunión en particular fue que se tenía que generar como el pago del BL y no se realizó. Que recuerde.*

*47:35 **Apoderado de Promed:** Y usted recuerda de pronto, pues ahora que nos cuenta que sabe que no se entregó, o que no se ha realizado el pago del BL ¿Usted sabe si ese BL se entregó?*

*48:01 **Óscar Gómez Cardona:** No, no, no recuerdo en realidad si al final se entregó, o no se entregó.”*

Este entendimiento de mi representada coincide con aquel que tiene Logistics, y que fue expresada en la Demanda de Reconvencción en los siguientes términos:

“(…) Esta circunstancia desconocía, primero, la adecuada interpretación que se le debe dar al contrato, como un todo, interpretación sistemática el cual señala expresamente un segundo pago, equivalente al 10% del total del contrato al momento del embarque de la mercancía -BL-, lo cual sucedió el 26 de mayo de 2020, sin que la Demandada Reconvenida, realizara el pago. (...)

(...).

Conclusión 3. En consideración a que la obligación del segundo pago, equivalente al 10% del total del contrato, fue condicional, es decir, se indicó que sería pagada al momento del embarque -BL- de la mercancía, no puede aducirse que estaba sujeta a cualquier otra clase de condición (...).”

Incluso en las pretensiones de la demanda de reconvencción, Logistics solicitó que se declare que esa misma compañía cumplió con ciertas obligaciones referentes “al embarque” o “BL”, eso indica que para las partes el momento del embarque es entendido como el BL:

Segunda. Solicito se declare que, con fundamento en lo señalado en la cláusula segunda del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020, la parte **Demandada Reconvénida** se obligó a pagar a mi representada, la **Demandante de Reconvencción**, la suma equivalente al 10% del total del contrato, al momento del embarque (o BL) de la mercancía.

Tercera. Solicito se declare que la fecha de embarque (o BL) de la mercancía, a que hace alusión el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020, ocurrió el **26 de mayo de 2020**.

Cuarta. Solicito se declare que la **Demandante de Reconvencción**, mi representada, le notificó e informó a la **Demandada Reconvénida**, desde el mismo 26 de mayo de 2020, la fecha de embarque (o BL) de la mercancía, de que trata la cláusula primera del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020.

De acuerdo con el entendimiento de las partes sobre la causación del segundo hito del pago por el 10% del valor total del Contrato, es evidente que la condición para que la obligación de pago se habilitara es que Logistics efectivamente embarcara la totalidad de los Tapabocas y que pusiese a disposición de mi representada el “BL” que corresponde directamente al conocimiento de embarque, lo cual jamás ocurrió.

*“03:12. **Rafael Ávila:** Es solamente para estoy empezando a responder la pregunta del doctor donde me enuncié que si tengo conocimiento de este correo quiero explicarle que este correo llega en copia a mi email así como llega a tantas personas como se ve en ese en ese documento donde en ese enuncié que envía una producción de mercancía si no tenemos idea de qué mercancía es donde dice que notifica unas guías FedEx en la actual situación de FedEx y nos enunció un montón de números que no tengo idea qué es. Cuando nosotros establecimos desde el primer momento en todas nuestras comunicaciones en términos internacionales cuando se enuncian de la información de un embarco o del enuncio de un embarque es el BL.”*

En ese sentido, el representante legal de Promed indicó que las partes en sus negociaciones tuvieron claro que el momento del embarque se acreditaba en contra del BL, tanto así que incluso después de suscrito el Contrato ratificó sus condiciones, expresando que era este documento y no otro el que causaba el segundo pago, así que, mientras que no se hiciera la notificación del embarque en la manera que acordaron las partes, Promed no estaba en mora de pagar el 10%, sin que ello condicionara la entrega de la Mercancía en las fechas acordadas, ya que la entrega estuvo condicionado, de conformidad con el Contrato, al pago del anticipo del 40%, y a partir de ese pago, el término de máximo 13 días para la primera entrega y 18 para la segunda. De esta manera lo expresó el Representante Legal de Promed en su declaración:

*“04:16:01 **Rafael Ávila:** Y yo quiero recordar nuevamente que no era obligante o no era mandatorio el que no entregará en la mercancía frente a ese 10%. Que ese 10% tenía una*

connotación muy especial que ha sido bastante discutida y que creo que hace parte del foco fundamental y era el anuncio del BL que era el embarque de la mercancía. O sea que nunca se dio, sin embargo, no había restricción por la cual en el contrato se incumpliera con las fechas de entrega.”

En conclusión, dado que Logistics nunca acreditó el momento de la embarcación de la mercancía, al margen de que fue demostrado en el proceso que de hecho nunca existió ningún BL con titularidad de mercancía de Logistics, Promed no se encontró en mora por el pago del 10% del segundo pago, situación que haya podido justificar la no entrega de la mercancía por parte de Logistics de conformidad con el Contrato.

Frente a la anterior conclusión, resulta oportuno comentar que Logistics edificó toda su teoría del caso, su defensa y parte de sus pretensiones, en el supuesto incumplimiento de Promed respecto del pago del segundo hito del precio (correspondiente al 10% del precio total). Así, tanto la excepción denominada “*Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante*”, como en las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención, Logistics expuso como premisa esencial un supuesto incumplimiento de Promed, supuestamente ocurrido el 26 de mayo de 2020, fecha en la que la convocada aduce su cumplieron las condiciones para la causación y surgimiento de la obligación de pagar el segundo hito del precio. Sobre este particular, manifestó en su contestación de la demanda Logistics lo siguiente (Pág. 13 de la Contestación a la Demanda Reformada):

“(…) Lo anterior en consideración a que quien incumplió el mentado contrato fue esta (la Convocante), toda vez que como se acreditará dentro del presente proceso, mi representada, la Convocada, cumplió con todas y cada una de sus obligaciones, tanto así que la mercancía en su totalidad se importó y nacionalizó, sin embargo hasta el momento de este escrito la Convocante debió haber efectuado el segundo pago (26 de mayo de 2020 fecha de embarque -BL- de la mercancía), sin que lo hubiere hecho, lo cual constituye a la Convocante en un contratante incumplido, a quien no le es dable demandar el cumplimiento del contrato, ni la indemnización de perjuicios, como lo ha señalado la jurisprudencia que se trae a colación. (…)

En ese mismo sentido, dentro de las pretensiones de la Demanda de Reconvención, la convocada pretende que se declare el incumplimiento del Contrato a partir del 26 de mayo de 2020, como consecuencia de que supuestamente a partir de dicha fecha Promed debía realizar el pago del 10% del precio pactado. Veamos:

Tercera. Solicito se declare que la fecha de embarque (o BL) de la mercancía, a que hace alusión el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020, ocurrió el **26 de mayo de 2020.**

Cuarta. Solicito se declare que la **Demandante de Reconvención**, mi representada, le notificó e informó a la **Demandada Reconvención**, desde el mismo 26 de mayo de 2020, la fecha de embarque (o BL) de la mercancía, de que trata la cláusula primera del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020.

Quinta. Solicito se declare que la **Demandada Reconvención**, incumplió la cláusula segunda del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020, en consideración a que no realizó el segundo pago establecido en la cláusula segunda del mencionado contrato, consistente en el 10% del total de este, equivalente a la suma de **\$163.000.000 M/Cte.**, a favor de mi representada, la **Demandante de Reconvención.**

Para sustentar tanto la excepción referida como sus pretensiones, y acreditar el cumplimiento de la condición prevista para la causación del segundo hito del precio, Logistics aduce como única prueba, el correo electrónico del 26 de mayo de 2020 remitido por la señora Angie Vanessa Gil (Prueba Documental No. 1.8 de la Demanda Reformada), en el cual se indicó lo siguiente:

“Buen día (sic) estimados

En adjunto enviamos video de producción de la 32mercancía32 que fue terminada el pasado miércoles 20 de mayo de 2020, donde se emitió comunicado notificando la situación actual de fedex, en adjunto para su conocimiento.

A continuación informamos guías con fedex despachadas para este embarque:

770478474132 Entregada el sábado 23 de mayo , con estimado de arribo a Colombia el día 27 de mayo , tracking actual en Memphis 770478326366, Recepcionada por fedex el viernes 22 de mayo, con estimado de arribo el día 27 de mayo, tracking actual en Memphis

770478406231 , Recepcionada por Fedex el día Lunes 25 de Mayo, con estimado de arribo el día 28 de Mayo , tracking actual Shanghai 770533764940 , Recepcionada por fedex el día martes 26 de mayo (hora local china) , con estimado de anibo a Colombia el 29 de mayo de 2020 7705344132796 Recepcionada por fedex el día martes 26 de mayo (hora local china) , con estimado de arribo a Colombia el 29 de mayo de 2020

Las guías anteriormente mencionadas corresponden a la primer entrega por cien mil unidades , para la segunda entrega de cien mil unidades confirmaremos una vez sean despachadas la guías, ya que por la situación presentada por Fedex, 32Logistics solutions había determinado ceder inventario terminado y embarcado en el contenedor FSCU 7884556 , el cual infortunadamente tuvo retraso para salir de china de 8 días y actualmente cuenta con estimado de arribo a los ángeles para el 8 de junio, donde posteriormente tomará vuelo para Colombia (sic) con destino a Cali el 11 de Junio.

Logistics 32soluotions como operador logístico determinará ceder inventario de este contenedor a nuestro pedido sí Federal express corporation, confirma nueva

congestión y no recepcionará (sic) carga para su despacho, de lo contrario continuaremos con el despacho de guías diario para confirmar estatus

Agradecemos tener presente que una vez las cargas arribadas a Colombia, deben pasar por procesos logísticos en zona franca para su posterior nacionalización y despacho a su compañía, una vez la mercancía se encuentre en zona franca le será notificado para envío de funcionario de Promed para su respectiva verificación (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Como lo podrá advertir al rompe el Tribunal Arbitral, el referido correo electrónico no puede servir como fuente para acreditar el acaecimiento de la condición contractual a la cual estaba sujeto el surgimiento de la obligación de pagar el segundo hito del precio. Para ilustrar lo anterior, resultan oportunas las siguientes consideraciones y razonamientos:

- (i) Como cuestión preliminar, es del caso reiterar que Logistics para salir avante con la excepción de contrato no cumplido y con sus pretensiones de incumplimiento debería acreditar que efectivamente embarcó las 200.000 unidades de tapabocas que eran objeto del Contrato, y que tal hecho fue notificado correctamente a mi representada con el conocimiento de embarque o BL, según los términos convenidos.
- (ii) Partiendo de lo anterior, salta a la vista que el correo electrónico citado, que es la única prueba del supuesto incumplimiento de Promed, no puede considerarse una notificación formal del embarque de los 200.000 tapabocas que eran objeto del Contrato.
- (iii) En primer lugar, del correo electrónico del 26 de mayo de 2020 no es posible confirmar que las “guías” anunciadas efectivamente correspondan a los productos que eran objeto del Contrato, y mucho menos validar la cantidad, especificaciones técnicas y fechas de arribo al país.
- (iv) En segundo lugar, se destaca que al citado correo Logistics no anexó ni acompañó el texto de las “guías” que anuncia, limitándose simplemente referir unos números que poco o nada significaban para mi representada, y que de ninguna manera permitían validar el punto central: que las 200.000 unidades de tapabocas habían sido embarcadas.
- (v) En tercer lugar, a partir del texto del correo electrónico en cuestión no es posible sustraer la existencia de un conocimiento de embarque o BL, cuyo contenido y elementos era un asunto de pleno conocimiento para todos los intereses en el negocio en cuestión objeto de la disputa. Quedó probado a partir de las declaraciones de los representantes legales de cada una de las partes, y del testimonio del señor Giancarlo Ferreri, que para todos los involucrados era suficientemente claro lo que representaba un “BL”. Tan evidente era lo anterior, que en las pretensiones de la Demanda de Reconvención Logistics vincula el pago del segundo hito del precio al “BL” como quedó demostrado.
- (vi) En cuarto lugar, es importante mencionar que la exigencia y consideración a la notificación de un conocimiento de embarque o BL como condición para el surgimiento del segundo hito de pago no era una formalidad o nimiedad, sino que por el contrario era de la mayor

importancia para Promed, pues solo de esa manera podría tener seguridad que los productos objeto de la venta efectivamente podrían llegar a ser entregados. Así, dentro de la estructura del Contrato era fundamental para la seguridad de los interesados (y en especial para Promed), que Logistics como vendedor acreditara que los productos ya habían sido embarcados para justificar nuevos desembolsos de dinero, lo cual jamás fue acreditado.

- (vii) En quinto lugar, se destaca que, al cierre del periodo probatorio, la convocada no allegó prueba documental alguna que le permitiera atestar que efectivamente notificó el conocimiento de embarque (o BL) de las 200.000 unidades de tapabocas. De hecho, aún en gracia de discusión, tampoco allegó prueba alguna que para el 26 de mayo de 2020 hubiese acreditado a través de documento o información verificable que los 200.000 tapabocas habían sido embarcados.
- (viii) En sexto lugar, y sin perjuicio de la ausencia de prueba de que para el 26 de mayo de 2020 la convocada hubiese notificado formalmente a través de un BL a Promed del embarque de los 200.000 tapabocas, en el marco de la exhibición de documentos por parte de Logistics se allegaron una serie de “guías” aéreas que parecen coincidir en número con las que se anunciaban en el correo del 26 de mayo 2020. Sin embargo, como se expondrá a continuación, dichas “guías” no ofrecen información que las asocie con Logistics ni con Promed, y por el contrario, refieren a una sociedad que no tienen ninguna relación con las partes del proceso ni del Contrato. Asimismo, dicho documentos no satisfacen los requerimientos para ser consideradas como un conocimiento de embarque o BL, ni habrían permitido a Promed validar que los productos que eran objeto del Contrato efectivamente habían sido embarcados.
- (ix) Para corroborar lo anterior, a continuación, se transcriben las supuestas “guías”, a partir de las cuales el Tribunal Arbitral podrá cotejar que los números indicados en el correo electrónico del 26 de mayo de 2020 nada tenían que ver con el Contrato ni con las partes objeto del proceso (Folios 5596, 5730 y 5464 de los documentos exhibidos por Logistics):

ORIGIN ID: YWA 861505793978 SHIP DATE: 16MAY20
 ELLEN TOTWGT: 178.00 KG
 YIWU CAHE CAD: 251151923/NET: 4220
 4FLOOR NO.401 CHENGZHONG NORTH E DIMS: 50x50x40 CM
 ROAD, YIWU ZHEJIANG - CHINA BILL SENDER
 YIWU 322000 CHINA CN

TO **CARLOS BUENAVENTURA**
INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE
SAS// CABOTAJE ZONA FRANCA DEL
PACIFICO BODEGA NUEVA LOGISTICA
PALMIRA VC 763531 (CO)

4850387 REF: FEEL0202FEHA

INV. PO. DEPT.



FedEx Express
 E

1 of 10 AM
 TRK# 7704 7840 6231 INTL PRIORITY
 0430
 ## MASTER ##
V5 CLOA 763531
 VC-CO BOG

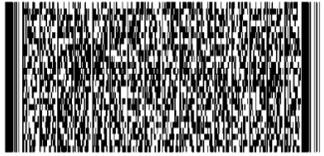
FedEx Ship Manager - Imprimir su(s) etiqueta(s)

ORIGIN ID: YWA 861505793978 SHIP DATE: 16MAY20
 ELLEN TOTWGT: 188.80 KG
 YIWU CAHE CAD: 251151923/NET: 4220
 4FLOOR NO.401 CHENGZHONG NORTH E DIMS: 50x50x40 CM
 ROAD, YIWU ZHEJIANG - CHINA BILL SENDER
 YIWU 322000 CHINA CN

TO **CARLOS BUENAVENTURA**
INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE
SAS// CABOTAJE ZONA FRANCA DEL
PACIFICO BODEGA NUEVA LOGISTICA
PALMIRA VC 763531 (CO)

4850387 REF: FEEL0202FEHA

INV. PO. DEPT.



FedEx Express
 E

1 of 3 AM
 TRK# 7704 7847 4132 INTL PRIORITY
 0430
 ## MASTER ##
V5 CLOA 763531
 VC-CO BOG

FedEx Ship Manager - Imprimir su(s) etiqueta(s)

ORIGIN ID: YWA 861505793978 SHIP DATE: 23MAY20
 ELLEN TOTWGT: 296.85 KG
 YIWU CAHE CAD: 251151923/NET: 4220
 4FLOOR NO.401 CHENGZHONG NORTH E DIMS: 50x50x40 CM
 ROAD, YIWU ZHEJIANG - CHINA BILL SENDER
 YIWU 322000 CHINA CN

TO **CARLOS BUENAVENTURA**
INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE
SAS// CABOTAJE ZONA FRANCA DEL
PACIFICO BODEGA NUEVA LOGISTICA
PALMIRA VC 763531 (CO)

4850387 REF: FEEL0202FEHA

INV. PO. DEPT.



FedEx Express
 E

1 of 17 AM
 TRK# 7705 3376 4940 INTL PRIORITY
 0430
 ## MASTER ##
V5 CLOA 763531
 VC-CO BOG

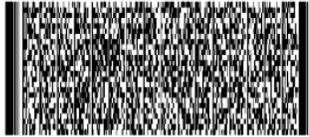
FedEx Ship Manager - Imprimir su(s) etiqueta(s)

ORIGIN ID: YWA 861505793978 SHIP DATE: 23MAY20
 ELLEN TOTWGT: 296.85 KG
 YIWU CAHE CAD: 251151923/NET: 4220
 4FLOOR NO.401 CHENGZHONG NORTH E DIMS: 50x50x40 CM
 ROAD, YIWU ZHEJIANG - CHINA BILL SENDER
 YIWU 322000 CHINA CN

TO **CARLOS BUENAVENTURA**
INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE
SAS// CABOTAJE ZONA FRANCA DEL
PACIFICO BODEGA NUEVA LOGISTICA
PALMIRA VC 763531 (CO)

4850387 REF: FEEL0202FEHA

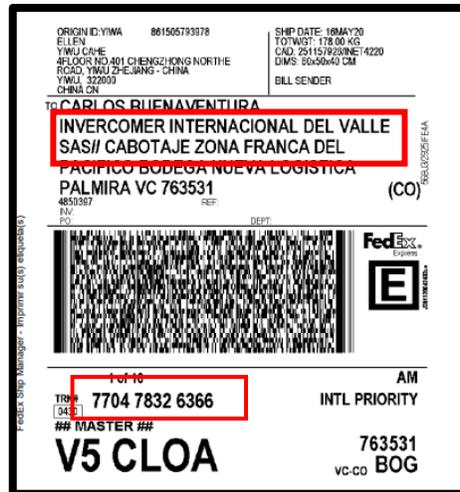
INV. PO. DEPT.



FedEx Express
 E

1 of 17 AM
 TRK# 7705 3448 2796 INTL PRIORITY
 0430
 ## MASTER ##
V5 CLOA 763531
 VC-CO BOG

FedEx Ship Manager - Imprimir su(s) etiqueta(s)



- (x) Conforme a lo anterior, se resalta que las presuntas guías –las cuales nunca fueron presentadas ante Promed o a lo largo del proceso– ni siquiera provenían de Logistics, sino de la empresa Invercomer Internacional Del Valle S.A.S., la cual no posee ningún vínculo jurídico con mi representada, sin tener en cuenta que no se constata de forma cierta que dicha guía era referente a la Mercancía objeto del Contrato. Por lo tanto, y al margen de que Logistics jamás notificó a mi representada del conocimiento de embarque o BL, lo cierto es que las supuestas “guías” desde ninguna perspectiva pueden servir para acreditar el embarque de los productos que eran objeto del Contrato.
- (xi) Sumado a lo expresado, y también aún en gracia de discusión, las referidas “guías” no servían para el propósito contractual de poder acreditar a Promed que efectivamente se embarcaron los tapabocas en la cantidad, calidad y especificaciones técnicas.

Por lo expuesto, existen razones y consideraciones suficientes para que el Tribunal Arbitral declare no probada las excepciones denominadas (i) “Primera. Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante”; (ii) “Segunda. Inexistencia de la obligación de cumplir por la parte Convocada”; y (iii) “Tercera. Inexistencia de incumplimiento contractual de la parte Convocada.”. Así mismo, será del caso que el panel niegue las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención.

3.4.3. El hito de pago del precio contenido en el ordinal (ii) de la cláusula Segunda del Contrato estaba sujeto a la condición de que Logistics acreditase a Promed el embarque del 100% de los productos objeto del Contrato

Sin perjuicio de destacar que Logistics no acreditó formalmente y los términos convenidos el embargo de la Mercancía, aún en gracia de discusión, es preciso destacar que el segundo hito de pago requería el embarque de la totalidad de los Tapabocas objeto del Contrato, lo cual jamás atestiguó Logistics. Sobre este punto vale la pena indicar que el hito de pago en cuestión comprendía el 10% del valor total del Contrato, lo que sin duda implicaba que su causación estaba sujeta al

“embarque” de la totalidad de la Mercancía objeto del negocio, lo cual jamás ocurrió o por lo menos jamás se le notificó a mi representada con documentación idónea para tal fin.

Ello se encuentra probado con el texto mismo del Contrato que hace referencia a que el momento del embarque de la mercancía causaba el segundo pago correspondiente al 10% del precio total, de manera que, se debía acreditar el embarque de la totalidad de la mercancía para la efectiva causación del pago. Este entendimiento fue confirmado por representante legal en su declaración:

“Apoderado de Promed: ¿Por qué el contrato está por 200 mil unidades?”

Rafael Ávila: *El contrato es un contrato integral que contiene dos entregas y las dos entregas tenían un lapso de ocho días específicamente era por temas simplemente enunciados desde el inicio por la empresa logística como un gap de tiempo para temas logísticos a lo cual aceptamos, pero el contrato es un contrato por 200 mil tapabocas el anuncio de embarque que debía hacerse por supuesto pues era por las 200 mil unidades era el objeto de este contrato.”*

Al respecto, el representante legal de Logistics indicó en su interrogatorio que el 10% referente al segundo pago hacía referencia a la totalidad del precio, es decir que una vez se notificara el embarque de la totalidad de la mercancía, se pagaría el 10% del precio total del contrato:

“Apoderado de Promed: *Por favor indíqueme al tribunal si ese hito del 10% del precio total hace referencia al precio de 100.000 tapabocas, de 200.000 tapabocas del total del contrato de 1630 millones. No le estoy preguntando por número de tapabocas sino por precio de 100.000 tapabocas o de 200.000 tapabocas.*

Juan Pablo Buenaventura: *de los 200.000 tapabocas.”*

En el mismo sentido, Giancarlo Ferrari, Testigo solicitado por Logistics confirmó el sentido en el que el hito que causó el segundo pago versaba sobre la totalidad del contrato, es decir, por los 200.000 tapabocas, veamos:

“Apoderado de Promed: *yo quiero hacerle una pregunta muy puntual por lo que usted ha manifestado conoce muy bien las formas de pago y es en relación con este ordinal segundo podría por favor usted a lo mejor quiere leerlo mire dice “un segundo pago equivalente al 10 por ciento del precio total al momento del embarque” podría usted indicarle al tribunal que entendimiento si usted sabe tenía logística sobre si ese 10 por ciento era calculado sobre el total del precio del contrato o sobre una parte del contrato.*

Giancarlo Ferrari: *yo ahí leo del precio total al momento del embarque, se referiría al precio total que está arriba.*

Apoderado de Promed: *¿Es decir, entendemos al precio total de los 200 mil tapabocas?*

Giancarlo Ferrari: *Correcto, sí señor, de 1.630 millones de pesos que dice la parte de arriba.”*

En suma, para que se causara el hito del segundo pago, era necesario que Logistics notificara de la manera convenida el embarque de los 200.000 tapabocas. Esta situación nunca fue configurada, ni por la notificación del embarque en la forma que convinieron y mucho menos por que se hubiese notificado el embarque de la totalidad de la mercancía sobre la que versaba el Contrato, cuya carga

correspondía única y exclusivamente a Logistics, quien ni dentro del proceso comercial ni todo el trámite arbitral tienen ninguna prueba que demuestre la notificación, en cumplimiento de la obligación por su parte que acá se expone.

Lo anterior cobra relevancia para efectos de resolver de fondo la presente disputa, pues Logistics sustentó la excepción de contrato no cumplido en un supuesto incumplimiento de Promed que se concretó el 26 de mayo de 2020, por el supuesto no pago del segundo hito del precio. Veamos (Pág. 13 de la Contestación a la Demanda Reformada):

“(…) Lo anterior en consideración a que quien incumplió el mentado contrato fue esta (la Convocante), toda vez que como se acreditará dentro del presente proceso, mi representada, la Convocada, cumplió con todas y cada una de sus obligaciones, tanto así que la mercancía en su totalidad se importó y nacionalizó, sin embargo hasta el momento de este escrito la Convocante debió haber efectuado el segundo pago (26 de mayo de 2020 fecha de embarque -BL- de la mercancía), sin que lo hubiere hecho, lo cual constituye a la Convocante en un contratante incumplido, a quien no le es dable demandar el cumplimiento del contrato, ni la indemnización de perjuicios, como lo ha señalado la jurisprudencia que se trae a colación. (…)

En ese mismo sentido, dentro de las pretensiones de la Demanda de Reconvención, la convocada pretende que se declare el incumplimiento del Contrato a partir del 26 de mayo de 2020, como consecuencia de que supuestamente a partir de dicha fecha Promed debía realizar el pago del 10% del precio pactado. Veamos:

Cuarta. Solicito se declare que la **Demandante de Reconvención**, mi representada, le notificó e informó a la **Demandada Reconvénida**, desde el mismo 26 de mayo de 2020, la fecha de embarque (o BL) de la mercancía, de que trata la cláusula primera del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020.

Quinta. Solicito se declare que la **Demandada Reconvénida**, incumplió la cláusula segunda del contrato de compraventa celebrado entre las partes el 08 de mayo de 2020, en consideración a que no realizó el segundo pago establecido en la cláusula segunda del mentado contrato, consistente en el 10% del total de este, equivalente a la suma de **\$163.000.000 M/Cte.**, a favor de mi representada, la **Demandante de Reconvención**.

Para sustentar lo anterior, y acreditar el cumplimiento de la condición prevista para la causación del segundo hito del precio, Logistics aduce como única prueba, el correo electrónico del 26 de mayo de 2020 remitido por la señora Angie Vanessa Gil (Prueba Documental No. 1.8 de la Demanda Reformada), en el cual se indicó lo siguiente:

“Buen día (sic) estimados

En adjunto enviamos video de producción de la 38mercancía38 que fue terminada el pasado miércoles 20 de mayo de 2020, donde se emitió comunicado notificando la situación actual de fedex, en adjunto para su conocimiento.

A continuación informamos guías con fedex despachadas pare este embarque:

770478474132 Entregada el sábado 23 de mayo , con estimado de arribo a Colombia el día 27 de mayo , tracking actual en Memphis 770478326366, Recepcionada por fedex el viernes 22 de mayo, con estimado de arribo el día 27 de mayo, tracking actual en Memphis

770478406231 , Recepcionada por Fedex el día Lunes 25 de Mayo, con estimado de arribo el día 28 de Mayo , tracking actual Shanghai 770533764940 , Recepcionada por fedex el día martes 26 de mayo (hora local china) , con estimado de anibo a Colombia el 29 de mayo de 2020 7705344132796 Recepcionada por fedex el día martes 26 de mayo (hora local china) , con estimado de arribo a Colombia el 29 de mayo de 2020

Las guías anteriormente mencionadas corresponden a la primer entrega por cien mil unidades , para la segunda entrega de cien mil unidades confirmaremos una vez sean despachadas la guías, ya que por la situación presentada por Fedex, 39Logistics solutions había determinado ceder inventario terminado y embarcado en el contenedor FSCU 7884556 , el cual infortunadamente tuvo retraso para salir de china de 8 días y actualmente cuenta con estimado de arribo a los ángeles para el 8 de junio, donde posteriormente tomará vuelo para Colombia (sic) con destino a Cali el 11 de Junio.

Logistics 39soluotions como operador logístico determinará ceder inventario de este contenedor a nuestro pedido sí Federal express corporation, confirma nueva congestión y no recepcionará (sic) carga para su despacho, de lo contrario continuaremos con el despacho de guías diario pare confirmar estatus

Agradecemos tener presente que una vez las cargas arribadas a 39colombia39j, deben pasar por procesos logísticos en zona franca para su posterior nacionalización y despacho a su compañía, una vez la 39mercancía 39 se encuentre en zona franca le será notificado para envío de funcionario de 39Promed para su respectiva verificación”
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

Del citado correo electrónico que constituye la única prueba del supuesto incumplimiento de Promed, se evidencian varios aspectos que desvirtúan la tesis de Logistics para justificar su incumplimiento:

- (i) En primer lugar, se aprecia que, de la información contenida en el correo electrónico transcrito, no es posible concluir que Logistics notificó o remitió el conocimiento de embarque o BL a Promed, por lo que el segundo hito de pago el precio no surgió a la vida jurídica.
- (ii) En segundo lugar, y como cuestión central para efectos de esta sección, sin ninguna dificultad se advierte que, aún en gracia de discusión, para el 26 de mayo de 2020 (fecha en la que se reputa el incumplimiento de Promed), Logistics no había embarcado la totalidad de los tapabocas que eran objeto del Contrato, pues la misma funcionaria de la convocada reconoce explícitamente que las “segundas” 100.000 unidades de tapabocas no han sido “despachadas” por lo que manifiesta que **“para la segunda entrega de cien mil unidades confirmaremos una vez sean despachadas la guías”**.

Con fundamento en lo anterior, y a la luz de una interpretación adecuada del Contrato según la cual la causación del segundo hito del pago del precio requería del embarque del 100% de la Mercancía, es decir, 200.000 unidades de tapabocas, es evidente que tanto la excepción de contrato no cumplido invocada por Logistics como sus pretensiones asociadas al incumplimiento del Contrato por parte de Promed a partir del 26 de mayo de 2020 están llamadas al fracaso, pues para dicha fecha mi representada no estaba obligada a pagar el segundo hito ante la falta de cumplimiento de la condición contractual pactada.

De hecho, resulta curioso, por decir lo menos, que la convocada al cierre probatorio no hubiese aportado los documentos que dieran cuenta del cumplimiento de la condición contractual pactada (conocimiento de embarque de 200.000 unidades de tapabocas), así como tampoco allegó las aludidas “guías” al proceso, de tal manera que jamás cumplió con su carga de demostrar que efectivamente Promed incumplió su obligación de pago.

Por lo expuesto, existen razones y consideraciones suficientes para que el Tribunal Arbitral declare no probada las excepciones denominadas (i) “Primera. Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante”; (ii) “Segunda. Inexistencia de la obligación de cumplir por la parte Convocada”; y (iii) “Tercera. Inexistencia de incumplimiento contractual de la parte Convocada.”. Así mismo, será del caso que el panel niegue las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención.

3.5. El incumplimiento anunciado por parte de Logistics permitía a Promed sustraerse de cumplir con el pago del 10%

De manera subsidiaria, es preciso indicar que, si bien nunca se configuró la causación del segundo pago como se explicó en el apartado anterior, Promed no estaba obligado a pagar como consecuencia del incumplimiento que Logistics había anunciado desde el 14 de mayo de 2020, que luego fue corroborado, pues llegadas las fechas de entrega, Logistics seguía teniendo problemas con el proceso de importación y nacionalización de la mercancía, lo cual constituyó un incumplimiento rotundo a su obligación de entrega de la mercancía.

En primer lugar, el 14 de mayo de 2020 (Prueba Documental No. 1.5 de la Demanda Reformada), una representante de la empresa Logistics remitió un correo electrónico en el que anunciaba el ingreso del contenedor a la terminal de contenedores para el respectivo llenado, para así dar cumplimiento con la salida de la mercancía el 17 de mayo de 2020. Veamos¹³:

¹³ Prueba Documental No. 1.5. de la Demanda Principal.

El jue., 14 de may. de 2020 a la(s) 15:02, Angie Vanessa Gil (inside01@lsaci.com) escribió:
Buena tarde estimado Rafael
 Inicialmente agradecemos otorgarnos la coordinacion de esta logistica.
 Presentando avances, me permito informar que el contenedor ha ingresado el dia de hoy, hora china al terminal de contenedores para el respectivo llenado, y de esta manera cumplir con la salida prevista para el dia 17 de Mayo.

Estaremos informando avances
 cordial saludo

[¡En Logistics Solutions movemos el mundo para que tus negocios sigan abriendo fronteras!](#)

Atentamente – Best Regards,

A pesar de lo anterior, y de la expectativa en tiempo de entrega que tenía Promed, el día 18 de mayo de 2020 (Prueba Documental No. 1.6 de la Demanda Reformada), Logistics notificó a Promed que la página de la naviera no reflejaba zarpe de la carga, donde se advertía que la Mercancía no había salido en la fecha prevista inicialmente¹⁴:

Re: Comprobantes pago Logistic - Promed/J2311

Angie Vanessa Gil <inside01@lsaci.com>
 Para: Juan Buenaventura <jbuenaventura@lsaci.com> 18 de mayo de 2020, 8:4
 Cc: Rafael Avila <rafaelavila@promed-quirurgicos.com>, Oscar Gomez Cardona <Oscargo570@hotmail.com>, "CC: Harold Lozano" <hlozano0517@gmail.com>, Giancarlo Ferrari <gfinanciera@lsaci.com>, Dr-Saúl Martínez <SMART7406@yahoo.com.co>, Guiovanny Valencia <aseguramiento@promed-quirurgicos.com>, Joham Gutierrez Lozano <johamg@promed-quirurgicos.com>, Erika Rodriguez <erikar@promed-quirurgicos.com>, Harrinson Duran Correa <contador@lsaci.com>, Carolina Zuleta - Gerente de Operaciones - Grupo LS <czuleta@logisticsolutions.co>, Janeth Alvarez Plaza <contabilidad3@logisticsolutions.co>, David Vargas <salesclo11@lsaci.com>

Buen dia estimados
 Tengan excelente inicio de semana
 Me permito informar que la pagina de la naviera aun no refleja zarpe de la carga,
 estimamos tener novedades el dia de mañana.

Estaremos informando avances

[¡En Logistics Solutions movemos el mundo para que tus negocios sigan abriendo fronteras!](#)

Atentamente – Best Regards,

En segundo lugar, el 20 de mayo de 2020 (Prueba Documental No. 1.7 de la Demanda Reformada), la representante de la empresa Logistics nuevamente remitió un correo electrónico en el que informaba que debido a la congestión portuaria la carga zarparía el 24 de mayo de 2020, para tal fecha ya solo faltaban 7 días para la primera entrega de la Mercancía debidamente nacionalizada en Bogotá.

¹⁴ Prueba Documental No. 1.6. de la Demanda Principal.

El mié., 20 de may. de 2020 a la(s) 08:10, Angie Vanessa Gil (inside01@lsaci.com) escribió:

Buen día estimados

Nos permitimos informar que debido a congestión portuaria, la carga zarpara el 24 de este mes, estaremos informando novedades

¡En Logistics Solutions movemos el mundo para que tus negocios sigan abriendo fronteras!

Atentamente – Best Regards,

15

En tercer lugar, el 26 de mayo de 2020 (Prueba Documental No. 1.8 de la Demanda Reformada), Logistics anunció los retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, indicando que las fechas de posible arribo de los productos al país posteriores a la fecha de entrega pactada en el Contrato, veamos¹⁶:

Las guías anteriormente mencionadas corresponden a la primer entrega por cien mil unidades , para la segunda entrega de cien mil unidades confirmaremos una vez sean despachadas la guías , ya que por la situación presentada por Fedex, logistics solutions había determinado ceder inventario terminado y embarcado en el contenedor **FSCU 7884556** , el cual infortunadamente tuvo retraso para salir de china de 8 días y actualmente cuenta con estimado de arribo a los ángeles para el **8 de junio**, donde posteriormente tomará vuelo para colombia con destino a Cali el **11 de Junio**.

El mismo 26 de mayo de 2020 (Prueba Documental No. 1.9 de la Demanda Reformada), el Representante Legal de Logistics envió un correo electrónico en el que informa, entre otras cosas, que las fechas de entrega pactadas se verán “afectadas” y estiman efectuar la entrega de las 200.000 mil unidades hasta la segunda semana de junio de 2020, es decir, que no se cumplirían los tiempos pactados en el Contrato. Veamos:

***“(…) Por lo anteriormente expuesto, veremos afectadas las fechas de entrega pactadas, toda vez que, el proceso de aprobación del VUCE está tomando de 8 a 14 días, motivo por el cual estimamos poder estar haciendo la entrega de las 200.000 unidades de KN95, para la segunda semana de junio de 2020.”**¹⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Como se advierte de este breve recuento de lo ocurrido, es evidente que la parte incumplida siempre fue Logistics, quien desde el inicio del Contrato levantó las correspondientes alertas sobre el retraso en la entrega de los Tapabocas y los supuestos problemas que afrontaría.

Así pues, fue probado dentro del proceso arbitral y su etapa probatoria, que muy a pesar de que Promed no había realizado el segundo pago por el 10% del total del Contrato porque no se cumplieron las condiciones contractuales para surgiera dicha obligación, en tanto no le fue notificado la embarcación de la mercancía, Logistics había ya demostrado que no cumpliría con la entrega de la Mercancía en el plazo acordado. Ello, en cuanto informó que la segunda entrega tenía

¹⁵ Prueba Documental No. 1.8. de la Demanda Principal.

¹⁶ Prueba Documental No. 1.8. de la Demanda Principal.

¹⁷ Prueba Documental No. 1.9. de la Demanda Principal.

un retraso de salida de ocho (8) días y que sería enviada con destino a Cali hasta el once (11) de junio, lo que de entrada ya demuestra que habría un incumplimiento de Logistics con la entrega de la mercancía pues la misma debía ser entregada a más tardar el siete (7) de junio.

Por lo expuesto, existen razones y consideraciones suficientes para que el Tribunal Arbitral declare no probada la excepción denominada “*Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante*”, y niegue las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención.

3.6. Promed solo estaba obligada a pagar el 50% del saldo del precio contra la entrega física de los productos objeto de la venta

Si bien las anteriores consideraciones serían suficientes para despachar desfavorablemente la excepción de contrato no cumplido propuesta por Logistics y las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención, es oportuno comentar que tras el vencimiento del plazo la convocada desfiguró las condiciones contractuales tras exigir el pago de la totalidad del precio previa a la entrega de los 200.000 tapabocas, con el objetivo de demostrar que estaba lista para cumplir.

Como lo podrá apreciar el Tribunal Arbitral en los distintos escritos presentados por Logistics, esta sugiere que a partir del 8 de junio de 2020 estuvo presta a entregar los 200.000 tapabocas, pero que ello no ocurrió por falta de pago por parte de Promed, lo cual no solo está alejado de la verdad, sino que corresponde a un cambio unilateral de las condiciones contractuales.

El Contrato de Compraventa, tal y como quedó acordado, implicaba que se debía hacer el tercer pago final una vez Promed hubiera recibido la totalidad de la mercancía. Este punto en particular fue objeto de cuestionamiento al representante legal de Promed en el interrogatorio que hizo el apoderado de Logistics en este sentido:

“Apoderado de Logistics: *Usted podría indicarnos por favor cuál es la interpretación que ustedes como Promed le dan a la cláusula segunda del contrato que está ahí exhibido.*
[...]

04:56:09 Rafael Ávila: *Ok. Que tenemos entonces tres etapas de pago contractuales. La primera es un pago que corresponde al anticipo del 40 por ciento, que se realizaría a los cinco días de la firma del contrato. Un segundo pago que nos daría, lo realizaríamos contra el anuncio del embarque de nuestros tapabocas y de las 200 mil unidades, que es el presente contrato. Y un tercer pago que se generaría al momento de la entrega física cuando lo tuviésemos en mano con la documentación comprometida y correspondiente a lo pactado en este contrato.”*

En el mismo sentido, el apoderado de Suramericana indagó sobre el entendimiento del pago contra entrega que estaba pactado en el Contrato, y que correspondía al 50% del total del valor del Contrato:

“14:15 Apoderado de Suramericana: *Pregunta número 16, según su interpretación, ¿los pagos estaban condicionados a la entrega de mercancía, es decir era un pago contra entrega?*

Rafael Ávila: *la entrega de la mercancía estaba supeditada a un pago inicial del 40%, a un 10% contra el anuncio del embarque que repito se debió dar a través de un BL que nunca llegó y el 50% ... o mejor.*

14:40 *Quiero corregir mi explicación. ¿Usted está preguntando por la entrega de la mercancía o por las condiciones del contrato?*

Apoderado de Suramericana: *No, yo le estoy preguntando. ¿Según su interpretación la entrega de la mercancía era el pago contra entrega?*

Rafael Ávila: *La entrega de la mercancía se debería dar contra el 40% del pago anticipado como se gestó en el contrato y luego el faltante 50 contra entrega.”*

Sobre este mismo punto, el testigo solicitado por Logistics, Giancarlo Ferrari expresó de igual manera el entendimiento del pago del 50%:

“Apoderado de Promed: *señor Giancarlo, usted hizo una manifestación es que el tercer pago era un pago final entonces yo le estoy preguntando ese pago en qué momento se causaba, esa es la pregunta más allá de lo anterior.*

Giancarlo Ferrari: *En el contrato lo decía muy claro, contra la entrega satisfacción de los tapabocas. Primero entrega de 100 y los otros 100, cuando Promed recibiera sus 200 debía pagar el otro 50 por ciento, es decir, Logistics estaba jugando a confianza de que le pagaban cuando entregaran confiando en que le pagaban el anticipo el pago anticipado de 50 por ciento.”* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

A pesar de la claridad que tenían las partes sobre el tercer pago del 50%, parte de lo que frustró las negociaciones que llevaron a cabo las mismas partes para intentar mantener la relación comercial y llevar a cabalidad sus obligaciones, se presentó con la exigencia por parte de Logistics de esperar que una vez se nacionalizaran las primeras 100.000 unidades de tapabocas:

Prueba documental 1.14 de la Demanda Reformada

Buenos días Rafael, como esta!

Dando alcance al correo de más abajo, estamos muy atentos al pago del 10% pendiente del valor total del contrato (\$163.000.000= mcte), para de esta forma poder proceder con la nacionalización de las 100.000 unidades.

Una vez nacionalizadas estas 100.000 unidades, se les estará informando para que realicen el pago del 50% restante (\$ 407.500.000) de estas, para proceder con su despacho.

Por otra parte y según información recibida por parte del Sr. Oscar Gomez, confirmamos que las unidades disponibles a la fecha, son las de cajas x 10 unidades con el "Non Medical" mas pequeño, las cuales atendiendo a su solicitud, serán enviadas SIN el armado de las mismas.

Prueba documental 1.13 de la Demanda Reformada

Por favor proceder con la consignación del 10% faltante del anticipo \$ 163.000.000 y el 50% de las 100.000 unidades a despachar \$ 407.500.000 para un total de: \$ 570.500.000.

Las exigencias de Logistics que no se ajustaban a los acuerdos de las partes son muestra clara de su incumplimiento, pues no podía exigir el pago del 50% final como condición para cumplir con sus obligaciones, pues las partes habían determinado que el pago del 50% del valor del Contrato se haría una vez se recibiera a satisfacción la totalidad de la Mercancía.

Por lo anterior, la argumentación de Logistics encaminada a construir un sofismo sobre su supuesta voluntad de cumplimiento no es tal, pues estuvo condicionando la entrega de las primeras 100.000 unidades al pago total del precio, cuando en realidad las condiciones pactadas exigían la entrega de las mercancías para causar la totalidad del precio.

3.7. Excepción de contrato no cumplido- Promed no se encontraba en mora puesto que Logistics se configuró en mora primero en el tiempo

Como ha quedado demostrado a lo largo de esta sección, Promed no incumplió su obligación de pagar el 10% del precio del Contrato, por cuanto no se configuró la condición para que se activara dicha obligación. Logistics no entregó los elementos ni documentos convenidos que acreditarán el embarque de las 200.000 unidades de Tapabocas contratadas, lo cual era la condición contractual fijada por las partes para la causación de la obligación de pagar el 10% del precio.

Lo anterior quedó demostrado en el interrogatorio que realizó el apoderado de Suramericana al representante legal de Promed:

*“49:10: **Apoderado de Suramericana:** Diga si es cierto si o no que Promed omitió o no realizó nunca el pago del 10 por ciento previsto en la cláusula que usted ya dijo que había sido pactada entre las partes sobre el precio y la forma de pago.*

***Representante Legal de Promed:** No es cierto que Promed haya incumplido esta cláusula, dado que la cláusula o ese pacto, ese pago se debería haber dado contra un evento especial y era el anuncio del embarque de la mercancía, anuncio que nunca se dio por esa razón Promed no realizó el pago.”*

Así pues, como ha sido expuesto en estos alegatos, en el proceso arbitral quedó suficientemente demostrado que Promed no incumplió su obligación de pagar el 10% del precio del Contrato, por cuanto no se configuró la condición para que se activara dicha obligación y que por su parte Logistics entró en mora previamente a un supuesto incumplimiento por la no entrega de la mercancía en las fechas determinadas en el Contrato.

3.7.1. Cronología del cumplimiento de las obligaciones según la estructura pactada en el Contrato

El esquema de entrega pactado en la Cláusula Tercera del Contrato, donde se definió el esquema de fechas de entrega: (i) una primera entrega de 100.000 unidades, la cual tendría lugar entre el día

13 y el día 18 hábil después del pago del primer hito del precio, equivalente al 40% del valor total de Contrato. Este periodo se activó el día 13 de mayo de 2020, y feneció sin la entrega de los primeros 100.000 tapabocas el día 31 de mayo de 2020. (ii) una segunda entrega de 100.000 unidades, la cual tendría lugar una semana después de la primera entrega, es decir, el día 7 de junio de 2020. Dichas fechas y esquema de entrega no es discutido por las partes, al punto que la subsanación de la Demanda de Reconvención (Pág. 4) indicó lo siguiente:

“V.- A partir de esta fecha (13 de mayo de 2020) la Demandante de Reconvención, mi representada, Logistics Solutions ACI S.A.S., contaba con entre 13 y 18 días calendarios para hacer la primera entrega, es decir que esta debía realizarse entre el 26 y 31 de mayo de 2020.”

Lo anterior muestra que el plazo en la entrega dependía de la fecha en que se realizó el pago del anticipo del 40%, independientemente de cuando se hiciera el segundo pago, es decir, que mientras Logistics no acreditara el BL de la totalidad de la mercancía no era exigible el segundo pago por el 10%, pero no por eso se ampliaba o dejaba de ser exigible la fecha de la entrega de la mercancía en las fechas pactadas, es decir, el 50% hasta el 31 de mayo de 2020 y el 50% hasta el 7 de junio de 2020, sin embargo, a pesar de que nunca se acreditó la condición del segundo pago, Logistics pretendió justificar la no entrega de la mercancía en esa situación, y por lo tanto incumplió con sus obligaciones contractuales.

Lo anterior quedó registrado dentro de la práctica del interrogatorio de parte de Promed que realizó el apoderado de Suramericana, en donde quedó claro que el segundo pago no era condición para que Logistics hiciera la entrega de la mercancía, sino que de conformidad con el contrato este dependía de la notificación del BL, mientras que la entrega tenía como única condición el pago del anticipo:

“56:17 Apoderado de Suramericana: Diga cómo es cierto sí o no, señor Ávila, que Logistics le comunicó a ustedes que les haría entrega de los tapabocas una vez ustedes les cancelaran a ellos la segunda cuota establecida en la cláusula sobre la forma de pago que cuya fecha se encontraba vencida.

Contestó. Rafael Ávila: No, no es cierto. No es cierto que Logistics nos haya enunciado que nos entregaría los tapabocas hasta que hiciéramos el pago que se encontraba en cedo porque contractualmente dado que éramos dos empresas de naturaleza desconocidas, habíamos establecido que, como preámbulo, como requisito para realizar dicho pago, debería habernos notificado a través del embarque. Otra vez insisto el Bill of Lading que es el documento internacional donde nos daría certeza y garantía de que los tapabocas realmente correspondían a tapabocas y que realmente era la mercancía que estábamos ejecutando en el término de este contrato que estábamos ejecutando en este contrato.”

En suma, mientras que Logistics no acreditara el BL del total de la mercancía de forma adecuada, no se hacía exigible el segundo pago del 10% del total del precio para Promed, y sin perjuicio de ello, para Logistics nació la obligación y se definió el plazo de la misma una vez Promed hizo el pago del 40% del anticipo.

3.8. Conclusión: Ausencia de incumplimiento por parte de Promed de las obligaciones de pago y de recibir la mercancía

En conclusión, ha quedado suficientemente demostrado que el segundo pago correspondiente al 10% del valor total del Contrato estaba sometido a una condición asociada a que Logistics que acreditara el embarque de los 200.000 tapabocas por medio de la notificación del BL, documento que, entre otras, indicaba el número de orden, los datos del vendedor, comprador y transportador, la descripción detallada de la mercancía, su valor, etc. y que constituye un título.

Logistics no logró demostrar que había acreditado, **para el 26 de mayo de 2020**, el embarque con el BL para los 200.000 tapabocas que eran objeto del contrato, de manera que no era exigible el segundo pago del 10% del valor total del Contrato, ni generaba ninguna barrera para la entrega en el plazo previsto a partir del anticipo.

Promed siempre estuvo dispuesta a recibir los Tapabocas acordados, pero llegadas las fechas estipuladas, Logistics manifestó una serie de inconvenientes ajenos a Promed que retrasaron sus planes de importación y sin que ello tuviera relación con el segundo pago del 10% del valor del Contrato y por lo tanto es responsable por el incumplimiento en la entrega.

Ahora, incluso en el caso en el que Promed hubiera estado obligada a pagar el 10% antes de la entrega por parte de Promed, dicho incumplimiento no es grave ni esencial ni excusa el incumplimiento en la entrega, y por lo tanto no es posible configurar con él la excepción de contrato no cumplido.

Por lo anterior, le solicito amablemente al Tribunal Arbitral que desestime la excepción de Logistics de Contrato no cumplido, en el cual pretende justificar el incumplimiento en la entrega de los Tapabocas en el no pago del segundo pago del 10%, el cual no es grave ni significativo, el cual tenía como condición la acreditación del embarque de la totalidad de la mercancía mediante el BL, que nunca se efectuó por su parte. En esta misma línea, respetuosamente se solicita al Tribunal Arbitral negar las pretensiones de la Demanda de Reconvención, por cuanto las mismas se edifican sobre un incumplimiento de Promed que jamás existió.

4. Ausencia de configuración de una fuerza mayor que justificara la no entrega de la Mercancía objeto del Contrato o el retraso alegado por Logistics – improcedencia del reconocimiento de una excepción de fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual o como eximente de pago de indemnización de perjuicios

En el presente acápite se expondrá al Tribunal i) los planteamientos de los partes relacionados con la fuerza mayor; ii) el marco jurídico de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual; iii) el análisis del caso concreto en donde se concluye que en el caso objeto de la litis no se configuró el fenómeno de fuerza mayor puesto que no acreditaron los requisitos de este como eximente de responsabilidad contractual ni como eximente de pago de perjuicios. De hecho, en razón de que Logistics no acreditó la importación de la Mercancía objeto del Contrato, la alerta 95-2020 del 27 de mayo de 2020 no puede considerarse como el evento que originó la fuerza mayor que se alegó por parte de Logistics y Suramericana.

4.1. Planteamientos de los partes relacionados con la fuerza mayor

Pese a que en la contestación de la demanda reformada por parte de Logistics¹⁸ no se planteó formalmente una excepción relacionada con la fuerza mayor, tendiente a enervar las pretensiones de la demanda de reformada, el apoderado de la parte convocada realizó varias manifestaciones a lo largo de todo el escrito de contestación de la demanda reformada en las cuales se afirmó lo siguiente:

1. En la contestación a los hechos décimo cuarto (14), vigésimo primero (21), vigésimo quinto (25) y vigésimo sexto (26). Alegaciones que se repiten en la contestación a los hechos vigésimo séptimo (27) y vigésimo octavo (28) de la demanda reformada:

*“No obstante, el impago de parte de la Convocante, mi representada continuó con el trámite de importación y nacionalización de la mercancía, **la cual, por una circunstancia de fuerza mayor, como lo es la orden de autoridad competente, debió realizar la reactivación del usuario en el VUCE, en consideración a que el 26 de mayo de 2020** así lo dispuso el Ministerio de Salud, a través del INVIMA, todo en el marco del estado de emergencia declarado dentro de la república”.*

*“El 26 de mayo de 2020, la Convocada le informa a la Convocante que se presentaría una demora en la entrega de la totalidad de los tapabocas de una semana (atendiendo lo indicado en el último párrafo de la cláusula tercera del contrato de compraventa objeto de este proceso), por lo que se entregarían en su totalidad la segunda semana de junio de 2020, **pero esta demora era producto de una causal de fuerza mayor, como lo constituye la orden de autoridad competente** (artículo 642 Código Civil)”.*

*“Es parcialmente cierto, que para el 01 de junio de 2020 mi **representada, la Convocada, se encontraba en mora de entregar los primeros cien mil tapabocas a la Convocante, pero esta circunstancia se debió a una causal de fuerza mayor**, en los términos del artículo 64 del Código Civil, **como lo es la orden de autoridad competente**, toda vez que el INVIMA emitió, en medio de pandemia del SARS COVID – 19, que conllevó la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, según lo señalado en el Decreto 417 de 2020, la alerta No. 095 – 2020, a través de la cual revocó todos los VUCES de los respiradores tipo N95 y/o inactivación de los usuarios, y conllevó a que todos los importadores, incluido mi representada, la Convocada, debieran volver a realizar el respectivo registro, lo cual tornó que la nacionalización tomara más días de los previstos”.*

*“**Sobre el particular, y como se ha venido manifestando, la demora en la primer entrega se debió a una circunstancia de fuerza mayor**, derivada de la orden el INVIMA, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, emitió la alerta No. 095 – 2020, a través de la cual revocó todos los VUCES referentes a los tapabocas que se encontraban entrando al país, y ordenó su registro desde el inicio, lo que tornó que se presentara una demora, en días, de la nacionalización”. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).*

¹⁸ PDF radicado por correo electrónico del 10 de abril de 2023 por parte de Logistics

2. En el contenido de la primera excepción denominada *“Improcedencia de reclamar la terminación del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa objeto del presente proceso por la parte Convocante”*, planteada en la contestación a la demanda reformada por parte de Logistics (página 29 de 50 del PDF radicado el 10 de abril de 2023) se afirmó lo siguiente:

“Se reitera que la demora en la nacionalización que conllevó a no cumplir con la fecha de entrega establecida, se debió, como se indicó anteriormente, a una causal de fuerza mayor, derivada de la orden de autoridad competente, en este caso el Ministerio de Salud, quien en el marco de la emergencia decretada por la SARS COVID 19, ordenó la re activación de los usuarios en el VUCE, y no a un acto negligente imputable a mi representada”.

3. En el contenido de la tercera excepción denominada *“Inexistencia de incumplimiento contractual de la parte Convocada”*, planteada en la contestación a la demanda reformada por parte de Logistics (página 30 de 50 del PDF radicado el 10 de abril de 2023) se afirmó lo siguiente:

“Como se indicó la demora en la nacionalización, a pesar del impago de la parte Convocante, se debió a una causal de fuerza mayor, derivada de la orden de autoridad competente, por lo que no puede aducirse que haya existido alguna clase incumplimiento contractual de la parte Convocada”.

Conforme a lo anterior, se concluye que Logistics i) confiesa que al 1 de junio de 2020 se encontraba en mora de cumplir la primera entrega de los Tapabocas y ii) como justificación del incumplimiento de la obligación de entrega de la Mercancía en los términos acordados en el Contrato, pretende alegar la existencia de una supuesta fuerza mayor derivada de la alerta sanitaria del 26 de mayo de 2020, frente a lo cual conviene hacer las siguientes precisiones.

Por su parte, la llamada en garantía Suramericana planteó como primera excepción de su contestación a la demanda reformada¹⁹, la *“CONFIGURACIÓN DE UN EVENTO CONSTITUTIVO DE CAUSA EXTRAÑA (FUERZA MAYOR) COMO CAUSAL EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD – ACTOS DE AUTORIDAD EJERCIDOS POR EL ESTADO”*. En palabras de la llamada en garantía, los actos de autoridad competentes imposibilitaron que Logistics pudiera cumplir inicialmente con el término pactado para realizar la primera entrega de los tapabocas conforme a lo acordado en el Contrato *“De manera que, el evento de fuerza mayor se estructura sin lugar a duda a partir de que se emite la Alerta Sanitaria 095-2020, la cual, fue expedida durante la vigencia del contrato (27 de mayo de 2020) y que, naturalmente retrasó los tiempos de entrega conforme lo inicialmente pactado”*.

*“Véase que, para la fecha en que debía ser exigible dicha entrega, esto es, 31 de mayo, es decir, dentro del término de los 18 días calendario posteriores a la fecha del primer pago correspondiente al 40% del valor total del contrato, sucedió un hecho exterior, imprevisible e irresistible a LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. **que le impidió cumplir dentro del término**. No obstante, claramente se*

¹⁹ PDF radicado el 11 de abril de 2023 por parte de Suramericana.

evidencia que, una vez superado dicho impase, LOGISTICS SOLUTIONS encaminó sus esfuerzos a dar cumplimiento al contrato”.

4.2. Marco jurídico de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual o como eximente de pago de perjuicios

El contrato, como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes se rige por el principio “lex contractus pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 CC, constituyéndose en ley para las partes, pudiendo darse por terminado únicamente por mutuo disenso o por causas legales. A su turno el artículo 1603 de la misma codificación exige que el contrato deba ser ejecutado de buena fe, obligando a lo que en él se expresa y a todo lo que emana de la naturaleza de la obligación o de la ley. Sobre esta institución el Consejo de Estado ha sostenido:

“Que es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna²⁰, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).”²¹

Desde una perspectiva objetiva, el incumplimiento se refiere a una desviación de la conducta desplegada por el deudor respecto de aquella debida en la obligación; incluye el no haberse cumplido la prestación (ausencia total de la prestación)²², haberse cumplido imperfectamente y haberse retardado el cumplimiento de la prestación (retraso)²³.

Ahora bien, el no cumplimiento de la prestación no siempre se traduce en responsabilidad y frente a ello el maestro Fernando Hinestrosa hacía una distinción entre el “incumplimiento imputable al deudor” y el simple “no cumplimiento”, veamos:

“Al margen de las dos instituciones contrapuestas está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. Su conducta diferente de la exigida en el título acarreó ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, como también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido aquellas

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: “La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido”.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 30 de enero de 2013 MP Danilo Rojas Betancourth

²² Abeliuk señala que “[l]a prestación es el elemento objetivo de la obligación [...] es lo que se debe, la conducta que se exige al deudor, y que puede consistir, según la definición dada y que el Código destaca al intentar un concepto del contrato en el art. 1438, en dar alguna cosa, hacer algo o abstenerse de ejecutar un hecho”. Abeliuk, R., Las obligaciones, t.

²³ Artículo 1613 del Código Civil.

conductas y situaciones a un elemento extraño, ora, simplemente, por no haber sido culposa (arts. 1616 [inc. 2.º], 1729 y ss. c.c.)”

Por ello, debe distinguirse el incumplimiento como elemento de la responsabilidad contractual de la causa extraña como eximente que rompe la imputación y también desvirtúa el nexo de causalidad, cuya prueba lo que genera es que pese a la existencia de incumplimiento, el mismo no sea imputable al deudor y por tanto, este no deba responder.

Sobre esto, como lo ha reconocido la jurisprudencia, existen ciertos eventos que rompen o interrumpen dicho nexo causal y que, por lo tanto, al no resultar jurídicamente imputable al contratante demandado el daño sufrido por el contratante demandante, se erigen en factores de exoneración de la responsabilidad contractual deprecada. Se trata de diversas situaciones que son englobadas en la denominación genérica de “causa extraña”²⁴, que comprende, como sus especies, el “caso fortuito o fuerza mayor”, el “hecho de un tercero” y el “hecho de la víctima”.

El artículo 64 del Código Civil define como fuerza mayor o caso fortuito al evento imprevisto al que no es posible resistir. De allí, que tanto la jurisprudencia como la doctrina indiquen que los dos elementos constitutivos de la fuerza mayor o el caso fortuito son la imprevisibilidad, la irresistibilidad y se ha reconocido un tercer elemento denominado la exterioridad, que indica que solo aquellos hechos que sean extraños al círculo de control del deudor configuran fuerza mayor, es decir, el deudor no será culpable si logra demostrar que los eventos generadores de su incumplimiento le son extraños y no había manera de oponerse a dichos eventos, pues estos lo superaron²⁵.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal. En torno a tales requisitos, la Corte ha puntualizado que si ‘el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

Siendo necesario, claro está, ‘examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual’, desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: ‘1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo’ (Sentencia de 23 de junio de 2000; exp.: 5475).

²⁴ La expresión “causa extraña” es prohijada por la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en sentencias de casación civil de noviembre 24 de 2000 (expediente 5365), mayo 16 de 2003 (expediente 7576), abril 25 de 2018 (SC1230 de 2018), marzo 7 de 2019 (SC665-2019) y noviembre 26 de 2021 (SC5185-2021).

²⁵ Solarte, A., y Varón, J. C. (2020). Fuerza mayor y caso fortuito: Suspensión de contratos y litigios derivados. <https://www.youtube.com/watch?v=SedBYVQ44qo&feature=youtu.be>

Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho es irresistible, 'en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente -sojuzgado por el suceso así sobrevenido en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito' (Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220)" (Sent. Cas. Civ. de 26 de julio de 2005, Exp. No. 06569-02).

En cuanto a la irresistibilidad, según la jurisprudencia, "atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias, no obstante los medios empleados para contrarrestarlo o sobreponerse a él y a su desenlace, o en otros términos, cuando en las mismas condiciones del demandado y atendiendo la naturaleza del hecho, ninguna otra persona hubiera podido enfrentar sus efectos perturbadores. En tales condiciones, no sería viable deducir responsabilidad, pues nadie es obligado a lo imposible. La imposibilidad relativa, por tanto, o viabilidad de que, con algún esfuerzo, quien enfrenta la situación supere el resultado lesivo, descarta la irresistibilidad"²⁶.

El carácter externo del caso fortuito o fuerza mayor, en voces de la misma Corte, "presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, 'no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño...', pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (quæ sine dolo et culpa eius accidunt) y a las que aún previstas no pueden resistirse (quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant), lo cual exige la ausencia de culpa (quæ sine culpa accidunt) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (...).

Por consiguiente, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor"²⁷.

Frente a la responsabilidad contractual, para que la fuerza mayor o el caso fortuito tengan la entidad suficiente para producir el efecto liberatorio esperado por el deudor, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino "indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1230-2018 de abril 25 de 2018. Radicación: 08001-31-03-003-2006-00251-01. En el mismo sentido, Sentencias de Casación Civil de 26 de noviembre de 1999 (expediente 5220), 26 de julio de 2005 (expediente 1998-6569-02), 21 de noviembre de 2005 (expediente 1995-7113-01) y 27 de junio de 2007 (expediente 2001-00152-01).

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 24 de 2009 (expediente 1999-01098-01). En el mismo sentido, Sentencias de Casación Civil de noviembre 26 de 1999 (expediente 5220) y de abril 29 de 2005 (expediente 0829-92).

inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor - dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización” (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935)’ (Sent. Cas. Civ. de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461).

Fruto de los anteriores precedentes “emerge la conclusión de que el contratante que alega el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual, debe demostrar a más de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, que no contribuyó por acción u omisión en la realización del hecho, pues si de lo que se trata es de fracturar la relación entre la actuación del deudor y el resultado contractual no deseado, la existencia de una conducta inapropiada de dicho deudor, permitiría mantener el lazo causal y le haría atribuible el resultado dañoso”²⁸.

En el mismo orden, sobre la fuerza mayor la jurisprudencia arbitral ha indicado que:

“¿Pero, qué ocurre cuando se presentan situaciones intempestivas y no previstas que hacen imposible cumplir las obligaciones contractuales en los términos inicialmente acordados o dificultan su cumplimiento, haciéndolas tan extremadamente gravosas que el contrato pierde su razón de ser? Para estas excepcionales circunstancias, el legislador ha previsto que el contrato pueda ser terminado o modificado, dándosele aplicación al postulado del “rebus sic stantibus”, ofreciendo a los sujetos contratantes dos herramientas jurídicas denominadas: i) la teoría de la fuerza mayor y caso fortuito, regulada por el CC y ii) la teoría de la imprevisión, también llamada de la excesiva onerosidad, regida por el C de Co.

Los principios antes mencionados tienen, respectivamente, como fundamento legal los arts. 64 del CC y 868 del C de Co (...).

Al comparar estas dos instituciones, se encuentra que:

- i) En ambas, el hecho causante es imprevisible e irresistible y por lo mismo no pudo ser pronosticado, ni controlado por los sujetos; tal como lo advierte algún sector de la doctrina, aquel se da cuando el deudor no puede evitar su acaecimiento.*
- ii) En ambas, el hecho es extraordinario, es decir no es de común ocurrencia.*
- iii) En la teoría de la imprevisión, el hecho genera una excesiva onerosidad de tipo económico que causa un sobre costo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que aún están pendientes de cumplimiento.*
- iv) En ambas su declaración debe ser hecha por el juez competente, bien sea para dar por extinguidas las obligaciones contractuales o eximir de responsabilidad*

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC5185-2021. Rad. 54405-31-03-001-2013-00038-01. 26 de noviembre de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

- a la parte incumplida, si se invoca la fuerza mayor y caso fortuito; o para recomponer las obligaciones con el fin de buscar un equilibrio contractual, si se invoca la imprevisión. Por lo tanto no pueden aplicarse de manera unilateral.*
- v) *La teoría de la fuerza mayor y caso fortuito es aplicable a contratos conmutativos, en los que se crean obligaciones recíprocas y equivalentes, en tanto que la de la imprevisión sólo es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva, quedando por lo tanto excluidos los de aplicación instantánea y los aleatorios*²⁹.

En punto de la fuerza mayor en el marco de la pandemia por COVID-19, el Tribunal Arbitral de Fondo De Empleados de IBM De Colombia – FEIBM contra SOLUCIONES E IMPACTO S.A.S., señaló que:

*“En Colombia en el mes de marzo del 2020 inicia la pandemia derivada del COVID 19, generando de parte del Estado varios decretos derivados de la emergencia sanitaria, entre ellos los decretos 457 del 20 de marzo del 2020 y la Circular 022 del 2020, **no obstante la realidad de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y la necesidad de mantener el orden público ante la compleja situación no constituyen por sí solo fuerza mayor;** es que el simple hecho de mencionar y alegar la emergencia sanitaria como fuerza mayor **conlleva la carga de probar que estas circunstancias afectaron directamente el cumplimiento de los contratos;** por lo tanto, **no opera de manera automática como un eximente de responsabilidad, debiendo ser evaluado dentro del caso concreto,** para verificar si se dan los elementos que configuran la fuerza mayor”³⁰. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).*

En el mismo sentido, en el laudo arbitral que resolvió las disputas entre INTECORP CONSULTING AND ENGINEERING S.A.S. y WEWORK COLOMBIA S.A.S. de fecha 17 de junio de 2021:

“Con base en lo anterior, el nexo causal entre el caso fortuito o la fuerza mayor y la imposibilidad absoluta de cumplir con determinada obligación debe demostrarse concretamente en cada caso particular, de manera que no es posible generalizar eventos que en principio tienen un claro ingrediente de imprevisibilidad, como podría haber sido la Pandemia por Covid-19, como una circunstancia per se constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor”³¹.

Por último, es importante mencionar que el artículo 1733 del Código Civil obliga al deudor a probar el caso fortuito que alega.

4.3. Análisis del caso concreto: ausencia de acreditación de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad o como eximente del pago de perjuicios

²⁹ Tribunal Arbitral promovido por Mercedes Villa Rincón en contra de Santiago Alberto Duque Ochoa, Francisco Germán Escobar González y María Elena Trujillo Diez. Radicado No. 2020 A 0036. 5 de agosto de 2021.

³⁰ Tribunal Arbitral de Fondo De Empleados de IBM De Colombia – FEIBM contra SOLUCIONES E IMPACTO S.A.S. Expediente No. 127232. 30 de marzo de 2022.

³¹ Tribunal de Arbitramento INTECORP CONSULTING AND ENGINEERING S.A.S. y WEWORK COLOMBIA S.A.S. 17 de junio de 2021.

En el caso que nos ocupa, es importante resaltar los siguientes aspectos que desvirtúan la procedencia de la excepción de fuerza mayor:

4.3.1. Ausencia de imposibilidad absoluta de cumplimiento de la prestación debida (los Tapabocas)

La ausencia de imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación debida salta a la vista de la simple identificación de la naturaleza de la prestación a cargo de Logistics; La convocada debía cumplir con la entrega de 200.000 Tapabocas en los plazos establecidos en la Cláusula Tercera del Contrato.

Como se indicó de forma previa, la obligación a cargo de Logistics consistía en la venta de unos productos (los Tapabocas descritos en el Contrato) que constituyen bienes de género y fungibles como la misma Logistics lo confesó en memorial radicado el 6 de septiembre de 2023³² en donde se afirmó que:

“No es posible brindar acceso al lugar donde “supuestamente” se encuentren los tapabocas objeto de la prueba, por los siguientes motivos:

(...)

II.- Sea pertinente indicar que los bienes objeto del contrato de compraventa objeto del presente proceso corresponden a los que la ley (Artículo 663 del Código Civil) considera como fungibles (reemplazables distintas a las de cuerpo cierto).

Por tal motivo la obligación de mi representada, la Convocada, de haber nacido a la vida jurídica, era entregar unos tapabocas bajo unas condiciones previamente acordadas, no hacer la entrega de unos tapabocas en particular, y como, se reitera, el Convocante no cumplió con el segundo pago, que era el requisito para la entrega de los tapabocas, nunca la Convocada tuvo la obligación de ponerlos a disposición de la Convocante.

(...)

SE VENDEN LOS TAPABOCAS EL 17 DE JULIO 2020”. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Al respecto, el artículo 1567 del Código Civil indica que “la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. Por ende, en caso de pérdida de un género, la fuerza mayor no constituye causal de exoneración frente al incumplimiento.

En particular, cuando se trata de obligaciones de género, la fuerza mayor o caso fortuito nunca exonera al deudor del cumplimiento de la obligación.

³² Asunto del memorial: Cumplimiento numeral 6 acta No. 19 (Inspección Judicial).

Sobre ello, Hinestrosa señala: *“La pérdida de los géneros, en cambio, no libera al deudor, se aplica en toda su extensión la regla genera non perunt, y el deudor simplemente puede alegar el caso fortuito o, más ampliamente, el elemento extraño para justificar su tardanza y exonerarse de la indemnización moratoria (art. 1616 [2] c.c.), pero quedando obligado a la prestación, exigible en cuanto cesen los efectos del obstáculo”*³³ (p. 21).

En este punto, también debe señalarse que obligación de entrega en el plazo debido se considera una obligación de resultado, por lo que si al momento de la exigibilidad de la obligación el deudor no brindaba un resultado, habría, en principio, un incumplimiento imputable, sin que pudiera utilizarse la fuerza mayor como eximente de responsabilidad al estar frente a una prestación de género tal y como se señaló.

De hecho, testigos como el señor Giancarlo Ferrari y el señor Oscar Gómez afirmaron que:

“Siempre hubo una bolsa de tapabocas disponibles en todo momento”.

“45:11 Oscar Gómez: Pues en su momento había múltiples marcas KN95.

Preguntado: *Pero me refiero digamos que había otro tipo de tapabocas con otras referencias o todos los tapabocas que habían en el mercado disponibles eran KN95.*

Contestó Oscar Gómez: *Había otras marcas todas bajo una configuración que era KN95 pero me imagino que cada compañía tenía sus especificaciones de material y demás”.*

De igual forma, en el interrogatorio de parte del señor Juan Pablo Buenaventura este afirmó:

“03:17:41 Entonces, nosotros confirmamos en el contrato, porque las 200.000 unidades, incluso las primeras 100.000 unidades estaban para entrega antes de 31 en Colombia y posteriormente se le confirmó que también el 6 estaba en las 200.000 unidades en Colombia disponibles. Lo que pasa es que no se podían hacer analizar. No se podían hacer analizar y yo no me puedo, yo soy una empresa que no, que actúa bajo la ley”.

Por lo tanto, Logistics estaba obligado a cumplir con la prestación de entrega de los 200.000 Tapabocas, lo cual nunca cumplió tal y como se encontró probado en el proceso, y la fuerza mayor no eximía a Logistics del cumplimiento de la prestación debida, al tratarse la misma de una prestación de género.

Para reforzar la ausencia de imposibilidad de cumplir con las obligaciones objeto del Contrato por parte de Logistics, resulta oportuno comentar que los funcionarios de la propia convocada manifestaron en sus declaraciones que habían hecho importaciones recurrentes de tapabocas y que mantenían de forma permanente inventario de este producto. De hecho, el propio representante legal de Logistics manifestó que habían realizado negocios por 9.000 millones de pesos. Veamos:

*“02:43:32 Dr. Juan Felipe Ortiz: **Preguntado:** un segundo por favor señor Juan Pablo, indiqué al tribunal si durante la pandemia, es decir, con posterioridad a marzo del 2020, ¿ustedes realizaron alguna otra importación otra mitad de importación de tapabocas*

³³ Hinestrosa F. (2018). Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. Revista de Derecho Privado, (36), 12- 25, doi:10.18601/01234366. n36.0

en Colombia? sí, claro, doctor Juan Felipe, doctor Arellanos, doctor Zafra nosotros estábamos importando este no fue el único negocio que nosotros teníamos de tapabocas nosotros podemos hacer ventas cercanas a los 9.000 millones de pesos de tapabocas y esta línea se había desarrollado un tiempo atrás. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Por lo anterior, si la convocada había realizado sendas importaciones y mantenía inventario, resulta absurdo asumir que no pudo cumplir con la prestación debida por una alerta sanitaria que supuestamente le impidió importar uno o unos de los supuestos embarques. Nótese que la imposibilidad de cumplimiento no puede surgir del simple hecho de que ciertos tapabocas no pudieron ser importados, pues Logistics estaba en la obligación de conseguir los tapabocas a través de cualquier medio, de lo cual se destaca que los propios funcionarios de Logistics reconocen que había otras importaciones y otros productos disponibles en el mercado colombiano.

4.3.2. Ausencia de acreditación de la ocurrencia del evento de fuerza mayor y de su imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad

En el remoto evento en que llegue a considerarse que la convocada estaba legitimada para alegar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual o como eximente frente al pago de perjuicios, la misma no probó dentro del proceso que la alerta sanitaria emitida el 26 de mayo de 2020 por parte del Ministerio de Salud fuera una situación imprevista y un obstáculo insuperable e imposible de resistir, que le impidiera cumplir con la prestación debida en el plazo pactado, tal y como se procede a exponer:

4.3.2.1. Identificación del evento de fuerza mayor y su ocurrencia

Como puede observar el Tribunal en los escritos radicados por Logistics y Suramericana, el evento que se alega como constitutivo de una fuerza mayor es la alerta sanitaria 095-2020 emitida el 27 de mayo de 2020 y sus efectos.

Sin embargo, como se procede a exponer brilla por su ausencia prueba que demuestre (i) que los tapabocas no pudieron ser importados con ocasión de la emisión de dicha alerta y (ii) que a Logistics les hubiesen cancelado los registros de importación con ocasión de la alerta sanitaria antes referida.

4.3.2.2. Inexistencia de imprevisibilidad e irresistibilidad del evento de fuerza mayor que se alega

El evento que se alega como constitutivo de fuerza mayor no cumple con los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad para que pueda considerarse como eximente de responsabilidad contractual o como eximente del pago de perjuicios, puesto que:

- i) Logistics conocía la regulación nacional existente y el comportamiento del gobierno nacional relacionado con la expedición de normas tendientes a mitigar, controlar y enfrentar los efectos del COVID-19, pues la emergencia nacional fue declarada en marzo de 2020.

Como sustento de lo anterior, en la declaración testimonial del señor Giovanni Valencia rendida el 13 de septiembre de 2023 este afirmó:

“02:04:37: Bien, como le comenté, no recuerdo específicamente los documentos que se aportaron con la reclamación a la aseguradora. Tocaría revisarlos y ver si se aportó. Y lo que le iba a contestar a la primera pregunta. Cuando me hizo la pregunta genérica de las alertas sanitarias.

Con respecto a las alertas sanitarias. En esa época, si mal no recuerdo, pudo ser cada 17 alertas sanitarias. Entonces no sé específicamente a cuál se puede estar haciendo mención.

(...)

02:05:36: Como le digo, son casi 17 que hubo en el lapso como de dos meses. Por la misma pandemia que estábamos viviendo. Y hay alertas sanitarias de todo tipo. Entonces me queda muy complejo decirles exactamente si esa alerta afectaba o no afectaba el negocio en particular”.

En el interrogatorio de parte rendido por el señor Juan Pablo Buenaventura el 11 de septiembre de 2023, este afirmó:

“24:49 Dr. Juan Felipe Ortiz: Lo primero que quiero que por favor le cuente al tribunal fueron las condiciones y el contexto general en el que se dio el negocio de compraventa de Tapabocas.

Contestó: Perfecto. Nosotros en la época de pandemia, en el año 2020 por nuestros contactos internacionales, decidimos comercializar esta clase de productos que no lo necesarios en el mercado. Nosotros desarrollamos una línea de importación de Tapabocas, las cuales desarrollamos unas cotizaciones y generamos al mercado y poco a poco llegó esto, poco a poco llegó a Promed la información y se generó el negocio en los cuales ustedes pueden leer en el contrato las condiciones que cada uno debería cumplir”.

(...)

*“02:43:32 Dr. Juan Felipe Ortiz: **Preguntado:** un segundo por favor señor Juan Pablo, indiqué al tribunal si durante la pandemia, es decir, con posterioridad a marzo del 2020, ¿ustedes realizaron alguna otra importación otra mitad de importación de tapabocas en Colombia? sí, claro, doctor Juan Felipe, doctor Arellanos, doctor Zafra nosotros estábamos importando este no fue el único negocio que nosotros teníamos de tapabocas nosotros podemos hacer ventas cercanas a los 9.000 millones de pesos de tapabocas y esta línea se había desarrollado un tiempo atrás.*

*Dr. Juan Felipe Ortiz: **Preguntado:** gracias, Juan Pablo indiqué al tribunal si durante esos meses que usted dice que importaron una cantidad significativa de tapabocas en algún*

momento hubo problemas con los trámites de importación en Colombia, el único problema con los trámites fue la alerta sanitaria o sea, antes no hubo ningún otro trámite, no hubo demoras con el Vuce le recuerdo que estaba bajo la gravedad de juramento.

Contestó: *¿cómo se puede interpretar problemas? se puede interpretar de muchas formas pero digamos que la única situación grave que existía en el país fue la alerta sanitaria, de lo contrario eran demoras por congestión, demoras por tramitología la misma vez que se traducen congestión por lo menos que nosotros los hayamos vivido*

Preguntado: *me refiero a problemas es ¿estaba teniendo retrasos o demoras los registros de importación de este tipo de productos antes de la alerta sanitaria?*

Contestó: *antes de la alerta sanitaria no le podría responder a esa pregunta puntual señor Juan Felipe porque digamos que toda entidad toda entidad gubernamental se toma sus tiempos sin decirle exactamente sin decirle exactamente cuánto se le va a demorar pero lo que hay que hacer es revisar el Vuce y si ellos determinan por qué se oye motivo demorarse tres días o demorarse ocho días o demorarse catorce días, esto no me competía*

Preguntado: *¿usted nos ha ilustrado sobre su experiencia en este tema? ¿puede indicarle el tribunal para esa época cuánto era el promedio que tardaba ese registro de importación y ese trámite de importación? ese trámite de importación se podían estar trabajando y se pone el funcionario que le toque si el funcionario tiene mucho trabajo el funcionario a usted se le va a demorar mucho tiempo si no tiene mucho trabajo se le va a sacar rápido es imposible dar esa pregunta responder esa pregunta yo no trabajo en el Vuce y yo le puedo decir que se pueden demorar se pueden demorar unos días o muchos días”.*

- ii) Pese a lo anterior, Logistics se comprometió a entregar los Tapabocas objeto del Contrato en el plazo pactado en la Cláusula Tercera del Contrato. Incluso, en etapas preliminares Logistics le indicó a mi representada que podía entregarle la Mercancía después de 1 o 2 semanas de suscribir el Contrato, puesto que tenía experiencia y conocía ampliamente el mercado chino. Ello, quedó probado a través de confesión con el interrogatorio de parte practicado el 11 de septiembre al señor Juan Pablo Buenaventura. Veamos:

*“27:03 Dr. Juan Felipe Ortiz: **Preguntó:** Pregunta número dos. Indíqueme, por favor, al tribunal, señor Juan Pablo, las condiciones que fueron incluidas en el contrato, ¿quién las propuso? ¿Y cómo se gestionaron esas condiciones a las que usted hace referencia? Entrega, precio, momentos y fechas de entrega, etcétera.*

Contestó: *Nosotros desarrollamos una línea, porque nosotros tenemos contratos o convenios con las navieras y con las aerolíneas. En ese entonces, Federal Express, tenía unas condiciones de entrega de unos días, en los cuales nosotros como en punto a esa*

información y juntos a los expertos en la logística que nosotros somos, llevamos al mercado el ofrecimiento de los tapabocas en los días que están en el contrato”.

En la declaración rendida el 15 de septiembre de 2023 por el señor Giancarlo Ferrari este indicó que:

“Quiero llegar a un punto importante ahí había escase de tapabocas a nivel mundial es decir las fábricas en china estaban copadas con todos los pedidos de todos los países que decretaron la pandemia acordémonos que fueron 127 países que decretaron la pandemia a nivel mundial hubo unos cuantos que no que no sabemos en el caso de corea del norte y otros países que son cerrados y la demanda era acusiva es decir los proveedores pedían paguen paguen, fabrico y despacho, paguen fabrico y despacho nunca te daban un crédito ni entrabas a un posible debate tampoco tenías cómo negociar precios porque irónicamente la pandemia empieza en china (...)

Vuelvo y recalco otra vez estábamos en pandemia no podíamos salir todos tenemos que usar los tapabocas y en ese momento el furor era el KN 95 porque prevenía un 95 por ciento retenía el virus externo para que no pasara al sistema de respiratoria entonces **la demanda por tapabocas era muy grande** nosotros tuvimos pedidos de todo el país cuando se empezó a regar la bola de quién tenía tapabocas porque eso era lo más difícil llegaban pedidos de todas partes”.

- iii) Logistics asumió todos los riesgos de la fabricación, transporte, logística e importación de los productos, tal y como lo indicó el señor Giancarlo Ferrari en su declaración *“esta es un negocio de compraventa quien es el dueño de la mercancía es el que tiene que tener los documentos de propiedad y la trazabilidad de todo el comprador solamente recibe la factura y el traspaso de la propiedad que se perfecciona en el momento de la entrega de acuerdo con las condiciones”.*

Como quedó probado en el proceso, el negocio objeto de la litis corresponde a un Contrato de compraventa por lo que los riesgos asociados a la fabricación, transporte, logística e importación de los productos fueron asumidos por Logistics, ya que dicha empresa se obligó a vender y entregar los Tapabocas objeto del Contrato en las instalaciones de mi representada en el plazo establecido en la Cláusula Tercera del mismo.

4.3.2.3. El evento que se alega como fuerza mayor no fue la causa de la ausencia de cumplimiento de la prestación debida o de la mora en su cumplimiento

Ahora bien, existe amplio material probatorio en el plenario que acredita que la alerta sanitaria no fue la causa directa o eficiente de la demora e incluso en la ausencia de entrega de la Mercancía objeto del Contrato por parte de Logistics.

Pruebas que soportan lo anterior son las siguientes:

- a. En la declaración el señor Giancarlo Ferrari rendida el 15 de septiembre de 2023 el mismo señaló que:

“Preguntado: de su explicación usted manifestaba que la operación digamos logística que era objeto del contrato era de naturaleza multimodal podría por favor detallar un poco más y explicar un poco más (...)

Contestó: con mucho gusto doctor Ortiz, multimodal su nombre lo dice múltiples modales de transporte uno puede traer una carga usualmente vamos a poner como está hoy se trae marítimo un viaje saliendo de china para llegar a un Buenaventura tarda entre 27 y 31 días en el marítimo el aéreo son dos días si lo traes desde china hace un paro en los Estados Unidos en la costa este de ellos y después llega hasta acá y multimodal quiere decir que se usan dos o más formas de transporte entonces salía de China en camiones hasta el puerto se cargaban en barcos ahí se despedía los BL's de barco llegaba al puerto de los Ángeles en los ángeles se transportaban en aéreo lo manejaba FedEx y diferentes navieras y aéreo se traía a los aeropuertos recordemos que Avianca por ejemplo en su fin también de sobrevivir a Avianca le quitó las sillas a 2 a 3 82 aviones grandes y luego vio a Avianca cargo con el fin de poder traer todos los insumos médicos que necesitaban desde Estados Unidos hasta Colombia (...)

Preguntado: usted manifestaba que ustedes habían importado varios tapabocas o muchos tapabocas y que tenían digamos coordinada la logística y usted utilizó una expresión y decía que los 13 a 18 días tenía una razón de ser y es que ustedes ya tienen el cálculo que en aguas duraba 13 días me podría por favor explicar esa expresión en aguas a qué se refería

Contestó: en aguas quiere decir desde que el contenedor está subido en el barco hasta que llega al puerto destino generalmente esa esa propuesta así como logística tiene su promesa de valor el marítimo y el aéreo también y de eso depende el flete voy a explicar un poquito me amplió doctor Ortiz está me permite yo puedo traer mercancía de China hoy que se me puede morar 40 días porque lo traigo en una naviera que lo dejan un puerto cambia nada que lo lleva otro puerto y de ahí llega el puerto de acá es decir lo que en el argor nosotros lo conocemos cuando viajamos como personas un lechero es un barco que va bajando en varios puertos entonces y por ejemplo yo traigo mercancía lechero el flete es más barato pero el tiempo de entregas más lento entonces por ejemplo clientes de logística hoy que trae mercancía para diciembre lo trae el lechero ellos necesitan que la mercancía esté a mitad de octubre acá entonces la compran desde julio y no les importa que el tiempo se tome antes les facilita el bodega porque el bodega está dentro del barco (...)

Preguntado: puntualmente en esta operación que pues usted nos ha dicho que conoce muy bien podría por favor indicarle al final cuánto tiempo era el estimado para esa para esa operación en barcos de China hasta los Ángeles

Contestó: de China a los Ángeles entre 12 días perfectos sin nada falla”.

- b. Conforme a las declaraciones e interrogatorios practicados en el proceso, desde el punto de vista contractual, las tratativas entre los interesados siempre apuntaron a que los Tapabocas tardarían entre 13 a 15 días, lo cual se decantó en la Cláusula Tercera del Contrato, donde se fijaron los plazos de entrega (Ver Prueba Documental No. 1 – Correo electrónico del 3 de mayo de 2020). Incluso, como se evidencia en las declaraciones antes citadas y las demás practicadas en el proceso, quien propuso dichas fechas de entrega fue la misma Logistics quien se encontraba operando en época de pandemia y quien era una experta y “diligente” en el ramo de sus negocios, según se afirmó su representante legal y sus testigos.

En la operación de logística que narró el señor Giancarlo Ferrari, testigo presentado por Logistics, en el caso concreto el transporte de la Mercancía se iba a realizar de forma multimodal, es decir, por transporte marítimo (que se tomaba alrededor de 12 días si todo salía perfecto) y luego por transporte aéreo desde los Ángeles (que se tomaba alrededor de 1 día si todo salía perfecto). Al margen de que como se probó en el proceso, Logistics nunca importó la Mercancía objeto del Contrato (de lo que da cuenta la exhibición de documentos efectuada por Logistics y que más adelante se analiza), para que se pudieran cumplir las fechas de entrega la Mercancía debía zarpar al día siguiente en que mi representada acreditó el pago del anticipo del 40% del precio del Contrato, de lo contrario, la Mercancía no iba a poder ser entregada en los plazos pactados en la Cláusula Tercera del Contrato.

El día 13 de mayo de 2020, mi representada acreditó el pago del 40% del precio del Contrato, por lo que a partir de dicha fecha inició el cómputo del término para la entrega de los Tapabocas contratados. En ese contexto, el 14 de mayo de 2020, una representante de la empresa Logistics remitió un correo electrónico en el que anunciaba el ingreso del contenedor a la terminal de contenedores para el respectivo llenado, para así dar cumplimiento con la salida de la mercancía el 17 de mayo (Véase Prueba Documental No. 1.5. de la Demanda Principal).

A pesar de lo anterior, y de la expectativa en tiempo de entrega que tenía Promed, el día 18 de mayo de 2020, nuevamente una representante de la empresa Logistics remitió un correo electrónico anunciando que la página de la naviera no refleja zarpe de la carga (Véase Prueba Documental No. 1.6. de la Demanda Principal), donde se advertía que la Mercancía no había salido en la fecha prevista inicialmente.

El 20 de mayo de 2020, la representante de la empresa Logistics nuevamente remitió un correo electrónico en el que informaba que debido a la congestión portuaria **la carga zarparía el 24 de mayo de 2020** (Véase Prueba Documental No. 1.7 de la Demanda Principal). Nótese que para esta fecha ya solo faltaban 7 días para la primera entrega de la Mercancía debidamente nacionalizada en Bogotá, lo que era una clara premonición del incumplimiento de Logistics, pues como lo explicó el señor Giancarlo Ferrari, la operación logística “multimodal” a través de la cual se traerían los Tapabocas a Colombia requería de 12 días para la tramo marítimo entre China y Los Ángeles, lo que nos lleva a la conclusión indefectible de que las Mercancías de ninguna manera podrían arribar a tiempo a Colombia (31 de mayo de 2020) para su entrega a Promed.

Es decir, sin que hubiese sido emitida alerta sanitaria el 27 de mayo de 2020, para esa fecha la Mercancía se encontraba en su primer transporte (en aguas a través de barco) por lo que incluso, si no se hubiese emitido la alerta sanitaria Logistics hubiese incumplido los plazos de entrega que ella misma propuso y a los que se obligó. Esto se ve agravado por el hecho de la propia Demandante en Reconvencción aclara que además de los retrasos en la llegada al país de los Tapabocas, a ello se deberán sumar los días que tarde la nacionalización y transporte hacía Promed.

- c. En respuesta a derecho de petición, el INVIMA mediante comunicación de salida No. 20232049814 del 19 de octubre de 2023 indicó que:

“Revisada la documentación presentada y el reporte de actividades del Grupo de inspección, vigilancia y control de tráfico postal y mensajería expresa de los meses de mayo y junio de 2020, no se evidencian acciones de este Instituto sobre objetos o productos competencia ingresados al país o al resto del territorio nacional que correspondan a la sociedad LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.”. Veamos:

El incumplimiento de alguno de estos requisitos da lugar a la imposición de una medida de seguridad.

Revisada la documentación presentada y el reporte de actividades del Grupo de inspección, vigilancia y control de tráfico postal y mensajería expresa de los meses de mayo y junio de 2020, no se evidencian acciones de este Instituto sobre objetos o productos competencia ingresados al país o al resto del territorio nacional que correspondan a la sociedad LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.

Lo anterior termina de confirmar que la alerta sanitaria emitida el 27 de mayo de 2020 no tuvo ninguna incidencia ni impacto en ningún producto que hubiese importado Logistics y por el contrario, desmiente las afirmaciones hechas por el representante legal de Logistics las cuales incluso podrían ser constitutivas de delito por faltar a la gravedad de juramento en el marco de un trámite arbitral.

- d. En el marco de la exhibición de documentos efectuada por Logistics se evidencia que los únicos documentos que acreditan una importación para la época de las fechas de entrega de la Mercancía en el marco del Contrato objeto de la disputa, son documentos de titularidad de una empresa completamente diferente, INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE S.A.S. que no hizo parte del proceso y que nunca fue mencionada en las audiencias practicadas ni en los documentos radicados por Logistics antes de efectuar la exhibición de documentos solicitada por mi representada. Veamos solo a modo de ejemplo:

Página 112 del PDF de exhibición de documentos radicado por Logistics el 2 de octubre de 2023:

El progreso es de todos		Mincomercio		VUCE Importaciones	
REGISTRO DE IMPORTACIÓN					
1	Documento de aprobación	REG-50297778-20200603N	2	Fecha de Solicitud	2020-06-03 01:14:06 PM
Radicado temporal: TMR-I-0093811-20200602					
Fecha Aprobación		2020-06-03	Fecha Vigencia		2020-12-02
3	Régimen	LIBRE			
4	Importador	INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE SAS			
Representante legal		LEONARDO MORENO HORTUA	Nit.	9012463056	
Correo electrónico		invercomerinternacional.maicao@gmail.com	Teléfono	3176546501	
Dirección		CL 16 15 43 BRR EL CARMEN	Ciudad	Maicao	
5	Consignatario	INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE SAS			
34	Descripción de la mercancía: PRODUCTO: MASCARILLAS DE PROTECCIÓN KN95, COMPOSICIÓN PORCENTUAL: (CUERPO DE MASCARA: PRIMERA CAPA: 50gsm TELA NO TEJIDA, SEGUNDA CAPA: 25gsm MATERIAL FILTRANTE, TERCERA CAPA: 51gsm MATERIAL FILTRO, CUARTA CAPA: 25gsm MATERIAL FILTRANTE, QUINTA CAPA: 25gsm TELA NO TEJIDA, CLIP NASAL AJUSTABLE METÁLICO, BANDA ELÁSTICA AJUSTABLE EN POLIESTER Y SPANDEX), TIPO DEL TEJIDO UTILIZADO: TEJIDO NO TEJIDO, PRESENTACIÓN: UNIDADES, MARCA: FOREVER LUCKY, REFERENCIA: KN95, PAÍS DE ORIGEN: CHINA, NOMBRE DEL FABRICANTE: JINHUA SONGXIAO PROTECTIVE PRODUCTS CO., LTD., VIDA ÚTIL: 2 AÑOS, FECHA DE FABRICACIÓN: DÍA 5, MES MAYO, AÑO 2020, PRESENTACIÓN COMERCIAL: BOLSA OPP POR 50 UNIDADES, CADA UNIDAD ESTA EMPACADA EN SU RESPECTIVA BOLSA, LOTE DE PRODUCCIÓN No. 20200505, USO: INDUSTRIAL, TALLA: UNIVERSAL, MERCANCÍA NUEVA, SE ANEXA FICHA TÉCNICA DEL PRODUCTO EXPEDIDA POR EL FABRICANTE.				
35	Pais Origen	CHINA			

Página 130 y 131 del PDF de exhibición de documentos radicado por Logistics el 2 de octubre de 2023:

El progreso es de todos		Mincomercio		VUCE Importaciones	
REGISTRO DE IMPORTACIÓN					
1	Documento de aprobación	REG-50300581-20200609N	2	Fecha de Solicitud	2020-06-09 08:11:55 AM
Radicado temporal: TMR-I-0096638-20200605					
Fecha Aprobación		2020-06-09	Fecha Vigencia		2020-12-08
3	Régimen	LIBRE			
4	Importador	INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE SAS			
Representante legal		LEONARDO MORENO HORTUA	Nit.	9012463056	
Correo electrónico		invercomerinternacional.maicao@gmail.com	Teléfono	3176546501	
Dirección		CL 16 15 43 BRR EL CARMEN	Ciudad	Maicao	
5	Consignatario	INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE SAS			

ITEM DE SUBPARTIDA ARANCELARIA		
30 Ítem No. 1		
31 Cantidad	32 Precio unitario US\$	33 Valor total FOB de ítem US\$
1000000.00000000	1.00000000	1,000.000.00
34 Descripción de la mercancía: PRODUCTO: MASCARILLAS DE PROTECCIÓN KN95, COMPOSICIÓN PORCENTUAL: 54% (NON WOVEN FABRIC) TELA NO TEJIDA, 24.5% (MELT BLOWN FABRIC) TEJIDO FUNDIDO SOPLADO, 21.5% , (HOT AIR COTTON) ALGODÓN DE AIRE CALIENTE, CLIP NASAL AJUSTABLE METÁLICO, BANDA ELÁSTICA AJUSTABLE EN POLIESTER Y SPANDEX), TIPO DEL TEJIDO UTILIZADO: TEJIDO NO TEJIDO, PRESENTACIÓN: UNIDADES, MARCA: FOREVER LUCKY, REFERENCIA: KN95, PAÍS DE ORIGEN: CHINA, NOMBRE DEL FABRICANTE: JINHUA SONGXIAO PROTECTIVE PRODUCTS CO., LTD., VIDA ÚTIL: 2 AÑOS, FECHA DE FABRICACIÓN: DIA 5, MES MAYO, AÑO 2020, PRESENTACIÓN COMERCIAL: BOLSA OPP POR 50 UNIDADES, CADA UNIDAD ESTA EMPACADA EN SU RESPECTIVA BOLSA, LOTE DE PRODUCCIÓN No. 20200505, USO: INDUSTRIAL, TALLA: UNIVERSAL, MERCANCÍA NUEVA, MERCANCÍA NUEVA, SE ANEXA FICHA TÉCNICA EXPEDIDA POR EL FABRICANTE.		
35 País Origen	CHINA	
País de remanufactura		



El progreso es de todos

Mincomercio

VUCE Importaciones

VISTO BUENO

Instituto Nacional de Vigilancia de Med, Alim

Número solicitud:	<input type="text" value="TMR-I-0096638-20200605"/>	
Número Visto Bueno:	<input type="text" value="VINVIMA-20-0058564"/>	Fecha aprobación o negación: <input type="text" value="2020-06-09 07:46:04 AM"/>
Concepto de visto bueno:	<input type="text" value="Aprobado"/>	Fecha vencimiento aaaa-mm-dd: <input type="text"/>

DESCRIPCIÓN y/o OBSERVACIONES

OK
NO REQUIERE REGISTRO SANITARIO.
NO PRECISA AUTORIZACION COMO DISPOSITIVO MEDICO NO DISPONIBLE, POR LO TANTO NO SE AMPARA BAJO LA RESOLUCION 522 DE 2020 DE ACUERDO CON LA FICHA TECNICA EXPEDIDA POR EL FABRICANTE JINHUA SONGXIAO PROTECTIVE PRODUCTS CO., LTD., Y APORTADA POR EL INTERESADO.

PRODUCTO: MASCARILLAS DE PROTECCIÓN KN95.
FABRICANTE: JINHUA SONGXIAO PROTECTIVE PRODUCTS CO., LTD.,

NO ES DE USO MEDICO U HOSPITALARIO POR LO ANTERIOR NO ES DISPOSITIVO MEDICO.

Página 179 del PDF de exhibición de documentos radicado por Logistics el 2 de octubre de 2023:

REPUBLICA DE COLOMBIA
DIAN
 Declaración de Importación Privada **500**
 Año 2020
 Espacio reservado para la DIAN (en caso de diligenciar esta formulario las subsiguientes las instrucciones)
 Número de formulario **882020000042673-0**

5. Número de identificación Tributaria (NIT) 901246305
 13 Dirección CL 16 15 43 BRR EL CARMEN
 24. Número de identificación Tributaria (NIT) 890405089
 29. Número documento de identificación 16793350
 3. APELLIDOS Y NOMBRES PALMA PARRA LUIGI MAURICIO

6. DV 11. Apellidos y nombres o Razón Social 6 INVERCOMER INTERNACIONAL DEL VALLE SAS
 15 Teléfono 3176546501 12. Cód. Aeron 88 16. Cód. Depo 44 17. Cód. Ciudad Municipio 430
 25. DV 26. Razón social del declarante autorizado 3176546501 27. Tipo usuario 88 28. Cód. Usuario 430
 30. APELLIDOS Y NOMBRES 3 AGENCIA DE ADUANAS INTERCRUVER LTDA NIVEL 1 26. Cód. Usuario 0492
 31. Clase 32. Tipo declaración Inicial 33. Cód. 1 34. No. Formulario Aduana XXXXXXXXXX
 35. Año - Mes - Día XXXXX - XX - XX 36. Cód. Aduana XX 37. Declaración de Exportación No. XXXXXXXXXXXXXXXX
 38. Año - Mes - Día XXXX - XX - XX 39. Cód. Aduana XX

40. Cód. Lugar ingreso de mercancías CLO 41. Cód. Despacho 13908 42. Manifiesto de carga No. 920550011 43. Año - Mes - Día 2020 - 06 - 24 44. Documento de transporte No. MC-45469 45. Año - Mes - Día 2020 - 05 - 28

46. Nombre exportador o proveedor en el exterior YIWU CAIHE IMPORT AND EXPORT CO. LIMITED 47. Ciudad YIWU ZHEJIANG 48. Cód. País Exportador 215
 49. Dirección exportador o proveedor en el exterior 4FLOOR NO 401 CHENGZHONG NORTHE ROAD 50. Email info@yiwucaheimport.cn

51. No. de factura 20200509 52. Año - Mes - Día 2020 - 05 - 01 53. Cód. para procedencia 215 54. Cód. Medio de Transporte 6 55. Código de Bandera 169 56. Cód. Depo 76 57. Empresa transportadora AEROSUCRE S.A. CABOTAJE 58. Tasa de cambio \$ cív. 3.760 22

59. Subpartida arancelaria 82070000 60. Cód. Complementario XX 61. Cód. Suplementario XX 62. Cód. Montante C237 63. No. contes en meses XX 64. Valor cuota USD XXXX 65. Periodicidad del pago de la cuota XX 66. Cód. país de origen 215 67. Cód. Acuerdo XXXX

68. Forma de pago 05 69. Tipo de importación 01 70. Cód. para compra 215 71. Precio bruto kgz 3,115 20 72. Precio neto kgz 3,115 20 73. Código arancelario CT 74. No. subpartida 77 75. Subpartida 1 76. Cód. unidad comercial 292,050 00 77. Valor FOB USD 292,758 00 78. Valor Netos USD 16,911 00

Concepto	%	Base	Total Liquidado (\$)	Total a pagar con esta declaración (\$)	Total Liquidado (USD)
Arancel	0.00	1,167,702.479	0	0	0
IVA	0.00	1,167,702.479	0	0	0
Desgravación	0.00	0	0	0	0
Derechos Consumos	0.00	0	0	0	0
Derechos Antidumping	0.00	0	0	0	0
Sanción	0	0	0	0	0
Rescate	0	0	0	0	0
Total			0	0	0

87. Cód. oficina 3 88. Año 2020 89. Programa No. XXXXXXXXXX 90. Cód. Interno del Producto 0

97. Descripción del mercancía... DO 00320-7/0211/DIM 1-1. PRODUCTO: MASCARILLAS DE PROTECCIÓN KN95, COMPOSICIÓN PORCENTUAL: 54% (NON WOVEN FABRIC) TELA NO TEJIDA, 24.54 (MELT BLOWN FABRIC) TEJIDO FUNDIDO SOPLADO, 21.54, (HOT AIR COTTON) ALGODÓN DE AIRE CALIENTE, CLIP NASAL AJUSTABLE METALICO, BANDA ELASTICA AJUSTABLE EN POLIESTER Y SPANDEX, TIPO DEL TEJIDO UTILIZADO: TEJIDO NO TEJIDO, PRESENTACIÓN: BOLSA OPP POR 50 UNIDADES, MARCA: SIN MARCA, REFERENCIA: SIN REFERENCIA, NOMBRE DEL FABRICANTE: JINHUA SONOXIAD PROTECTIVE PRODUCTS CO., LTD., VIDA: ÚTIL 2 AÑOS, FECHA DE FABRICACIÓN: DIA 5, MES MAYO, AÑO 2020, LOTE DE PRODUCCION: No. 20200505, USO: INDUSTRIAL, TALLA: UNIVERSAL, MERCANCIA NUEVA, REGISTRO DE IMPORTACION: REG-50300581-20200609N, FECHA DE APROBACION: 2020-06-09, FECHA VIGENCIA: 2100continúa el respaldo)

127. Valor pagado anterior: 0 128. Razón oficial de pago anterior No. XXXXXXXXXXXXXXXX 129. Fecha: XXXX XX XX

130. Espacio reservado DIAN - Atención aduanera Estado de inventario Inspección física No hay declaración posterior 131. Espacio reservado uso exclusivo Ministerio de Relaciones Exteriores 132. No. Aprobación declaración 882020000042673 133. Fecha 2020 06 24

134. Levante No. 88202000037072 135. Fecha 25/06/2020 Firma funcionario responsable [Firma] 136. Nombre Lina Marcela Palma Gonzalez 137. C.C. No. C.C. 24.585.232

997. Espacio exclusivo para el sello de la entidad recaudadora (Fecha efectiva de la transacción) 998. Pago Total \$ 0 999. Espacio para autoadhesivo de la entidad recaudadora (Número del adhesivo) SYGA Autoadhesivo 92852000185611 Fecha presentación 2020-06-24 23:24:04 Valor pagado \$0

Fecha de Impresión: 2020-06-24 23:26:05

El único certificado de importación a nombre de Logistics se encuentra en la página 5.571 del PDF de exhibición de documentos y dicho certificado es de fecha 4 de agosto de 2020 (es decir, de fecha posterior a la terminación unilateral del Contrato por parte de Logistics) y los productos importados no corresponden al objeto del Contrato objeto de la litis: "DO 00520. B216-1. DIM 1-1. PRODUCTO: MASCARILLA DE PROTECCIÓN DE 3 CAPAS DESECHABLE NO MEDICA, COMPOSICIÓN PORCENTUAL: (35% OUTSI DENON WOVEN FABRIC, 30% MELT-BLOWN FABRIC, 35% SKIN-FRIENDLY NON-WOVEN FABRIC) 35% EXTERIOR TELA NO TEJIDA, 30% TELA FUNDIDA SOPLADA, 35% TELA NO TEJIDA AMIGABLE CON LA PIEL, CLIP NASAL AJUSTABLE METALICO, BANDA ELASTICA AJUSTABLE EN POLIESTER Y SPANDEX, TIP O DEL TEJIDO UTILIZADO: TEJIDO NO TEJIDO, PRESENTACIÓN: BOLSA OPP POR 50 UNIDADES, MARCA: SIN MARCA, REFERENCIA: SIN REFERENCIA, NOMBRE DEL

FABRICANTE: YIWU HONGHAO MASK Co, LTD., LOTE DE PRODUCCIÓN: 0520E, FECHA DE FABRICACIÓN: 2020/05/20, VIDA ÚTIL: 1 AÑO, MERCANCÍA NUEVA, PAÍS DE ORIGEN: CHINA, USO: CIVIL – INDUSTRIAL, REGISTRO DE IMPORTACION: REG-50314099-202(continúa al respaldo)”. Veamos:

1. Año: 2020		Espacio reservado para la DIAN (Antes de diligenciar este formulario lea cuidadosamente las instrucciones)		4. Número de formulario: 882020000053672-0	
5. Número de Identificación Tributaria (NIT)		6. DV.	11. Apellidos y nombres o Razón Social		
900720404		6	LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S		
13. Dirección		15. Teléfono	12. Cod. Admín.	16. Cod. Dpto	17. Cod. Ciudad Municipio
CL 51 N 3 A N 62		4850397	88	76	001
24. Número de Identificación Tributaria (NIT)		25. DV.	26. Razón social del declarante autorizado		27. Tipo usuario
890405089		3	AGENCIA DE ADUANAS INTERCRUVER LTDA NIVEL 1		26
29. Número documento de identificación		30. Apellidos y nombres			
16793350		PALMA PARRA LUIGI MAURICIO			
31. Clase Importador	32. Tipo declaración	33. Cod.	34. No. Formulario Anterior	35. Año - Mes - Día	36. Cod. Admín.
02	Inicial	1	XXXXXXXXXXXXXXXX	XXXX - XX - XX	XX
37. Declaración de Exportación		38. Año - Mes - Día		39. Cod. Admín.	
No. XXXXXXXXXXXXXXXX		XXXX - XX - XX		XX	

127. Valor pagos anteriores: 0			128. Recibo oficial de pago anterior No.: XXXXXXXXXXXXXXXX	129. Fecha: XXXX XX XX
130. Espacio reservado DIAN - Actuación aduanera Estado de levante: Después de insp.: Inventa			131. Espacio reservado uso exclusivo Ministerio de Relaciones Exteriores	
No hay declaración posterior Acta de Inspección No.: XXXXXXXXXXXX Insc.: 2020-08-03 16:55:40 Finaliza: 2020-08-04 14:03:00			132. No. Aceptación declaración: 882020000053672	
134. Levante No. 882020000046518			135. Fecha: 2020 - 08 - 04	136. Nombre: DIEGO FERNANDO LOZANO BARBOSA
Firma declarante			997. Espacio exclusivo para el sello de la entidad recaudadora (Fecha efectiva de la transacción)	980. Pago Total \$ 0

YIWU CAHE IMPORT AND EXPORT CO., LIMITED						
4F 3 UNIT, NO. BUILDING TAOJIELING KOU AN ROAD YIWU ZHEJIANG						
INVOICE						
logistics solutions ACI SAS nit 900720404-6 address: CODICO ACI 795 Calle 51N #3AN-62 B LA FLORA tel. 572 4850397 contact : carolina zuleta lopez cali colombia			INVOICE NO.: 200522 DATE: 2020-5-15 BATCH number: 0520E production date : 2020-5-20			
Description of Goods	package	ctn/pcs	QUANTITY(P C)	Unit Price (USD)	Total Price (USD)	photo
face mask disposable 3ply type- AP	50pc/opp/box	3200	153600	\$0.176	\$27,033.60	
TOTAL AMOUNT:					\$27,033.60	

Lo anterior desmiente y desvirtúa las afirmaciones hechas por el representante legal de Logistics, el señor Juan Pablo Buenaventura, quien en audiencia del 11 de septiembre de 2023 indicó que:

“01:22:33 Contestó: Si usted puede ver el correo del 26 de mayo, nosotros le mandamos a los señores del Promed la información con los embarques de las primeras 100.000 unidades para la entrega. Pues, posteriormente, perdón, en esa misma línea aparecen las fechas de llegada a Colombia, en las cuales nosotros cumplimos a cabalidad con esa logística, que es para la entrega de 13 a 18 días según lo dice el contrato. Entonces, Logistics Solutions tuvo la mercancía en Colombia para la entrega, en el tiempo que dice el contrato, en el tiempo que dice el contrato, y lo que pasa es que el gobierno nacional a través del Ministerio de Salud saca una alerta sanitaria debido a una serie de problemáticas que identificó la FDA y otro instituto canadiense, y en cual ellos se pegan a eso porque se están vendiendo al mundo unos tapabocas que no están cumpliendo con el filtrado que dicen tener los tipos KN 95.

Saca un listado también de todos los proveedores que están trabajando fuera de esa normatividad y en los cuales nuestra compañía no tiene ningún vínculo. Eso hace, doctor Zafra, que inmediatamente a nivel nacional van parada en la resolución 522 del 28 de marzo, donde el gobierno simplifica, donde el gobierno simplifica la importación de los tapabocas, ellos saquen una alerta, se peguen de esa información de FDA y anulen todos los radicados y todos los registros de importación a la fecha.

01:24:53: Eso es un posibilista, digamos que no da mejor dicho, nosotros cumplimos con tener los tapabocas aquí, pero lo que hace el gobierno es ponerle un a repetir en trámites o a exigir documentación extra, en lo cual doctor Arrellano y doctor Zafra y doctor Herrera hace que los tapabocas de la empresa Promed pasen por una especificaciones, digamos que se tenga que volver a registrar ante el Vuce, que es la única de comercio exterior, los tapabocas que ya se encuentran en Colombia.

01:25:45: Nosotros los tapabocas los comenzamos a recibir desde el 27, el 28 y el 29 para entrega el 30, nosotros les íbamos a entregar, pero esta alerta sanitaria hace que todos los registros de importación queden nulos y el gobierno nacional determine que los tapabocas en cuestión del contrato tengan que volver a rellenar un registro de importación”.

Vencidos los plazos a los que se refiere la Cláusula Tercera del Contrato y hasta la fecha de terminación unilateral e irregular del Contrato por parte de Logistics, **dicha empresa no había importado ni entregó ni un Tapaboca a mi representada que cumpliera las características técnicas pactadas**, ni siquiera proporcionalmente a la cuantiosa suma de dinero entregada por mi representada el 13 de mayo de 2020.

4.4. Conclusión

De todo lo expuesto, se concluye que:

- i) La carga de la prueba de la configuración de un evento de causa extraña, en su especie de fuerza mayor, le corresponde a quien la alega.
- ii) En el presente caso no resulta aplicable la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual en razón de la naturaleza de la prestación de género que estaba a cargo de Logistics (200.000 Tapabocas).
- iii) En el marco de las obligaciones de género la fuerza mayor solo puede alegarse como causal eximente del pago de perjuicios derivados de la mora en el cumplimiento de la prestación de género. En este evento, Logistics no acreditó que hubiese importado la Mercancía objeto del Contrato y por tanto, resulta improcedente que se aleguen demoras en el trámite de la importación de la Mercancía por la emisión de la alerta sanitaria 095-2020 del 27 de mayo de 2020.
- iv) En todo caso, quedó ampliamente probado en el proceso que la emisión de la alerta sanitaria 095-2020 no era un evento imprevisible ni irresistible y que la causa de la demora en la entrega de la Mercancía (la cual nunca se dio) no se debió a los efectos que pretenden endilgársele a la alerta sanitaria 095-2020, sino a trámites logísticos que eran de riesgo exclusivo de Logistics y que se presentaron incluso de forma anterior a la emisión de la alerta sanitaria 095-2020.
- v) A todo evento, la fuerza mayor en los términos alegados no puede liberar de responsabilidad a Logistics ni purgar su incumplimiento, pues la prestación debida, que era la entrega de las Mercancías no se vio alterada por el supuesto hecho eximente.

En definitiva, en el presente asunto no se acreditó la configuración del fenómeno de fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual ni como eximente del pago de perjuicios por la mora en la obligación de entrega de la Mercancía.

5. Ausencia de modificación del Contrato

Las obligaciones contenidas en el Contrato de Compraventa se mantuvieron incólumes desde su suscripción, ya que nunca fueron objeto de modificación entre las partes. El Contrato contempló una serie de obligaciones para el vendedor y el comprador, algunas de las cuales estaban sujetas a plazo o condición. Todas ellas se mantuvieron de la misma forma durante la relación comercial.

Si bien las partes discutieron algunas alternativas para solventar el incumplimiento del Contrato por parte de Logistics y sus efectos, estas no modificaron en ningún momento los términos del mismo. En un punto, ya incumplido Logistics con los plazos determinados en el Contrato, le propuso a Promed recibir 50.000 tapabocas que estaban disponibles, con el fin de disminuir los perjuicios del retraso. Promed solicitó una pequeña muestra de la mercancía, y tras evaluarla determinó que no cumplía con las características pactadas.

Adicionalmente, para llevar a cabo la entrega parcial de esos Tapabocas, Logistics no solo pidió el pago del 10% del segundo pago, sino \$203.750.000 adicionales para proceder con esa entrega, a pesar de que el monto dado por anticipo superaba por mucho el precio de los 50.000 Tapabocas, y

que a la luz de las condiciones contractuales pactadas el precio total solo se hacía exigible contra entrega:

El dom., 7 de jun. de 2020 a la(s) 20:00, Juan Buenaventura (jbuenaventura@lsaci.com) escribió:
 Estimado sr. Rafael buenas noches,
 Hemos recibido informacion por parte del Sr. Oscar para el despacho de 50.000 unidades el dia de mañana, por favor consignarnos el 10% faltante del anticipo \$ 163.000.000 y el 50% de las unidades a despachar \$ 203.750.000 para un total de: \$ 366.750.000.
 Se realizara un despacho de 35 cajas con 1200 unidades cada una, 4 cajas con presentacion de 1650 unidades cada una y 1 caja con 1400 unidades para un total de 40 cajas con 50.000 unidades; se le informara que dia de la semana realizaremos el envio de las 150.000 unidades restantes.
 Muchas gracias.
 Juan Pablo Buenaventura C

34

Por lo anterior, para Promed no tenía ningún sentido acogerse a las exigencias de Logistics, estando este en mora por la entrega de la mercancía y ofreciendo un producto que no cumplía las características acordadas, por lo que se decidió no hacer ninguna modificación al contrato, manteniendo el incumplimiento por parte de la convocada.

5.1. Ausencia de pretensiones sobre modificación del contrato

Vale aclarar que ninguna de las partes incluyó dentro de las pretensiones de la Demanda Reformada o de la Demanda de Reconvención, así como tampoco dentro de las contestaciones, la solicitud adicional de pruebas ni dentro de ningún otro escrito, alguna solicitud para que el Tribunal declare que existió una modificación a los términos del Contrato.

5.2. Excepción de “dar aplicación al 943 del C.Co” propuesta por Suramericana

El Tribunal debería desestimar la solicitud que realizó Suramericana en la contestación al llamamiento en garantía, en la cual solicitó al Tribunal no dar aplicación al artículo 942 de resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, sino la aplicación del artículo 943 del Código de Comercio. Este artículo contiene la siguiente disposición:

“El comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y el tiempo estipulados y, en su defecto, en el lugar y en el tiempo fijados por la ley para la entrega, so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por la mora.”

Suramericana presupone con su solicitud que Promed estaba obligada a recibir los 50.000 tapabocas que Logistics estuvo dispuesto a entregar y por lo tanto ahora está obligado a pagar los perjuicios que Logistics haya sufrido por la no entrega.

Sin embargo, es importante mencionar que, primero, Promed no estaba obligado a recibir una cantidad menor a la estipulado, ya que la cantidad que ofreció Logistics correspondía apenas al 25% del total contratado; segundo, como ya fue explicado previamente, los tapabocas (objeto de la entrega parcial supuestamente ofrecida) no cumplían con las características que fueron acordadas en un inicio y; finalmente, Logistics estaba solicitando a cambio de la entrega de los 50.000

³⁴ Prueba Documental No. 1.12. de la Demanda Inicial.

tapabocas el pago de valores adicionales, cuando ya había recibido el pago del 40%, monto que por supuesto superaba el valor de los tapabocas que iban a ser entregados.

Por lo anterior, Promed no estaba obligada a recibir de Logistics los tapabocas ofrecidos y mucho menos está ahora obligada a pagar los perjuicios que este haya podido sufrir por el no recibo de la mercancía. Por lo tanto, no es procedente la aplicación del artículo 943 del Código de Comercio como lo solicitó la aseguradora llamada en garantía.

5.3. Estipulación sobre el aviso del retraso en la entrega

La estipulación contenida en el Contrato sobre el aviso del retraso en la obligación de entrega no justifica el incumplimiento de la obligación de la entrega por parte de Logistics, ni constituye una cláusula de modificación anticipada del Contrato. Logistics incumplió su obligación de entrega, cuya naturaleza era de “*resultado*” en la cual el plazo era un elemento esencial, tal y como se explicó en uno de los anteriores apartados.

Las partes incluyeron la siguiente estipulación en el Contrato:

“Cualquier retraso ajeno a la voluntad del VENDEDOR, será comunicado inmediatamente al COMPRADOR.”

Ahora, es importante tener claro que el Contrato que suscribieron las partes era un Contrato de Compraventa con obligaciones de resultado y no solo de medio, es decir que con el mero esfuerzo dirigido a obtener el resultado deseado hubiera sido suficiente para acreditar su cumplimiento por parte de Logistics. En este caso, la convocada debía entregar la mercancía en los términos acordados en el Contrato, pues hasta la entrega efectiva del producto el vendedor puede obtener algún beneficio por los pagos que realizó. Sobre este particular, el testigo Giancarlo Ferreri declaró sobre el entendimiento que tenía Logistics sobre la operación y el negocio objeto del Contrato, donde insistió que el dueño es el único que tendrá los documentos de propiedad de la mercancía que se está transportando, por lo que solo hasta el momento de la entrega al comprador final este se podrá ver satisfecho:

“Apoderado de Promed: ¿Quién debe custodiar los documentos que usted ha mencionado y por qué?”

***Giancarlo Ferreri:** El propietario de la mercancía, esto es un negocio de compraventa quien es el dueño de la mercancía es el que tiene que tener los documentos de propiedad y la trazabilidad de todo, el comprador solamente recibe la factura y el traspaso de la propiedad, que se perfecciona en el momento de la entrega de acuerdo con las condiciones.”*

En ese sentido, la disposición referente al aviso del retraso se enmarcó en la cláusula de la entrega dentro del Contrato, el cual era clara muestra de un proceso logístico que Logistics había ya mapeado a través de su experiencia y en el cual se determinó como fecha para la entrega del primer 50% entre 13 y 18 días después del pago del anticipo del 40%, por lo que asumió a conciencia el riesgo contractual que cualquier retraso en la logística de importación de los tapabocas pudiera tener.

En el testimonio del señor Giancarlo Ferrari, este indicó que se había estipulado este término porque en un caso sin eventualidades, el proceso logístico previo a la entrega se demoraba 13 días, pero previendo la posibilidad de que ocurrieran imprevistos, determinaron un plazo adicional de 5 días. Veamos:

*“Giancarlo Ferrari: ¿Porque ese plazo? Porque la logística que se utilizó fue una logística multimodal es decir salían en barcos de Asia hacia los ángeles, son 12 días de aguas como se llaman el argot y aéreo se demora un día desde los ángeles hasta aterrizar en Bogotá o en Cali dependiendo de la negociación o el cabotaje que hiciera el transportista aéreo, que en este caso era federal es prensa, **esos son 13 días perfectos y si funcionaron**, nosotros vendimos tapabocas desde abril, **si funcionaron esos 13 días si llegara a haber algún problema en aeropuertos, por mal clima, por enfermedad de Covid de las personas que trabajaban en esta parte, pues se podía correr uno a dos días por eso la mayoría de los negocios hicieron de 13 a 18 días 13 es el perfecto con la logística perfecta y 18 teniendo un margen de cinco días de error por si se presentase cualquier situación ajena a este proceso y había una cláusula en el contrato que se informaba constantemente al cliente si había algún retraso ajeno a la labor de logística acordémonos que todo el mundo se encontraba en pandemia.**”*

Por lo anterior, es claro que la disposición contenida en la Cláusula Tercera del Contrato, analizada en el contexto de todo el negocio jurídico y a la luz de la naturaleza de las obligaciones de Logistics, de ninguna manera puede ser interpretada como una exención anticipada o liberación de responsabilidad de la convocada, pues como ha quedado demostrado, esta no solo asumió el riesgo de entregar dentro del plazo convenido, sino que adquirió obligaciones sujetas a un plazo cierto y que revisten la connotación de una obligación de resultado.

De hecho, como quedó probado en el proceso, fue Logistics quien determinó el tiempo que consideraba podía cumplir con la obligación de entrega. Por lo tanto, la disposición referente al aviso de los retrasos ajenos a la voluntad del comprador fue incluida en el Contrato con el propósito mantener al tanto al comprador del estado de llegada de la mercancía, pero de ninguna manera estuvo dirigido a justificar el incumplimiento en la entrega dentro del plazo estipulado, ya que, si bien la disposición indicaba que se debía hacer un aviso, ese aviso no tenía la virtualidad de generar ningún tipo de ampliación en plazo de entrega. Si la intención de las partes hubiese sido alterar las fechas de entrega o flexibilizar los plazos pactados, así lo habrían declarado en el Contrato, lo cual sin lugar a dudas no ocurrió.

6. La terminación unilateral del Contrato intentada por Logistics mediante comunicación del 14 de julio de 2020 no sé ajustó al ordenamiento jurídico y/o fue injustificada e irregular

6.1. Dentro de los remedios del acreedor ante el deudor que considera incumplido, no está prevista la terminación unilateral sin intervención del juez - Era necesario acudir al juez para solicitar la resolución, la terminación o el cumplimiento forzado del Contrato

Dentro del régimen jurídico colombiano, las relaciones contractuales se edifican sobre la premisa de que lo acordado expresa o tácitamente constituye ley para partes y por lo mismo el pacto debe ser cumplido cabalmente, **pudiendo ser modificado de común acuerdo o invalidado únicamente por mutuo disenso o por causas legales mediante la intervención excepcional del juez**. Por ello, todo negocio legalmente celebrado es ley para las partes y no le es dado a ninguna de ellas, unilateralmente, ni terminar el contrato, ni modificarlo, ni interpretarlo.

Lo anterior se conoce como el principio *pacta sunt servanda*, el cual tiene su regulación legislativa en los artículos 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los que se transcriben a continuación:

“Artículo 1602 del Código Civil: “Todo contrato celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

“Artículo 871 del Código de Comercio: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Conforme al principio *pacta sunt servanda*, el artículo 870 del Código de Comercio (regulación aplicable al Contrato objeto de la litis) dispone que:

*“En los contratos bilaterales, **en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación**, con indemnización de perjuicios compensatorios, o **hacer efectiva la obligación**, con indemnización de los perjuicios moratorios”*. Negrillas y subrayado fuera de texto original.

De dicho artículo se deriva que en un sistema de resolución-terminación judicial en el cual el incumplimiento debe ser declarado por el juez del contrato, pues a menos de que exista una disposición legal o contractual expresa que así lo permita, a ninguna de las partes le está permitido dar por terminado unilateralmente un contrato, por grave o esencial que hubiere sido el incumplimiento de la otra³⁵. Por ello, la parte afectada por el incumplimiento, cuando no tenga interés en la ejecución o cumplimiento forzado de un negocio jurídico, tiene dos caminos: iniciar un proceso judicial para que el juez declare el incumplimiento y lo libere de sus obligaciones, o suspender el contrato amparada en la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 del Código Civil).

Quien procede a dar por terminado unilateralmente un contrato sin que exista disposición legal o contractual que lo permita, se arriesga a que lo demanden y a que el juez le recrimine el no haber recurrido a él previamente³⁶, como se procede a exponer.

6.2. Marco jurídico de la terminación unilateral de los contratos en Colombia – Régimen excepcional

³⁵ Molina Morales, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Universidad Externado de Colombia.

³⁶ Ibidem.

No existe ninguna norma con carácter general ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio que defina o reglamente la terminación unilateral. Le ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia estudiar la figura, para concluir que solo es plausible en los eventos expresamente previstos por el legislador, que la misma no es aplicable a todo tipo de contratos sino únicamente a los de tracto sucesivo, principalmente a aquellos en los que no se pactó término de duración, y excepcionalmente a los de duración determinada³⁷.

Así, en los contratos de duración definida en principio es improcedente la terminación unilateral, a menos que la ley o el contrato lo disponga, porque sería ilógico que ante el plazo extintivo de mutuo acuerdo, alguna de ellas discrecionalmente dejara sin efecto el contrato. En otras palabras, habiendo las partes pactado un término para el cumplimiento contractual, no es acertado afirmar que una de ellas pueda resolver el contrato unilateralmente sin autorización legal o contractual.

Así por ejemplo, un tribunal de arbitramento le reprochó al demandante (Mitsui de Colombia S. A.), el haber terminado unilateralmente un contrato por el incumplimiento de la otra parte:

“En tales condiciones, es claro que Mitsui no podía dar por terminado el contrato por sí y ante sí, aun cuando eventualmente fuera cierto que se habían dado las circunstancias de hecho previstas en la citada cláusula décima cuarta (sobre las causales de incumplimiento). Y por consiguiente, la citada comunicación que aquella le dirigió a Metalec el 13 de marzo de 1992, dando por terminado el contrato que tenían celebrado, carece de toda eficacia jurídica”³⁸.

Incluso, en caso de que se encuentre una cláusula de terminación en un negocio jurídico, la inserción de la misma debe como primera medida ser el resultado de una discusión y negociación previa de los contratantes, a través de la bilateralidad del consentimiento, el cual se surte ab initio con la aceptación de los términos del contrato³⁹ y en segundo lugar, debe ser ejercida de tal forma que no implique un ejercicio abusivo del derecho⁴⁰.

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a ‘[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes’ (Cas. Civ. sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243).*

³⁷ Morales, R. M. (2006). Terminación Unilateral del Contrato Ad Nutum, La. *Rev. Derecho Privado*, 10, 125.

³⁸ Neme, Martha. Laudo arbitral Mitsui de Colombia contra Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993

³⁹ Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi. Ensayos de derecho privado N° 7: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2018;

⁴⁰ SALDARRIAGA, Katherine Marrugo. Reglas para la operación de la cláusula de terminación unilateral. JURÍDICAS CUC, 2020, vol. 16, no 1, p. 339–370-339–370; MORALES HUERTAS, Margarita. “La Terminación Unilateral del contrato por incumplimiento en Derecho colombiano”, cit., p. 533.

(..)

Desde otra perspectiva, la terminación unilateral, es realidad tendencial inocultable en la contratación, particularmente, en la internacional, electrónica y las relaciones comerciales, así como las de consumo, tanto cuanto más por la sensible evolución, secular transformación, dimensión y entendimiento actual de la autonomía privada en la dinámica del tráfico jurídico y los negocios”⁴¹.

Conforme a lo anterior, ante la inexistencia de pacto expreso de las partes respetando los parámetros descritos, o disposición legal expresa, ninguna de estas podrá dar por terminado el contrato de forma unilateral sin la intervención del juez del contrato.

6.3. Incumplimiento del contrato por terminación injustificada del mismo

Cuando se termina un contrato de forma unilateral y sin la intervención del juez, sin exista dicha facultad contractual o legal, la consecuencia que se genera es el incumplimiento del contrato mismo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, así:

“Encontrar, eventualmente, una forma de terminación del vínculo negocial ajena a una u otra de las hipótesis esbozadas, esto es, al margen de lo convenido por los contratantes o de lo regulado en la ley, evidenciaría, de manera palpable, un incumplimiento de la relación referida”⁴².

Por ello, tal y como se procede a exponer en el presente asunto existió un incumplimiento grave del Contrato por parte de Logistics al dar por terminado de forma irregular e injustificada el mismo, cuando las partes no han previsto la posibilidad de terminar el contrato sin la intervención del juez, tal y como lo exige el ordenamiento jurídico colombiano como regla general.

6.4. Caso concreto - Inexistencia de pacto que facultara la terminación unilateral en el Contrato

En el caso que nos atañe, nos encontramos frente a un contrato de compraventa en el marco del cual no se pactó ninguna disposición que permitiera la terminación unilateral convencional del Contrato y la única disposición legal que permite dar por terminado unilateralmente un contrato de compraventa está contenida en el artículo 1882 del Código Civil que indica que, ante el incumplimiento del vendedor en la entrega del bien en un contrato de compraventa, podrá el comprador a su voluntad mantener el contrato o desistir de él, y en cualquiera de las alternativas tendrá derecho a exigir indemnización de perjuicios.

Pese a ello, mediante una comunicación escueta del 14 de julio de 2020 y sin mayor sustento, Logistics dio por terminado unilateralmente el Contrato objeto de la litis. Veamos:

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, magistrado ponente William Namén-Vargas, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Civil. Sentencia de 18 de enero de 2010, radicado 00137; Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3675-2021. 25 de agosto de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa.

ASUNTO: ANUNCIO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL PAGO.

En mi calidad de apoderado especial de la sociedad **LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.** me permito informar la terminación del contrato de compra y venta celebrado el pasado 8 de mayo del 2.020 entre la sociedad **PROMED QUIRURGICOS EU** quien usted representa, y mi cliente **LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.**, garantizado mediante la póliza N° 2614929-, por el incumplimiento por parte **PROMED QUIRURGICOS EU** a la cláusula SEGUNDA del CONTRATO DE COMPRAVENTA, en el cual se acordó:

PRECIO Y FORMA DE PAGO "las partes acuerdan que el precio total de venta del presente contrato de cada uno de los tapabocas objeto del presente contrato, es de ocho mil ciento cincuenta pesos Mcte (COP\$8.150=) por unidad (en adelante el "Precio Unitario"), por el valor total máximo a pagar por parte del COMPRADOR a favor del VENDEDOR por los Tapabocas objeto del presente Contrato es de mil seiscientos treinta millones de pesos Mcte. (COP\$1.630.000.000) (en adelante el "precio total"). El Precio Total por los Tapabocas será pagado por el COMPRADOR al VENDEDOR en tres pagos, de la siguiente forma: (i) Un primer pago equivalente al 40% del precio total dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del presente contrato y previa verificación de la emisión de las garantías establecidas en la cláusula quinta del presente Contrato. (ii) Un segundo pago equivalente al 10% del precio Total al momento del embarque" ... "Los pagos antes mencionados se realizarán por transferencia bancaria a favor de cualquiera de las cuentas bancarias del VENDEDOR"

Ante las diferentes evasivas y la dilación por parte de ustedes con diferentes argumentos como: "Giro del mercado en un 180%, Posición de Pérdida, re-exportar el producto, el contrabando de tapabocas, comparar fallidamente con la comercializada en San Andresito,

imitaciones de baja calidad, la Junta no autoriza más pagos", entre otros, para no cumplir con el pago pendiente del 10% del anticipo (para llegar así al 50% del Contrato), es imposible seguir confiando en el contrato incumplido por **PROMED QUIRURGICOS EU**, por ratificar adicionalmente su posición nuevamente con mi cliente, por el incumplimiento de la oferta presentada como plan de pagos realizada por usted y su Director Financiero, anunciando en el correo del pasado 25 de junio que efectuarían los pagos para que la mercancía fuese entregada.

Conforme a lo anterior, me permito notificar que ante el incumplimiento y por hacer caso omiso a las alternativas planteadas, nos vemos en la penosa obligación de hacer efectiva la cláusula penal pactada, dando alcance al tribunal de arbitramento pactado para dirimir el conflicto por las altas pérdidas económicas de mi representado debido a su incumplimiento.

Nótese cómo en la comunicación remitida el 14 de julio de 2020 a mi representada no se hace alusión alguna a norma o cláusula contractual que justifique el ejercicio de una facultad (ausente) de terminar el Contrato de forma unilateral.

Como se indicó, si Logistics se consideraba supuestamente el "contratante cumplido" y consideraba que existía un incumplimiento grave por parte de mi representada, los remedios que el ordenamiento consagraba para tutelar sus invocados derechos como acreedor de la prestación de pago del precio de la venta, son los consagrados en el artículo 870 del Código de Comercio, remedios que implicaban la intervención judicial, o arbitral en este caso, con el fin de que la autoridad

competente pudiese analizar las características del incumplimiento alegado y con base a ello, decretar la resolución, terminación o cumplimiento del Contrato.

De forma contraria al ordenamiento jurídico, Logistics de forma ilegal, arbitraria e indebida decide unilateralmente dar por terminado el Contrato el 14 de julio de 2020 causándole graves perjuicios a mi representada (quien entregó un 40% del precio del Contrato y quien no recibió ni uno de los Tapabocas objeto del Contrato).

A la ausencia de provisión contractual que habilitara la terminación unilateral del Contrato, se suma que Logistics no tenía derecho a solicitar y mucho menos declarar la terminación del Contrato, pues realmente como ha quedado probado en el proceso y explicado a lo largo de este escrito era dicha sociedad la que había incumplido el negocio jurídico objeto de la disputa. En otras palabras, y aún en gracia de discusión, la posibilidad de solicitar la terminación de un contrato solo está reservada para el contratante cumplido o que se hubiese allanado a cumplir, lo cual no ocurrió en el presente asunto, pues llegado el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, Logistics no se allanó a cumplir y naturalmente tampoco cumplió.

Finalmente, pero como cuestión no menos importante, vale la pena resaltar que el incumplimiento que endilgó Logistics a Promed radicó en el supuesto no pago del 10% del precio, pasando por alto que mi representada había entregado un anticipo por el 40% del precio total, y que dicho incumplimiento de ninguna manera podría ser considerado como un incumplimiento grave y resolutorio. Así, como lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la terminación del contrato está reservada para situaciones de incumplimiento grave y definitivo, lo cual no tiene eco ni reflejo en el presente asunto.

6.5. Consecuencias de la terminación injustificada e irregular de un contrato

En Colombia existen dos controles jurisdiccionales a la terminación de los contratos: (i) un control *a priori*, en donde la parte cumplida o dispuesta a cumplir podrá acudir a un juez para que se pronuncie, presentando una demanda motivada por el incumplimiento de la contraparte⁴³, ya que, será el juez quien posteriormente decida resolver o no el contrato; de modo que, mientras el juez no pronuncie sentencia para dar fin al vínculo, el contrato conservará su eficacia. (ii) También puede haber, un control *a posteriori*, una vez resuelto el contrato con base en facultades legales o convencionales. Así, pueden pasar dos cosas: en primer lugar, el sujeto a quien le terminaron el contrato puede estar de acuerdo con la decisión del acreedor aceptando indemnizarlo, careciendo de interés para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, evitando pagar costas en el caso de perder el proceso; y, en segundo lugar, ese sujeto puede considerar que le terminaron el contrato de manera irregular y podrá iniciar un litigio para que el juez controle esa terminación que él reputa ilícita.

Entonces, en el control *a posteriori* se puede llegar en dos situaciones: (i) si quien terminó el contrato necesita que se ejecuten las restituciones mutuas o quiere reclamar perjuicios; y, (ii)

⁴³ “El contratante cumplido, o que estuvo puesto a cumplir, tiene en su haber frente al contratante incumplido y a su arbitrio, la posibilidad de acudir al juez para que declare la resolución de la respectiva negociación jurídico bilateral, ni por eso, a permanecer sujeto indefinidamente a las obligaciones contraídas en virtud de su celebración”, Corte Suprema de justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia de 22 de octubre de 2003, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

cuando la parte a quien le terminaron el contrato no está de acuerdo con la decisión, y acude al juez a hacer valer sus derechos, porque considera que hubo una terminación unilateral ilícita por parte del contratante cumplido, en otras palabras, cuando las razones que argumenta la parte cumplida no justifican legítimamente la terminación unilateral del contrato, la parte que se vio afectada por la extinción del vínculo puede acudir al juez para defenderse y reclamar lo propio⁴⁴.

En el caso concreto, se solicitan restituciones mutuas y pago de perjuicios por parte de Promed, como parte afectada por el incumplimiento grave del Contrato cometido por Logistics al momento de dar por terminado de forma unilateral, irregular e ilegalmente el Contrato celebrado.

6.6. Conclusión

En consecuencia, en virtud de la terminación irregular e indebida del Contrato por parte de Logistics, que constituye en sí misma un incumplimiento al Contrato, descarta la posibilidad para Logistics de solicitar el pago de la cláusula penal y el cumplimiento forzado del Contrato, por cuanto estamos en presencia de un contratista incumplido, que decidió tomar justicia por su propia mano y romper el vínculo contractual y conservar la parte del precio pagada por mi representado.

De hecho, lejos de que Logistics tenga derecho a recibir una “indemnización” por la vía de la cláusula penal, es dicha sociedad quien debe restituir lo pagado a mi representada y pagar perjuicios, los cuales fueron tasados anticipadamente en la cláusula penal prevista en el Cláusula Sexta del Contrato, tal y como se solicitó en la Demanda Principal.

Por lo expuesto, está llamada a prosperar la pretensión Décimo Primera de la Demanda Principal Reformada, y las demás consecuenciales. De igual manera, dado que el Contrato fue terminado de forma irregular e ilegal por parte de Logistics, las pretensiones Sexta y Séptima de la Demanda de Reconvención están llamadas al fracaso, pues no tendría ningún sentido práctico ni jurídico que la convocada pretenda el cumplimiento forzado de un contrato que ella misma terminó.

7. Improcedencia del cumplimiento forzado del contrato: Fracaso de la pretensión Séptima de la Demanda de Reconvención

Logistics procura en la Demanda de Reconvención dentro de sus pretensiones que se ordene el cumplimiento por parte de Promed de las obligaciones acordadas en el Contrato, en especial que proceda con el pago de los tapabocas que jamás entregó. Veamos:

“Séptima. Se ordene y conmine a la Demandada Reconvencida cumplir con todas y cada una de las obligaciones fijadas en el contrato de compraventa celebrado el 08 de mayo de 2020, incluyendo la realización del segundo pago, y el tercero al momento de la entrega de la mercancía.”

En respuesta de lo anterior, aunado a lo que se encontró probado en el proceso y los fundamentos que se expondrán a continuación, resulta claro a todas luces que la aludida pretensión se encuentra llamada al fracaso, pues el supuesto de hecho que daría lugar a su procedencia está completamente

⁴⁴ MOLINA MORALES, Ranfer. Notas de Seminario de Obligaciones, 2021.

alejado a la realidad fáctica y jurídica de lo realmente ocurrido en el presente caso, por lo que no encuentra asidero alguno que justifique la decisión de ordenar lo pretendido.

7.1. Alcance del cumplimiento forzado en casos de incumplimiento

Como punto de partida, resulta pertinente hacer referencia a las disposiciones legales que regulan la posibilidad del cumplimiento forzoso de las obligaciones dentro de una relación contractual, teniendo como norma principal al artículo 1546 del Código Civil Colombiano y el artículo 870 del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta preciso hacer el análisis con respecto al alcance que posee esta posibilidad, entendiendo que la pretensión expuesta por Logistics en su demanda de reconvencción cae en un yerro argumentativo al momento de solicitar el cumplimiento forzoso de las obligaciones, dejando a un lado los supuestos de hecho que se deben configurar para esto.

En aras de tener un mayor entendimiento con respecto a esta figura, es preciso remitirnos a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 25 de agosto de 2021, Rad. 66001-31-03-003-2012-00061-01, como magistrado el Dr. Álvaro García Restrepo:

“La acción resolutoria es la respuesta al incumplimiento contractual ante el rompimiento del equilibrio negocial, que como causa exógena del negocio jurídico, pone en desventaja al contratante que cumplió frente al incumplido en pos de restablecer la equivalencia. El planteamiento de la acción y su correspondiente legitimación demanda la existencia de: 1. Contrato bilateral válido.

*Debe revestir esta naturaleza, porque no podrían analizarse los efectos del contrato mediado por falencias en su génesis, algunas ligadas con el orden público interno. 2. **Incumplimiento obligacional o inejecución obligacional en sentido objetivo de la parte demandada o contrademandada, en forma total o parcial, grave o esencial de las obligaciones** convenidas con carácter protagónico, no insustancial ni culposo, frente a la satisfacción contractual pretendida. 3. **Cumplimiento obligacional del contratante demandante o del reconviniendo que aleguen el cumplimiento prestacional o que se han allanado a cumplirlas en la forma y en el tiempo debido.***

Empero también se desprende del segundo inciso del art. 1546 del C.C. que de concurrir los anteriores elementos, hay un franco carácter alternativo en esa acción: 1. Acción resolutoria propiamente tal con efectos ex tunc (desde el pasado), o efectos es nunc (hacia el futuro) según el caso obligacional en disputa. Y 2. La ejecución forzada para obtener el cumplimiento del contrato; no obstante, en ambos casos, con indemnización de perjuicios. Se trata del derecho a pedir el cumplimiento in natura o por equivalente (el de carácter pecuniario) con indemnización de perjuicios. Por supuesto, si se trata de contratos bilaterales o con prestaciones correlativas, se exigirá la resolución o el cumplimiento, pero si se trata de contratos de ejecución sucesiva la terminación con resarcimiento del eventual daño.

*De modo que, únicamente son, **el contratante cumplido demandante, o el demandado en la acción resolutoria por vía de reconversión cuando alega la excepción de contrato no cumplido o le atribuye el incumplimiento primigenio a su contradictor o demandante inicial y principal, los únicos quienes pueden plantear ésta acción**, excluyendo del todo las acciones relacionadas con el simultáneo o recíproco incumplimiento, porque el texto se refiere a la acción resolutoria propiamente tal de quienes cumplen las obligaciones o se hallan en condiciones de cumplirlas.”*

Fíjese entonces que no existe correlación entre lo pretendido y lo realmente actuado durante la relación contractual, entendiendo que ya se ha encontrado probado en el proceso que existe un incumplimiento grave y sustancial por parte de Logistics de su obligación de entrega, en cuanto el plazo estipulado en el Contrato, y corroborado por el mismo representante legal en la declaración de parte practicada, no fue cumplido por el extremo demandado, el cual no ha presentado a lo largo de todo el proceso alguna prueba fehaciente de la siquiera existencia de la Mercancía.

En consecuencia, de todo lo anterior, es claro que resulta imposible que prospere la pretensión elevada por el extremo demandante con respecto al cumplimiento forzado del contrato, en cuanto fue este quien incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones, principalmente, en la notificación del embarque por medio del BL, documento que en ningún momento se puso de presente, ni durante la relación contractual ni durante el presente trámite arbitral.

7.2. Terminación unilateral e irregular del contrato hace improcedente el cumplimiento forzado

En un sistema de resolución-terminación judicial el incumplimiento debe ser declarado por el juez del contrato, pues a menos de que exista una disposición legal o contractual expresa que así lo permita, a ninguna de las partes le está permitido dar por terminado unilateralmente un contrato, por grave o esencial que hubiere sido el incumplimiento de la otra⁴⁵.

El solo hecho de poner fin al contrato de manera unilateral constituye una falta grave que compromete la responsabilidad de su autor. Por ello, la parte afectada por el incumplimiento, cuando no tenga interés en la ejecución coactiva, tiene dos caminos: iniciar un proceso judicial para que el juez declare el incumplimiento y lo libere de sus obligaciones, o suspender el contrato amparada en la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 del Código Civil).

Quien procede a dar por terminado unilateralmente un contrato sin que exista disposición legal o contractual que lo permita, se arriesga a que lo demanden y a que el juez le recrimine el no haber recurrido a él previamente⁴⁶. Así, por ejemplo, un tribunal de arbitramento le reprochó al demandante (Mitsui de Colombia S. A.), el haber terminado unilateralmente un contrato por el incumplimiento de la otra parte:

⁴⁵ Molina Morales, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Universidad Externado de Colombia

⁴⁶ Molina Morales, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Universidad Externado de Colombia

“En tales condiciones, es claro que Mitsui no podía dar por terminado el contrato por sí y ante sí, aun cuando eventualmente fuera cierto que se habían dado las circunstancias de hecho previstas en la citada cláusula décima cuarta (sobre las causales de incumplimiento). Y por consiguiente, la citada comunicación que aquella le dirigió a Metalec el 13 de marzo de 1992, dando por terminado el contrato que tenían celebrado, carece de toda eficacia jurídica”⁴⁷.

Incluso, en caso de que se encuentre una cláusula de terminación en un negocio jurídico, la inserción de la misma debe como primera medida ser el resultado de una discusión y negociación previa de los contratantes, a través de la bilateralidad del consentimiento, el cual se surte *ab initio* con la aceptación de los términos del contrato⁴⁸ y en segundo lugar, debe ser ejercida de tal forma que no implique un ejercicio abusivo del derecho⁴⁹.

En el caso que nos atañe, nos encontramos frente a un contrato de compraventa en el marco del cual no se pactó ninguna disposición que permitiera la terminación unilateral convencional del Contrato y tampoco existe disposición legal que permitiera a alguna de las partes dar por terminado unilateralmente el Contrato. Pese a ello, mediante una comunicación escueta del 14 de julio de 2020 y sin mayor sustento, Logistics dio por terminado unilateralmente el Contrato objeto de la *litis*.

Pues bien, en virtud de lo expuesto anteriormente, resulta sorprendente que Logistics pretenda que *“se ordene y conmine a la Demandada Reconvénida cumplir con todas y cada una de las obligaciones fijadas en el contrato de compraventa celebrado el 08 de mayo de 2020, incluyendo la realización del segundo pago, y el tercero al momento de la entrega de la mercancía”*, habiendo terminado el contrato unilateralmente de forma irregular, confesado por ese mismo extremo procesal en el hecho décimo tercero de la Demanda de Reconvención.

En ese sentido, es menester poner a consideración del Tribunal la contradicción existente entre el cumplimiento pretendido del Contrato y las actuaciones efectuadas por Logistics que lo dieron por terminado, cesando así (y aunque de forma irregular) los efectos del Contrato.

Al respecto, es importante traer a colación los requisitos para que pueda prosperar la acción de cumplimiento de un contrato a los que hizo alusión a Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 11001 del 25 de junio de 2018, con ponencia del magistrado Wilson Quiroz Monsalvo, en donde se profirió lo siguiente:

“Por ende, cuando las partes deben acatar prestaciones simultáneas, para hallar acierto a la pretensión judicial fincada en el canon 1546 citado, es menester que el demandante haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria o la de cumplimiento prevista en el aludido precepto, en concordancia con la exceptio non adimpleti contractus regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo

⁴⁷ Neme, Martha. Laudo arbitral Mitsui de Colombia contra Metalec Ltda., proferido el 7 septiembre de 1993.

⁴⁸ Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del *ius variandi*. Ensayos de derecho privado N° 7: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2018

⁴⁹ SALDARRIAGA, Katherine Marrugo. Reglas para la operación de la cláusula de terminación unilateral. *JURÍDICAS CUC*, 2020, vol. 16, no 1, p. 339–370-339–370.

tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Además, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del acuerdo, la exigencia aumenta porque quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente”.

En el caso concreto, no solo hubo incumplimientos graves y esenciales por parte de Logistics que se evidencian en el solo hecho de que a la fecha de hoy no haya hecho entrega de ni un solo Tapabocas objeto del Contrato, sino que además Logistics, de forma irregular, dio por terminado el Contrato, acto que trajo consigo la extinción de todo vínculo jurídico, frente a lo cual es palmario mencionar que, si se ha dado noticia de la terminación, la parte que lo haya hecho no podrá retractarse ni revocarla sin el consentimiento de la otra parte.

Con la terminación de un contrato cesan sus efectos, y por ello, resulta a todas luces improcedente que Logistics pretenda el cumplimiento forzado o *in natura* del Contrato, cuando dicha empresa fue quien terminó de forma unilateral e irregular el Contrato.

7.3. Frustración de la causa y fin práctico del Contrato como consecuencia de la superación de la pandemia y/o la disminución de la demanda de tapabocas en el mercado

Aunado a lo expuesto anteriormente, resulta preciso acotar que mi representada no tiene ningún interés en revivir un vínculo extinto, máxime cuando Logistics incumplió grave y esencialmente el Contrato celebrado.

Sobre el particular, el Dr. Fernando Hinistrosa señaló que:

“Del deudor moroso cabe esperar un cumplimiento tardío o, quizá con mayor propiedad: estando el deudor en mora, pueden subsistir el interés del acreedor en la prestación específica y la posibilidad de esta, y así vendría la ejecución espontánea o forzada in natura, como también la indemnización de perjuicios, que no podrían ser otros que los moratorios (art. 1615 c.c.).

*Es claro el derecho del acreedor de rehusar una prestación tardía y reclamar su equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios recibidos por el incumplimiento del deudor, **siempre y cuando su interés haya desaparecido. Es decir, el deudor, valga la expresión, tiene derecho a cumplir tardíamente, a condición de que subsista el interés del acreedor en la prestación in natura.** Es este uno de los casos en que se ha de apreciar el interés legítimo de cada una de las partes de la relación jurídica temperadamente, teniendo en cuenta la sanción del abuso del derecho (art. 830 c.co.).*

A dicho propósito es conveniente tener en cuenta que cuando el plazo es esencial, o sea, cuando el interés del acreedor se inserta en un determinado tiempo, transcurrido el cual ya no le sirve o no le es útil la prestación (decae su interés), mal podría el deudor pretender un pago válido extemporáneo. Situación que también se presenta cuando la mora del deudor le otorga poderes extraordinarios o pretensiones adicionales al acreedor: tales los casos de la acción resolutoria en los llamados contratos bilaterales o de prestaciones correlativas, especialmente en el de venta (arts. 1546 y 1930 c.c. y 870 c.co.), y del pacto

comisorio (art. 1937 c.c.), en donde no puede el deudor pretender válidamente que el acreedor le reciba a deshoras o intentar en esa misma forma un pago por consignación, alegando mora creditoris (arts. 1656 ss. c.c. y 437 c.p.c.)”⁵⁰.

De igual forma, en un proceso similar al presente, la Corte Suprema de Justicia mantuvo su postura con respecto a la frustración de la finalidad del contrato al momento de pretender la acción resolutoria del mismo, donde se profirió lo siguiente:

*“Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que **su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio**, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato”*

Fíjese entonces que, obviando el factor de que no existe sustento jurídico para solicitar el cumplimiento forzado de las obligaciones en cuanto la parte incumplida fue Logistics, la frustración de la finalidad del mismo es un elemento fundamental para determinar la procedencia de la acción resolutoria, por lo que, en el presente caso, desde ninguna óptica o aproximación jurídica es posible acceder a la pretensión séptima, pues es evidente que no se puede forzar a mi representada a recibir una mercancía que debía haber sido entregada hace 3 años, y que por las condiciones actuales de salud ya es intrascendente y carente de demanda en el mercado, esto es, se frustró la finalidad de mi cliente.

Como bien fue expuesto a lo largo del proceso y del presente escrito, el plazo que fue estipulado al momento de la firma del contrato tenía un carácter fundamental para mi representada, en cuanto respondía a una necesidad del mercado por la pandemia del COVID - 19, la cual tuvo como resultado la alta demanda de tapabocas y el aumento de los precios de los mismos.

Para ello, al acudir al material probatorio practicado en el proceso, son claras las evidencias que denotan la relevancia del cumplimiento **dentro de los términos que fueron establecidos**, como se expone a continuación:

1. Dentro de los testimonios realizados a lo largo del trámite, se concluyó lo siguiente:
 - a. Rafaél Ávila, representante legal de Promed y quien firmó el Contrato, expuso lo siguiente:

“(…) nos pareció una muy buena oferta con respecto al tiempo de entrega y por esa razón fue que gestionamos el negocio (...) era muy importante el tiempo, el gap de tiempo porque, como usted lo enuncia, habían muchas

⁵⁰ Artículo disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5787/7620>

dificultades alrededor del mundo y ellos garantizaron la entrega de ese producto, así razón por la cual pues el precio se hacía atractivo, independiente de que fuera muy caro porque, a la fecha o antes de la pandemia, quiero ponerles como connotación que un tapabocas de ese calibre, de esas características técnicas, podía costar cerca de 750, 900 pesos colombianos, a ese momento, antes de la pandemia, y durante la pandemia empezamos a entender que habían precios que oscilaban entre los 9500 y los 18000 pesos para esos tapabocas de características, que estamos hablando de más de 1400 por ciento de diferencias, cosa que no son normales en ningún mercado y que la pandemia hizo posible este tipo de situaciones ”

- b. Giovanni Valencia, quien funge como director nacional de aseguramiento de Promed y estuvo inmerso en el proceso de negociación con Logistics, precisó lo siguiente:

“(...) para nosotros se hará super importante como les comenté hace un momento tener los tapabocas lo antes posible porque obviamente al mercado estaban llegando muchos tapabocas y los precios tendían a bajar, lo cual para nosotros era supremamente importante tenerlos con tiempo de anterioridad y adicional a que existía el compromiso con una compañía que no los había solicitado y requerido entonces tal vez esa era la urgencia de tenerlos en los tiempos que se había negociado con la compañía Logistics por parte de Promed”

2. También es menester hacer mención a la necesidad de cumplir con un negocio jurídico alternativo con la sociedad MEDCORE, como bien fue afirmado por el testigo Giovanni Valencia, y se constata con la orden de compra No. 502, del **1 de junio de 2020**, aportada en la reforma de la demanda inicial, veamos:

NIT. 900.660.468-9 REGIMEN COMUN
ELEMENTOS MEDICOS ESPECIALIZADOS

MEDCORE
SOLUCIONES PARA LA SALUD

FACTURAR A: MEDCORE S.A.S.
900 660 468
CARRERA 70G No. 127 - 31
8052712
BOGOTA - COLOMBIA

ORDEN DE COMPRA
502
1 de junio de 2020

ORDEN DE COMPRA PARA: PROMED QUIRURGICOS
900.26143 2
CRA 67 43 17
22 14 599
BOGOTA - COLOMBIA

ENTREGAR EN: MEDCORE S.A.S.
ATN- MANUEL ESPITIA
CARRERA 70G No. 127 - 31
7219639
BOGOTA - COLOMBIA

TERMINOS: _____ PEDIDO POR: MANUEL ESPITIA
ENVIO: _____ NOTA: _____

ITEM	DESCRIPCION	QTY	COSTO UND	IVA	TOTAL
	TAPABOGAS 5 CAPAS CON ELASTICO	175000	11.900	0%	2.082.500.000

Pues bien, con lo anterior se explica y justifica la necesidad que existía del cumplimiento de las obligaciones contractuales **dentro de los términos que fueron establecidos**, esto son, el 50% de la Mercancía entre los 13 y 18 días después del pago, y el 50% restante una semana después de la primera entrega, hechos que nunca ocurrieron por culpa única de demandado, por lo que resulta un sinsentido procurar el cumplimiento de una prestación de un contrato terminado, y que tenía relevancia económica y jurídica hace 3 años, esto es, cuando Logistics **tenía** que cumplir su parte del Contrato.

Con fundamento en lo expuesto, respetuosamente se solicita al Tribunal Arbitral negar la pretensión Séptima de la Demanda de Reconvenición, pues como ya se anticipaba desde el punto de vista jurídico, fáctico y práctico, no tiene ningún sentido el cumplimiento forzado del Contrato en los términos pretendidos por Logistics.

8. Exigibilidad de la cláusula penal a favor de Promed

8.1. Requisitos para la exigibilidad de las cláusulas penales - Supuestos para el cobro de la cláusula penal en el ordenamiento jurídico

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil “La *cláusula penal* es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Respecto a la condicionalidad de la cláusula penal, el artículo 1595 del Código Civil señala:

“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse”.

En reciente providencia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia recalcó la naturaleza *polifuncional* de la cláusula penal, en cuanto puede tener diversas finalidades:

“(…) en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos (...)⁵¹.

La estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (artículo 1604 del Código Civil); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

El profesor Hernando Morales Molina explica las anteriores afirmaciones en estos términos:

“LA: CLÁUSULA PENAL. “””” “Esta norma (artículo 1594 del c.c.) implica: a) Que antes de la mora del deudor puede el acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, si fuere exigible, pues opera la regla general de la exigibilidad para ejecutar; b) Que después de la mora, que es indispensable para cobrar perjuicios, el acreedor no puede pedir al tiempo la obligación principal y la cláusula penal, sino una u otra, pues se cobraría dos veces la obligación, o sea en su objeto inicial y en su equivalente en dinero, salvo: 1. Que se trate de cláusula penal moratoria y no compensatoria; 2. Que se haya estipulado la compatibilidad entre la pena y la obligación principal, o sea que aquella sea mera garant”a.”

Según lo anteriormente expuesto, se deduce que independientemente del tipo de cláusula penal ante la cual nos encontremos, los requisitos para que la misma pueda exigirse son los siguientes:

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

1. Que quien solicita la cláusula penal sea el contratante cumplido.
2. Que exista un incumplimiento grave o esencial por parte del deudor a quien se le exige la cláusula penal.
3. Que el deudor de la obligación incumplida se encuentre constituido en mora.

Siendo que la calidad de contratante cumplido de Promed y la calidad de contratante incumplido de Logistics se abordó previamente, se procede abordar a continuación el requisito de constitución en mora, el cual se encuentra acreditado en el presente proceso.

8.2. Constitución en mora del deudor

Frente a la mora, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. **¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (C.C., arts. 1610 y 1615) 2) Hace exigible la cláusula penal (C.C., arts. 1594 y 1595); y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (art. 1731 y 1733)**”⁵².*

Para saber cuándo el deudor se encuentra constituido en mora, se debe consultar el artículo 1608 del Código Civil que señala:

“El deudor está en mora:

*1o.) **Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado;** salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Según dicha norma, y por resultar relevante para el caso en disputa, en el marco de las obligaciones sometidas a plazo, el deudor se encuentra en mora una vez vencido el plazo y en el marco de las obligaciones sometidas a condición, para que el deudor sea constituido en mora es necesario el requerimiento judicial previo.

8.3. Análisis del caso concreto

⁵² Corte Suprema de Justicia, SC del 10 de julio de 1995, Rad. n.º 4540 citada en Sentencia SC1170-2022. 22 de abril de 2022. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

En el caso se observa que las partes pactaron una cláusula penal de tipo compensatorio, tal y como se extrae de la Cláusula Sexta del Contrato. Veamos:

SEXTA – INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATO: En caso de mora o incumplimiento parcial del VENDEDOR en relación con alguna de sus obligaciones bajo el presente Contrato, el VENDEDOR se obliga a pagar al COMPRADOR una suma de dinero equivalente al **TREINTA POR CIENTO (30%)** del valor Total de este contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales que el COMPRADOR inicie en contra del VENDEDOR por dichos incumplimientos. En caso de mora o incumplimiento parcial del COMPRADOR en relación con alguna de sus obligaciones bajo el presente Contrato, el COMPRADOR se obliga a pagar al VENDEDOR una suma de dinero equivalente al **TREINTA POR CIENTO (30%)** del valor Total del presente contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales que el VENDEDOR inicie en contra del COMPRADOR por dichos incumplimientos

Quedó acreditado que Promed cumplió con la obligación de entregar el anticipo del precio objeto de la venta que se causó en el transcurso de la ejecución del Contrato e incluso, que se allanó a cumplir el pago del restante pese a no encontrarse causado.

Además, quedó acreditado que Logistics tenía la obligación de vender 200.00 tapabocas, para lo cual debía ejecutar las entregas en unos plazos acordados, según lo previsto en la Cláusula Tercera del Contrato.

Cumplidos los plazos a los que se refiere la Cláusula Tercera del Contrato, es decir, llegado el 31 de mayo de 2020 y llegado el 7 de junio de 2020, Logistics no entregó ni uno solo de los Tapabocas objeto del Contrato.

En conclusión, Logistics se constituyó en mora de cumplir la obligación de entrega del objeto de la venta al día siguiente de las fechas antes indicadas y, por tanto, resulta procedente el cobro de la cláusula penal a su cargo.

9. Improcedencia del cobro de la cláusula penal pretendida por Logistics

En la pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención, Logistics solicita que se condene a Promed al pago de la suma de \$489.000.000 por concepto de cláusula penal de que trata la Cláusula Sexta del Contrato. Al Respecto, conviene indicar lo siguiente:

9.1. No se cumplen los supuestos de hecho para que surja la obligación de pagar la cláusula penal en cabeza de Promed.

Según la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal es “[...] **Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena** (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, **salvo que así se haya estipulado**, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).

Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta

establece que **‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal’**. (Art. 1596 del CC)». ⁵³

En el mismo sentido ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*“Entendida pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”*⁵⁴ (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

9.2. Ausencia de prueba de constitución en mora de PROMED por no pago del 10% del precio del Contrato

Aterrizando al caso concreto, Logistics no tiene derecho a solicitar dicho valor a título de cláusula penal, por las siguientes razones principales:

Las partes pactaron que solo en caso de mora o incumplimiento parcial se podría solicitar el cobro de la cláusula penal, presupuesto que no se cumple respecto de Promed, pues como quedó evidenciado mi representada no incumplió el Contrato ni se constituyó en mora, puesto que el pago del 10% del precio del Contrato que reclama Logistics nunca se causó como quedó ampliamente dilucidado.

A ello se suma que Logistics incumplió la obligación de entrega de los Tapabocas en las fechas estipuladas en el Contrato como se expuso previamente. En ese sentido, al no haber cumplido con sus obligaciones en la oportunidad debida, no se encuentran habilitados para exigir el cobro de la cláusula penal.

Además, la naturaleza la cláusula penal pactada en el Contrato es de tipo compensatorio y en ese orden, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1594 del Código Civil *“antes de constituirse el deudor en mora, **no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas** a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”*.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC3047-2018 del 31 de julio de 2018. Expediente con Rad No. 25899-31-03-002-2013-00162-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de mayo de 1996, expediente 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Por lo tanto, resulta improcedente que Logistics pretenda en la Demanda de Reconvención, el cumplimiento del Contrato más condena por concepto de cláusula penal. Frente a este punto es del caso insistir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente en afirmar la incompatibilidad de solicitar el cumplimiento forzado y la cláusula penal cuando esta tiene la connotación de compensatoria.

Por lo expuesto, respetuosamente solicito al Tribunal Arbitral negar la pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención, por cuanto la convocada no tiene derecho a percibir la cláusula penal pactada en el Contrato.

9.3. Conclusión

Así, como quedó probado a lo largo del proceso, Promed no incumplió la obligación que se reputa incumplida y sobre la cual se deriva el cobro de la cláusula penal. Ello, por cuando la condición a la que se sujeto el pago del segundo hito del precio jamás se cumplió. Así, es evidente que ante la falta de incumplimiento y la consecuente mora de mi representada, es a todas luces improcedente el cobro de la sanción pretendida.

En segundo lugar, y al margen de la inexistencia de incumplimiento por parte de Promed, se advierte que Logistics no está legalmente facultada para exigir el pago de la cláusula penal, pues esta es una prerrogativa reservada exclusivamente para el contratante cumplido, tal y como lo enseña el Código Civil. Pues bien, en el presente caso, está ampliamente demostrado que Logistics incumplió su obligación principal de entregar los Tapabocas dentro de los plazos previstos en el Contrato, lo cual descarta la posibilidad de poder cobrar cualquier suma de dinero.

En síntesis, en el presente caso no se dan los presupuestos para el cobro de la cláusula penal a Promed, pues, por una parte, mi representada no incumplió el Contrato ni sus obligaciones están mora, y por la otra, Logistics es un contratante incumplido, de tal suerte que no se configura uno de los presupuestos para solicitar el cobro de la cláusula penal, es decir, haber cumplido o haberse allanado a cumplir.

9.4. SUBSIDIARIO: Reducción de la cláusula penal en el remoto caso de una consideración de incumplimiento (10%)

En el remoto caso en que el Tribunal Arbitral considere que Promed incumplió y que además la cláusula penal pactada por las partes si admite la solicitud simultánea del valor de la pena junto con el cumplimiento forzado del Contrato, debe considerar lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil:

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

En ese sentido, toda vez que es un hecho cierto que Promed cumplió con el pago del anticipo del precio del Contrato, correspondiente al 40% del valor del mismo, tras pagar \$652.000.000 y que el

incumplimiento que se le reprocha por parte de Logistics es únicamente el impago del 10% del valor del Contrato, entonces mi representada tendría derecho a la rebaja parcial de la pena.

Así, no se podría condenar a Promed al pago de \$489.000.000, ya que esto corresponde al valor total de la cláusula penal, sino que, en virtud de la rebaja proporcional debe como máximo condenársele al pago del 10% de la pena, que equivale proporcionalmente al monto del supuesto incumplimiento.

10. Aspectos transversales al litigio con respecto al llamamiento en garantía

Promed llamó en garantía a Suramericana en virtud de la póliza que expidió la aseguradora con ocasión al Contrato suscrito entre Promed y Logistics con el fin de asegurar el buen uso del anticipo y el cumplimiento del contrato, de conformidad con las condiciones del contrato de seguro.

10.1. Ausencia de prescripción de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro

En la contestación al llamamiento en garantía, la aseguradora indicó que había operado la prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro, de manera que se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones del llamamiento. Sin embargo, en los diferentes escritos del proceso y la etapa de pruebas se demostró que Promed aún cuenta con la facultad de exigir la ejecución de la póliza, de manera que cumpla con la función que buscó Promed al solicitarle una garantía de cumplimiento a Logistics.

Sobre la figura de la prescripción, el artículo 1081 del Código de Comercio indica lo siguiente en el marco del contrato de seguro:

“(…) la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Frente a ello, la justicia arbitral ha señalado que la excepción de prescripción no deberá ser vista únicamente como “*transcurso del tiempo computable a punta de calendario y nada más*”, sino que se deberá analizar en concomitante a los actos y posturas adaptadas por las partes durante la relación pre y post contractual, acogiendo de esta manera lo manifestado por la Dra. Martha Lucía Neme Villareal, evocando doctrina germánica, en donde indica que “*...está vedado alegar la existencia de una prescripción a quien con un precedente comportamiento, haya puesto a la*

contraparte en una convicción de que no la objetaría, induciéndola a descuidar el cumplimiento de un acto formal de interrupción del término”.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la prescripción se interrumpe de forma civil o natural. Al respecto, el artículo 2539 del Código Civil señala que:

“La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524”.

A su vez, el artículo 94 del C.G.P. indica que ***“El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”***. Sobre este mecanismo de la interrupción civil de la prescripción, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de comentar lo siguiente (Sentencia del 25 de mayo de 2022. M.P. Luis Alonso Rico Puerta):

“No puede pasarse por alto que, en el último inciso del artículo 94 del Código General del Proceso –vigente desde el 1 de octubre de 2012–, se consagró un novedoso supuesto de interrupción civil de la prescripción, que se produce mediante un «requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor». El legislador no reguló con detalle esta posibilidad, más allá de señalar que «solo podrá hacerse por una vez»; sin embargo, es factible deducir algunos de sus rasgos principales:

(i) El requerimiento extrajudicial debe involucrar un derecho autoatribuido, es decir, una expresión de voluntad de quien se asume como titular de un derecho sustancial, orientada directa y reflexivamente a que otra persona se comporte de manera consistente con ese derecho. Así, por ejemplo, el acreedor cambiario puede dirigir un escrito a su deudor, instándolo a que sufrague el crédito incorporado en un cartular; o la víctima de un accidente de tránsito al agente dañador, reclamándole la indemnización de los daños atribuibles a su conducta lesiva.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En línea con lo anterior, en sentencia proferida el 29 de julio de 2022, bajo el radicado 2022103868-016-000, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia recordó que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro podía ser interrumpida mediante la presentación de un requerimiento escrito del acreedor al deudor, lo cual, a su juicio, ocurrió cuando el asegurado formuló su reclamación a la aseguradora.

10.1.1. La reclamación a la aseguradora se entendió en firme, sino hasta que se allegó la información requerida por el ajustador, por lo que no se encuentra prescrita la acción intentada

En el caso concreto, el último incumplimiento por parte de Logistics tuvo lugar el 14 de julio de 2020 cuando este dio por terminado unilateral, injustificada e irregularmente el Contrato de Compraventa celebrado el 8 de mayo de 2020.

Por ello, en principio el término de dos años al que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio respecto de la prescripción ordinaria, vencía el 14 de julio de 2022. Sin embargo, el 14 de julio de 2020, mi representada presentó reclamación formal ante Suramericana con el propósito de que la aseguradora amparara el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones propias y directas del objeto del contrato de compraventa entre LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S y PROMED QUIRURGICOS EU.

El 27 de julio de 2020, Juan Carlos Lurduy Aslina, remitió un comunicado a mi representada anunciando que habían sido designados como ajustadores externos por parte de Suramericana para atender la reclamación elevada por Promed y adicionalmente requirió una serie de documentos para continuar con el trámite de la reclamación⁵⁵.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., nos designó ajustadores externos para atender el aviso presentado por ustedes, como consecuencia del incumplimiento por parte de LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S., en la entrega de los productos objeto del contrato de compraventa suscrito entre las partes el pasado 8 de mayo de 2020.

Por lo anterior y en aras de continuar con el análisis y atención del caso, solicitamos de manera preliminar, copia de los siguientes documentos, a saber:

1. Comunicación formal del asegurado, donde consten los elementos de modo, tiempo y lugar de los hechos, que motivan el aviso, así como el perjuicio sufrido y la responsabilidad imputable al vendedor, esto conforme al contrato de seguro que se pretende afectar.
2. Contrato de compraventa debidamente suscrito por las partes, con sus modificaciones si existen.
3. Factura emitida por el vendedor por concepto de anticipo.
4. Soporte de pago y comprobante de egreso contable, donde conste la legalización contable del pago del anticipo enunciado en el numeral anterior.
5. Informar el estado de la cláusula décima segunda del contrato de compraventa, son sus respectivos soportes.
6. Soportes idóneos donde conste el perjuicio sufrido, esto acorde a las condiciones del contrato de seguro que se pretende afectar.
7. Respuesta del vendedor a su correo electrónico del pasado 25 de junio de 2020.

El 31 de julio de 2020, mi representada solicitó a Suramericana la afectación de la póliza y pago de los mencionados valores dentro del término establecido en la ley y el contrato.

El 14 de agosto de 2020, JC Lurduy Asociados S.A.S. requirió nuevamente a Promed para que esta remitiera una serie de documentos pendientes a la fecha y otros que surgieron del análisis de lo previamente aportado, indicando que *“en atención a los documentos aportados, **como consecuencia del incumplimiento por parte de LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S., en la entrega de los productos objeto del contrato de compraventa suscrito entre las partes el pasado 8 de mayo de 2020, solicitamos, copia de los siguientes documentos, pendientes a la fecha y otros que surgen del análisis de lo aportado (...)**”* (ver Prueba Documental No. 4 del Llamamiento en Garantía). En esta

⁵⁵ Prueba 2 del Llamamiento en garantía a Suramericana.

misma comunicación, el ajustador enfatizó que para que la **reclamación quedara formalizada** era indispensable la documentación solicitada. Veamos⁵⁶:

En atención a los documentos aportados, como consecuencia del incumplimiento por parte de LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S., en la entrega de los productos objeto del contrato de compraventa suscrito entre las partes el pasado 8 de mayo de 2020, solicitamos, copia de los siguientes documentos, pendientes a la fecha y otros que surgen del análisis de lo aportado, a saber:

1. Legalización contable de los pagos realizados y relacionados en cuadro "Detalles de Pago Anticipo Contrato Logistics Solutions ACI S.A.S."
2. Informar el estado de la cláusula décima segunda del contrato de compraventa, con sus respectivos soportes.
3. Frente a lo pretendido bajo el amparo de cumplimiento, remitir soportes idóneos donde conste el perjuicio sufrido, esto acorde a las condiciones del contrato de seguro que se pretende afectar.
4. Respuesta de PROMED QUIRURGICOS a comunicación remitida mediante correo electrónico del 03 de agosto de 2020, por parte LOGISTICS SOLUTIONS.

Lo anterior, con el fin de formalizar la reclamación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

La Aseguradora previo análisis de los documentos solicitados y aportados, podrá solicitar cualquier otro documento necesario para la atención del caso.

Conforme a lo expuesto, el 14 de agosto de 2020 se interrumpió naturalmente la prescripción ordinaria a la que se refiere el artículo 1081 puesto que Suramericana por conducto del ajustador designado solicitó el envío de información adicional con el fin de **formalizar** la **reclamación** haciendo alusión al **incumplimiento por parte de LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.**, en la entrega de los productos objeto del contrato de compraventa suscrito entre las partes el pasado 8 de mayo de 2020, lo que generó en mi representada el convencimiento de que la "formalización de la reclamación" que hace las veces de "requerimiento formal del acreedor al deudor" de que trata el inciso final del artículo 94 del CGP solo tuvo lugar una vez mi representada allegó toda la documentación solicitada, lo que a su vez generó la creencia y expectativa de una potencial respuesta positiva.

En otras palabras, la comunicación del ajustador en la que se indicó que para **formalizar la reclamación** era necesaria la documentación solicitada, conlleva a que la reclamación de Promed a Suramericana no estuviese "formalizada", sino que una vez se entregaran los documentos solicitados estaría formulado el requerimiento de que trata el artículo 1077 de Código de Comercio y que sirve como herramienta para interrumpir los términos de prescripción de conformidad con el inciso final del artículo 94 del CGP.

Esta situación quedó demostrada en el interrogatorio del ajustador de Suramericana de la siguiente manera:

*"04:00:19 **Apoderado de Promed:** Doctor Lurduy, podría por favor indicarle al tribunal en que fecha, si lo recuerda, se formalizó el reclamo por parte de Promed en relación con el amparo de cumplimiento.*

***Lurduy:** Promed hace la solicitud de indemnización, como lo ya informé, como en julio, tal vez en año 2020, y en el trámite de atención y demás, de la solicitud documental y demás,*

⁵⁶ Prueba No. 4 del Llamamiento en garantía a Suramericana.

lo que tal vez duró como hasta el mes de septiembre de ese mismo año." (Subrayas y negrillas fuera del texto)

La formalización de la reclamación formal a la que alude el propio ajustador designado por Suramericana se refiere a la comunicación del 2 de septiembre de 2020 radicada por Promed ante Suramericana (que obra como Prueba Documental No. 5 del Llamamiento en Garantía), donde afirma estar dando respuesta al requerimiento de información elevado por el ajustador a efectos de formalizar la reclamación en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, tal y como este lo requirió. Veamos:

Bogotá D.C., 2 de Septiembre de 2020

Señores:
JC LURDUY ASOCIADOS S.A.S.
Atención. Juan Carlos Lurduy Alsina
Gerente

REF: Seguro de Cumplimiento a favor de Particulares No. 2272151-8
Expediente: 9200000320265
Tomador: LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.
Asegurado: PROMED QUIRURGICOS EU

Respetados Señores:

RAFAEL ERNESTO ÁVILA BAIN, identificado como aparece al pie de mi firma, por medio de la presente me dirijo a ustedes, obrando en mi calidad de representante legal de **PROMED QUIRURGICOSEU**, parte asegurada y beneficiaria dentro de la póliza de cumplimiento entre particulares No 2614929-1, con el fin de proceder a dar respuesta al requerimiento de documentos solicitados en su oficio de fecha 14 de Agosto de 2020 No. JC-20-9304, en los siguientes términos:

Por lo tanto, no operó la figura de la prescripción, dado que la reclamación quedó formalizada el 2 de septiembre de 2020, día en que se interrumpió el término hasta el 2 de septiembre de 2022, de manera que la demanda fue presentada antes de la prescripción de los derechos reclamados.

Conforme a lo expuesto, está acreditado que el fenómeno de la prescripción no se materializó en el presente asunto, lo cual descarta la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la llamada en garantía.

10.1.2. Ausencia de prescripción de los derechos derivados de la cobertura de cumplimiento

En relación con el seguro de cumplimiento se ha entendido como aquel cuyo propósito es proteger al acreedor del incumplimiento de una obligación legal o contractual de su deudor. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta modalidad de aseguramiento incorpora *"el compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato"*.

Por ello, el seguro de cumplimiento se enmarca dentro de los seguros de responsabilidad cuya definición está dada en el artículo 1127 del Código de Comercio, a saber:

*“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de **indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad** en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

En el caso concreto, con la póliza No. 2614929-1 expedida el 11 de mayo de 2020 Suramericana amparó el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Compraventa celebrado el 8 de mayo de 2020 entre PROMED QUIRURGICOS EU a título de comprador y LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S a título de vendedor, en donde PROMED QUIRURGICOS EU figura como BENEFICIARIO de la póliza. Veamos las aclaraciones anexas a la póliza No. 2614929-1:

SOMOS GRANDES CONTRIBUYENTES. FAVOR NO EFECTUAR RETENCIÓN SOBRE EL IVA LAS PRIMAS DE SEGUROS NO ESTÁN SUJETAS A RETENCIÓN EN LA FUENTE DECRETO REGLAMENTARIO 2509/85 ART. 17. AUTORRETENEDORES RESOLUCIÓN N° 009961						
102 - NEGOCIOS CORPORATIVOS						
RAMO	PRODUCTO	OFICINA	USUARIO	OPERACIÓN	MONEDA	COASEGURO
012	NDX	2393	34587	01	PESO COLOMBIANO	DIRECTO
				NÚMERO PÓLIZA LÍDER		DOCUMENTO COMPAÑIA LÍDER
 FIRMA AUTORIZADA				_____ FIRMA TOMADOR		
PARTICIPACIÓN DE INTERMEDIARIOS						
CÓDIGO	NOMBRE DEL PRODUCTOR	COMPAÑIA		CATEGORIA	%PARTICIPACIÓN	PRIMA
48064	ALLIADOS CONSULTORES EN SEGUROS Y SERVIC	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.		AGENCIAS	100,00	762.081
DESCRIPCIÓN	Fecha a partir de la cual se utiliza	Tipo y número de la entidad		Tipo de documento	Ramo al cual accede	Identificación Interna de la proforma
CÓDIGO CLAUSULADO	01/08/2016	13 - 18		P	5	F-01-12-082
CÓDIGO NOTA TÉCNICA	25/06/2017	13 - 18		NT-P	5	N-01-012-010
TEXTOS Y ACLARACIONES ANEXAS						
AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS Y DIRECTAS DEL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA, DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES EN MATERIA DE SEGUROS. COMPRAVENTA DE DOSCIENTAS MIL (200.000) UNIDADES IMPORTADAS DE MASCARILLASKN95 DE 5 CAPAS CON OREJERAS ELÁSTICAS,						

En ese orden, está demostrado que en el presente caso resulta aplicable el término de 5 años con que cuenta la víctima para el ejercicio de la acción directa en contra de la aseguradora, en el marco de un seguro de responsabilidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1131 y 1081 del Código de Comercio.

En ese sentido, en sentencia SC4904-2021 del 4 de noviembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia puntualizó que la prescripción prevista en el artículo 1131 del Código de Comercio, en tratándose de un seguro de responsabilidad civil, cuando la víctima acciona es, sin duda, de cinco años, o sea la extraordinaria.

Por lo cual, en el presente caso la acción en contra de Suramericana se interpuso dentro del término legal pertinente puesto que la demanda se radicó el 16 de agosto de 2022 cuando no habían transcurrido ni dos años desde que ocurrió el siniestro, es decir, el incumplimiento contractual por parte de Logistics que generó perjuicios a Promed, y en consecuencia, no se configuró el fenómeno de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contenido en la póliza No. 2614929-1.

10.2. Cobertura de la póliza respecto de la cláusula penal – Daño emergente tasado anticipadamente

Suramericana debe pagar a Promed los perjuicios que le generó el incumplimiento de Logistics por la no entrega de los tapabocas, los cuales corresponden de manera íntegra al valor tasado como cláusula penal en el Contrato de Compraventa que decidió asegurar.

Durante el proceso arbitral Suramericana indicó que no estaba obligada a pagar la cláusula penal como consecuencia de la afectación de la cobertura de la póliza referente al incumplimiento del Contrato, sino que Promed debía acreditar cada uno de los perjuicios de manera independiente.

Sin embargo, en la póliza mediante la cual Suramericana otorgó la cobertura, así como la carátula de condiciones generales del seguro de cumplimiento a favor de particulares, no indicó que la cláusula penal no se tendría en cuenta para la determinación de la indemnización de perjuicios a pagar en caso de que se tuviera que afectar la cobertura por incumplimiento.

Por lo tanto, en vista de que Suramericana conoció cada una de las cláusulas del Contrato, dentro de las cuales estaba la cláusula penal, es apenas razonable inferir que la cobertura por incumplimiento generaría la causación de la cláusula penal y en virtud de la garantía que estaba haciendo, sería responsable de su pago siempre que se acreditara el incumplimiento.

Ahora pues, corresponde a Suramericana pagar a Promed el monto de 489.000.000, que corresponde al 30% del valor del Contrato, en la medida que las partes pactaron anticipadamente la tasación del valor de los perjuicios en el eventual caso en el que una de ellas incumpliera el Contrato.

10.2.1. Interpretación favorable al asegurado – Protección al consumidor financiera

Como regla general, en el sector de los servicios financiero y asegurador es plenamente reconocido el desequilibrio que existe entre las partes, dado que estos servicios constituyen una actividad altamente especializada y regulada, mientras que los consumidores por lo general no tienen mayor expertise sobre el marco jurídico que pueden llegar a implicar los servicios que toman. Por ello, el ordenamiento nacional ha creado el régimen del consumidor, brindándole algunas herramientas para disminuir la diferencia enunciada.

Al respecto, el régimen de protección al Consumidor contiene la regla general cuando haga falta interpretar un contrato o cláusula para determinar derechos u obligaciones entre las partes, será necesario acoger la interpretación que más le beneficie al consumidor:

“Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”.

La jurisprudencia ha hecho hincapié en la importancia y el sentido que tienen este tipo de herramientas que no corresponden a arbitrariedades, sino que por el contrario, ello encuentra un sentido a la desigualdad y desequilibrio en la actividad económica:

“La Ley 1328 de 2009, al consagrar la definición de ese consumidor financiero, «no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, consumidor financiero que puede ser nato o calificado, pues «lo que importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario.»⁵⁷

Por lo anterior, las disposiciones que deba analizar e interpretar el Tribunal arbitral en la relación de la aseguradora con las partes del contrato, tendrá que ceñirse de manera estricta a la que sea más favorable al consumidor, en este caso a Promed en calidad de asegurada.

10.3. Acreditación del siniestro y su cuantía – Reclamación formal cumplió con los requisitos legales

Dentro del proceso de reclamación directa ante Suramericana, Promed acreditó todos los elementos que configuraron el siniestro, es decir, el incumplimiento por parte de Logistics en el que estaba asegurado el valor que corresponde al 60% del Contrato, que se configura por la ausencia de entrega de la Mercancía acordada en el Contrato primero un 50% que debía haberse entregado el 31 de mayo de 2020 y el otro 50% hasta el 7 de junio de 2020.

Promed cumplió su obligación al entregar el 40% del anticipo dentro de los 5 días después de la suscripción del Contrato y a partir de allí nació para Logistics la obligación de entregar los tapabocas en la forma descrita, sin embargo, NUNCA realizó la entrega de los tapabocas, lo cual configura el siniestro asegurado por medio de la póliza.

Logistics no logró Probar por su parte ninguna circunstancia relacionada con el cumplimiento de sus obligaciones, tal y como se explicó en el apartado referente al incumplimiento en la entrega de la Mercancía, y que la justificación fundada en el no pago del 10% del valor total del contrato no solo no era condicional para ese pago, sino que tampoco era significativa, de manera que no excusa el no cumplimiento de su parte.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-909 de 2012.

En ese sentido, está plenamente acreditado el siniestro por incumplimiento de Logistics en la entrega de los Tapabocas acordados y en ese sentido, Suramericana deberá afectar la cobertura que fue contratada para dejar indemne al contratante cumplido, en este caso Promed.

10.4. Logistics no demostró haber empleado el anticipo correctamente

Promed pagó el anticipo acordado por el 40% del valor del Contrato a Logistics, sin embargo, nunca recibió los tapabocas por parte de Logistics. Por lo tanto, Suramericana deberá afectar la póliza por la cobertura de buen uso del anticipo, ya que Logistics, por su parte, no demostró que hubiera utilizado adecuadamente los recursos que le entregó Promed.

Logistics no logró probar a lo largo del proceso arbitral que efectivamente hubiera utilizado el anticipo que le entregó Promed con el fin de obtener los Tapabocas para dar cumplimiento al Contrato suscrito entre las partes. No obra prueba alguna en el proceso a partir de la cual se pueda determinar que Logistics realizó el proceso de importación de Tapabocas KN 95 con miras a cumplir el Contrato suscrito con Promed y, por lo tanto, no se acreditó por su parte el buen uso y manejo del anticipo.

En ese sentido, Suramericana debe afectar la cobertura de buen manejo del anticipo, de manera que Promed permanezca indemne de perjuicios por haber entregado el valor por concepto de anticipo y no haberse acreditado su buen uso.

10.5. No existió una alteración en el estado del riesgo cubierto por la póliza

El riesgo que cubrió Suramericana mediante la póliza No. 2614929-1 nunca fue alterado. La póliza de cumplimiento a favor de particulares tenía dos coberturas, la primera, referente al buen uso del anticipo y la segunda, sobre el cumplimiento del Contrato.

La carátula de las condiciones generales de la póliza de seguro determina que cuando se da una agravación del riesgo sin que esa situación se informe a la aseguradora, se termina el contrato de seguro.

6. Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a Sura 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones.



Código nota técnica - 25/06/2017-13-18- NT-P-5-N- 01- 012-010 13

A partir del texto explicativo de la carátula, es posible inferir que la agravación del estado de riesgo hace referencia a los cambios en el objeto, las obligaciones, la vigencia o en el valor del contrato garantizado.

Sin embargo, a pesar de que Suramericana indicó que las partes alteraron el estado de riesgo inicialmente cubierto, lo cierto es que nunca hubo modificación al contrato, sobre ninguno de los elementos que menciona la carátula ni sobre algún otro, ya que las negociaciones que llevaron a cabo las partes con el fin de ejecutar el negocio, nunca llegaron a buen término y por lo tanto no hubo modificación del Contrato.

10.6. Carácter del anticipo del primer pago desembolsado por PROMED

Suramericana amparó el buen uso y manejo del anticipo que Promed entregó a Logistics con ocasión al primer hito de pago del Contrato de compraventa de tapabocas, correspondiente al 40% del valor total del contrato, los cuales fueron pagados a Logistics una vez este acreditó la constitución de la garantía, situación que está plenamente acreditada y que no ha sido objeto de discusión dentro del presente proceso arbitral.

El anticipo fue entregado como adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento del objeto, es decir, que el valor pagado por ese concepto solo se integra al patrimonio del vendedor en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del Contrato. En este caso no se demostró que se haya ejecutado el contrato, y por lo tanto no hay precio que amortizar a la totalidad pagada por Promed por este concepto.

10.6.1. La factura anexa no es factura

La factura en la que Logistics facturó la totalidad del valor del Contrato, no guarda coherencia con la intención que las partes pretendieron dar a cada uno de los pagos. Logistics facturó la totalidad del valor del contrato una vez constituyó la garantía, sin embargo, Promed no aceptó esa factura.

El valor que fuera utilizado para el cumplimiento, podía ser amortizado del valor entregado como anticipo y en ese punto sí se podía realizar la facturación por el valor o porcentaje debidamente utilizado para dar cumplimiento al contrato.

En ese sentido, la mera existencia de una factura por el total del valor del Contrato de Compraventa no desnaturaliza el carácter de anticipo que las partes le quisieron dar al primer pago, con el fin de que Logistics diera cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Contrato.

10.6.2. Finalidad y razón de ser de la cobertura

Tal como lo indicó Suramericana en respuesta del 2 de octubre de 2020 a Promed, de conformidad con las condiciones generales del contrato de seguros aplicables al caso concreto, y contenidas en la Proforma F-01-12-082 como se desprende de la caratula de la póliza que se pretende afectar, las coberturas exigidas tienen el siguiente contenido y alcance:

“Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo:

Este amparo cubre al asegurado contra el daño emergente derivado del uso o apropiación indebida que el contratista-garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado a título de anticipo.”

Frente al buen manejo de anticipo y sobre la destinación que le dio Logistics a los recursos que le fueron entregados por Promed a título de anticipo, fueron entregados como adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento del objeto, por lo que una vez Logistics fuera ejecutando las actividades programadas del Contrato podía amortizar el valor entregado y en ese punto sí facturar.

10.6.3. Buena fe en la etapa pre contractual y contractual: Suramericana conoció los términos del Contrato y aceptó amparar el riesgo de buen manejo del anticipo

Suramericana indicó que en el caso concreto se produjo un pago anticipado y no un anticipo, y por lo tanto, esto implicaría que no existe sentido alguno sobre el amparo de buen manejo del anticipo. Sin embargo, cuando la aseguradora expidió la póliza con esa cobertura y recibió la prima para asegurar ese riesgo, no consideró lo mismo, ya que no hizo ninguna mención sobre la inexistencia del riesgo, tratándose de un profesional en la materia.

Suramericana revisó detenidamente el Contrato y a partir de ello determinó el valor que costaría la prima por garantizar su cumplimiento y lo recibió sin consideración alguna. Por lo tanto, la aseguradora actúa de mala fe al presuntamente recibir la prima que no ampara riesgo alguno y por lo tanto es responsable de conformidad con las normas que protegen a los consumidores financieros. No tendría ningún sentido que mi representada hubiese exigido cobertura del riesgo relacionado con que el dinero que iba a ser por ella desembolsado no se utilizara para el cumplimiento del objeto del contrato y que luego, la aseguradora argumentara que dicho riesgo nunca estuvo cubierto porque lo pactado se trataba de un “pago anticipado” y no de un “anticipo”.

Sobre este particular resulta oportuno remitir al Tribunal Arbitral al interrogatorio de parte del representante legal de Suramericana, quien confesó que para efectos de emitir la póliza que sirve de base al llamamiento en garantía la aseguradora revisó los términos del Contrato. Ello puede ser corroborado por el Tribunal Arbitral con la prueba documental allegada en la exhibición de documentos cumplida por la propia Suramericana y por el corredor de seguros, donde se advierte que la aseguradora previo a la emisión de la póliza conoció el texto del Contrato. Veamos:

El mié., 6 may. 2020 a las 18:26, Nataly Londoño Graterol (<nlondonog@sura.com.co>) escribió:

Hola David buenas tardes,

Quedo pendiente del contrato firmado para proceder con tu solicitud.

Cordialmente,

Nataly Londoño Graterol

AUXILIAR DE CUMPLIMIENTO
SEGUROS SURA COLOMBIA

Dirección: Calle 64 Norte N. 5 BN 146 Local 50 Centroempresa (Cali - Colombia)

Tel: (57) (2) 651 83 61 – (57) (2) 651 83 00 Extensión 28346

Celular: 3127041782

nlondonog@sura.com.co

El jue., 7 may. 2020 a las 10:23, Nataly Londoño Graterol (<nlondonog@sura.com.co>) escribió:

David buenos días,

Te envío cotización ajustada con la vigencia correcta del amparo de salarios y pagare.

Cordialmente,

Nataly Londoño Graterol

AUXILIAR DE CUMPLIMIENTO
SEGUROS SURA COLOMBIA

----- Forwarded message -----

De: **Gerencia Comercial** <gcomercial@aliadoseguros.co>

Date: lun., 11 may. 2020 a las 6:08

Subject: EMISIÓN PÓLIZA CUMPLIMIENTO CONTRATO COMPRAVENTA PROMED QUIRURGICOS E.U. - LOGISTICS SOLUTIONS ACI SAS 2020

To: Nataly Londoño Graterol <nlondonog@sura.com.co>

Buenos días Nataly, como estas!

Dando alcance a los correos de mas abajo, a continuación enviamos los documentos requeridos para la emisión de la póliza, así:

- Contrato Firmado por las partes
- Pagaré firmado por el afianzado.

Quedamos muy atentos.

Feliz dia!!

El lun., 11 may. 2020 a las 16:54, Angelica Maria Rodriguez Fernandez (<arodriguezf@sura.com.co>) escribió:

Buena tarde estimado David,

Adjunto estamos enviando la cotización ajustada, quedamos atentos a la confirmación de entrega del pagare en físico y la confirmación del pago.

SOLICITUD 117779060

De antemano mil gracias.

Cordialmente,

Angelica Maria Rodriguez Fernandez

AUXILIAR DE CUMPLIMIENTO
SEGUROS SURA COLOMBIA
Dirección: Calle 5N Norte N. 23N-69 (Cali - Colombia)
Tel: (57) (2) 4869000 – Extensión 2809
Cel: 3004118569
arodriguezf@sura.com.co

Tomando en consideración la cadena de correos citada y tras revisar el interrogatorio de parte del representante legal de Suramericana, resulta inexplicable que la aseguradora hoy desconozca el amparo del riesgo de buen manejo del anticipo, cuando creo la confianza en Promed como beneficiario de que efectivamente este era un asunto objeto de cobertura.

Ningún evento podría ser más contradictorio, atentatorio de los actos propios y violatorio del principio de la buena fe, que una aseguradora que, tras conocer el texto de un contrato expide una póliza para cubrir un riesgo contractual, recibe el pago de la prima y posteriormente ante un reclamo del beneficiario se escuda en que el riesgo cubierto no era susceptible de amparo y por tanto se niega a cumplir con su obligación de resarcir al asegurado

10.7. Inexistencia de agravación o modificación del riesgo – Ausencia de modificación formal contrato

No existe ni fue demostrado durante el proceso ninguna circunstancia que pudiera haber agravado o modificado el riesgo que Suramericana decidió asumir cuando expidió la póliza con las dos coberturas mencionadas, en el marco del Contrato de Compraventa de Tapabocas.

Suramericana no determinó cuál es la supuesta agravación del riesgo que asumió y qué situación la determinó y que, en todo caso, en el hipotético caso de que hubiera existido una modificación al contrato, esta situación en sí misma no constituye una agravación del riesgo que asumió Suramericana.

Así pues, en vista de que las partes no hicieron ninguna modificación a los términos del Contrato y Suramericana no ha demostrado alguna circunstancia que haya agravado el riesgo que decidió asumir, solicito al Tribunal arbitral que desestime toda excepción presentada por la compañía aseguradora encaminada a desconocer el riesgo que decidió asegurar, en virtud de la póliza No. 2614929-1.

10.7.1. Intento de mitigación del perjuicio por parte de Promed

Como fue explicado de manera previa en estos alegatos, si bien hubo un esfuerzo de las partes para poder llegar a feliz término con la ejecución del Contrato, lo cierto es que nunca se llegó a un acuerdo y, por lo tanto, las obligaciones que quedaron establecidas en el Contrato nunca fueron modificadas por las partes.

Sin embargo, lo que ello demuestra fue el esfuerzo que realizó Promed para mitigar los posibles perjuicios por la no entrega de la Mercancía, pues uno de los motivos más importantes para la compraventa había sido la orden de compra de un cliente de Promed y su intención fue siempre lograr la satisfacción del negocio.

Finalmente, ante la imposibilidad de lograr cualquier acuerdo entre las partes que solventara el incumplimiento, de manera injustificada y sin que contractualmente estuviese habilitado para tal fin, el 14 de julio de 2020, Logistics por conducto de su apoderado notificó la terminación del Contrato por supuesto incumplimiento de Promed, con lo cual se frustró cualquier intento adicional de ejecutar el contrato.

GRUPO DE CONSIDERACIONES SUBSIDIARIAS

11. Subsidiaria: Resolución del contrato por incumplimiento mutuo de las partes

De manera subsidiaria, únicamente en remoto e improbable caso en el que el Tribunal encuentre que Promed incumplió su obligación en el segundo pago correspondiente al 10% del valor total del Contrato, solicito al Tribunal que declare la resolución del Contrato, de manera que se extinga todo vínculo jurídico derivado de él, como consecuencia del incumplimiento recíproco por ambas partes de las obligaciones del mismo, ya que como fue demostrado dentro del proceso, Logistics nunca acreditó el embarque de los 200.000 tapabocas.

La Corte Suprema de Justicia determinó que la recíproca desatención de los compromisos negociales no era obstáculo para que cualquiera de los contratantes intentara la resolución del convenio, pero sin indemnización de perjuicios. Si bien el ordenamiento y particularmente el Código Civil, no previeron la resolución del contrato para la hipótesis de los mutuos incumplimientos, debiéndose buscar la solución en la norma que más se asemejara a la situación, es decir, el artículo 1546 que indica la consecuencia de la desatención de las obligaciones de una de las partes del contrato, veamos:

“[...] el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal. En tal orden de ideas, colíguese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887”.

En ese entendido, la Corte Suprema realizó la analogía de la norma, la cual contiene dos posibles consecuencias por el incumplimiento por una de las partes del contrato, la facultad para la parte

cumplida de pedir la resolución del contrato o su cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios:

Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico [...].

Sobre las implicaciones que tendría esta interpretación en los casos en los que ambas partes incumplan sus obligaciones simultáneas la Corte indicó:

De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato [...].

*En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que **está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem. La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales***". Subrayado fuera del texto original.

Por lo anterior, es importante resaltar que, si bien la Jurisprudencia actual ha reconocido la posibilidad de resolver el contrato en casos de incumplimiento mutuo, ha dejado también claro que no es posible pedir la indemnización de perjuicios, ya que al ser cada una de las partes incumplida, ninguna se encuentra en mora, y por lo tanto no es posible, estando ninguna de las partes en mora de sus obligaciones, haber causado perjuicios por el retraso en el cumplimiento de la obligación.

Establecido que aplica la figura de la resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, se tiene que otro de los requisitos para que sea posible la resolución, es que las obligaciones incumplidas por los contratantes hayan tenido que ser cumplidos simultáneamente:

“no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco

y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior fue ratificado en un reciente fallo, donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios”.

En resumen, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento, con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.

Ahora, en el hipotético caso en que se llegare a considerar que mi representada incumplió la obligación de pago del 10% del valor del Contrato, en la cual se basaron las pretensiones de la Demanda de Reconvenición, debe considerar el Tribunal la procedencia de la resolución del Contrato por existencia de un incumplimiento mutuo de las partes.

Sobre ello, en sentencia SC3666-2021 del 25 de agosto de 2021, rad. 66001-31-03-003-2012-00061-01, M.P. Álvaro García Restrepo, la Corte Suprema de Justicia indicó que:

*“Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, **que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes**, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.*

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente: “En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que

adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019)...”

*Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, **sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio**”.* (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

De igual forma, en sentencia 681066 del 24 de octubre de 2019, rad. 1100102030002019-03081-00, M.P. Aroldo Wilson Quiroz, la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“En los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”, la Corte, adicionalmente, señaló:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

C. de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal”

Por lo anterior, en caso de que el Tribunal considere que en el presente caso existió un incumplimiento recíproco y simultáneo de las obligaciones esenciales del Contrato por parte de Promed y Logistics, resulta procedente que se abra paso a la figura de resolución del contrato por mutuo incumplimiento, sin que haya lugar a indemnización de perjuicios y a reconocimiento de cláusula penal, y resultando procedente únicamente las restituciones mutuas, evento en el cual se abre paso a dar aplicación a lo consagrado en el inciso final del artículo 948 del Código de Comercio, el cual dispone que *“Cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá derecho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el*

valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución”.

Al respecto, la doctrina ha señalado que:

“El objeto de la acción resolutoria es deshacer el contrato, desligar al vendedor del comprador, destruir un vínculo jurídico. Resolver es deshacer; de manera que acción resolutoria es la que va tras la destrucción. Allí termina su misión. Pero como el efecto de la resolución es dejar las cosas en su estado anterior, o sea obtener la devolución de lo que se ha dado, es claro que pronunciada ella debe restituirse la cosa vendida.”

La consecuencia de la declaración del mutuo y recíproco incumplimiento de las obligaciones es, principalmente, su efecto retroactivo, como si el contrato nunca se hubiere celebrado e implica, por ello, devolver las cosas al estado anterior a su suscripción, no solamente respecto de las obligaciones recíprocas incumplidas, sino frente a cualquier situación que hubiere ocurrido o tuviere causa u origen en el negocio jurídico que se declara resuelto. Así lo dispone el artículo 1546 del código civil y en el mismo sentido ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

“La acción resolutoria de un contrato bilateral, en virtud de lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil, tiende a aniquilar el acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de la celebración del mismo. En otras palabras, la resolución opera retroactivamente para dejar a las partes en la misma situación en la que estaban hasta antes de contratar, y para lograr ese propósito es preciso disponer las restituciones mutuas, en caso de haberse ejecutado parcialmente el contrato.”

“A lo anterior habría de añadirse que, en materia de restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de resolución del contrato de compraventa, estas deben reconocerse, aunque no se hubieran invocado en la demanda o en las excepciones, ya que constituyen imperativos legales en virtud de lo previsto por los artículos 1546 y 1932 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, entre otras disposiciones.”

“En razón de la resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador, las partes se encuentran compelidas a verificar las restituciones recíprocas, por lo que el vendedor tiene derecho a que se le restituya la cosa entregada y los frutos que ésta hubiere producido. Por su parte, el comprador tiene derecho a que se le restituya el pago que haya realizado del precio de la cosa.”

En definitiva, de declararse la resolución del Contrato por mutuo incumplimiento, deberá ordenarse a Logistics a que devuelva a mi representada la suma que le desembolsó a título de anticipo debidamente indexada, y abstenerse de condenarle a cualquier pago por concepto de cláusula penal compensatoria o por concepto de indemnización de perjuicios.

12. Subsidiaria: compensación:

En el remoto e improbable evento que el Tribunal Arbitral declare la responsabilidad de Promed y la condene al pago de sumas de dinero, solicitamos expresamente que de conformidad con lo establecido en el artículo 1714 del Código Civil, se ordene la compensación con cargo a los \$652.000.000 pagados por mi representada a la Convocada como anticipo.

En los anteriores términos dejamos planteados los alegatos de conclusión, reiterándole al Tribunal Arbitral que proceda a declarar la prosperidad de las pretensiones elevadas en la Demanda Principal Reformada, en el Llamamiento en Garantía Reformado y las excepciones propuestas en la Contestación de la Demanda de Reconvención.

Atentamente,



JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO
C.C. 1.110.475.869
T.P. 214.239 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., 19/10/2023

7350-5664-23

Señor (a):
JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO
Correo: juan.ortiz@ostabogados.com

Invima - Saliente
20232049814

20232049814
Fecha: 19/10/2023 Folio(s): 13 Código: 1.301.556
De: GRUPO DE INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL DE TRAFICO POSTAL Y MENSAJERÍA EXPRESA
Para: JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO
Solicitud: DERECHO DE PETICIÓN 20231262858

Respetado señor(a) Ortiz

Se da respuesta a su petición con radicado 20231262858 del 06/10/2023 en los siguientes términos.

Los productos que ingresan al país o al resto del territorio nacional bajo la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes, corresponden a una importación conforme a lo establecido en el Decreto 1165 de 2019, artículo 172, numeral 9 y artículo 254, numeral 3. (Restricciones legales o administrativas), entendiéndose como restricciones a las establecidas en la normatividad sanitaria.

Por tal motivo, para ingresar productos competencia de este Instituto al país o al resto del territorio nacional, se debe cumplir **PREVIAMENTE** con los requisitos establecidos en la normatividad sanitaria, descritos a continuación:

- ✓ Tramitar Registro de importación, según lo establecido en el Decreto 925 de 2013, artículo 25, numeral 6. (Productos sometidos a control sanitario dirigido a preservar la salud humana).
- ✓ Los productos deben contar con Registro, Permiso, Notificación o Autorización Sanitaria, según lo establecido en la normatividad sanitaria específica para cada producto.
- ✓ Cumplir con el Rotulado, según lo establecido en la normatividad sanitaria específica para cada producto.

El incumplimiento de alguno de estos requisitos da lugar a la imposición de una medida de seguridad.

Revisada la documentación presentada y el reporte de actividades del Grupo de inspección, vigilancia y control de tráfico postal y mensajería expresa de los meses de mayo y junio de 2020, no se evidencian acciones de este Instituto sobre objetos o productos competencia ingresados al país o al resto del territorio nacional que correspondan a la sociedad LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.

Este Instituto cuenta con la Oficina Virtual como un **ÚNICO CANAL** de atención para este fin, siguiendo la ruta: <https://www.invima.gov.co/>, Consultas y servicios en línea, Oficina Virtual, Enviar una nueva solicitud, Tráfico postal y mensajería expresa.

Para solicitar el levantamiento de la medida de seguridad, el interesado deberá presentar los soportes del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad sanitaria.

Si su producto ha sido objeto de medida de seguridad por parte del **Invima**, solicite a la empresa de tráfico postal y envíos urgentes o mensajería expresa que le haga entrega del Acta de aplicación de medida de seguridad a objetos o productos importados bajo la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes o mensajería expresa (IVC-INS-FM098) con el correspondiente adjunto:

- ✓ Formato anexo acta de congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos (IVC-INS-FM002),
- ✓ Formato cadena de custodia de objetos o productos bajo medida sanitaria de seguridad - decomiso (IVC-INS-FM003) o
- ✓ Formato anexo de inmovilización (IVC-INS-FM006), comunicada por parte de este Instituto a la empresa de tráfico postal y envíos urgentes o mensajería expresa.

Para solicitar el levantamiento de la medida de seguridad, debe:

a) Describir en la solicitud los siguientes datos:

- Número de la guía con la que ingresó el producto al país o al resto del territorio nacional.
- Empresa de tráfico postal, envíos urgentes o mensajería expresa transportadora.
- Fecha de ingreso del producto al país o al resto del territorio nacional.
- Profesional de este Instituto que aplico la medida de seguridad.

b) Adjuntar a la solicitud los soportes del cumplimiento de los requisitos establecidos:

- Registro de importación tramitado previo ingreso del producto al país o al resto del territorio nacional, que consta de tres (3) documentos: Registro de importación, Número de radicación y Número de visto bueno.
- Registro, Permiso, Notificación o Autorización Sanitaria, según lo establecido en la normatividad sanitaria específica para cada producto.

Para mayor información, lo invitamos a verificar la GUÍA DE DILIGENCIAMIENTO DE INTENCIONES DE IMPORTACIÓN ANTE LA VENTANILLA ÚNICA DE COMERCIO EXTERIOR (VUCE 2.0) – **Invima**.

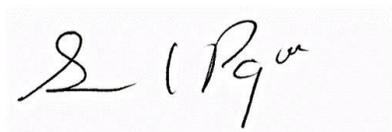
En cumplimiento a lo establecido en la Ley 9 de 1979, artículo 576 y en el Decreto 780 de 2016, artículo 2.8.8.1.4.3, este Instituto aplica medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública, las cuales son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio, y se aplican sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

Trámite: DERECHO DE PETICIÓN

Radicado: **20231262858**

Fecha de Radicación: **06/10/2023**

Cordialmente,



SANDRA PATRICIA GÓMEZ MONTOYA

Director de Operaciones Sanitarias

Elaboró: Mery Johanna Castillo Daza; JUAN CARLOS UNEME PEREZ; Angeli Patricia Gaitan Moises
Aprobó: Sandra Patricia Gómez Montoya; JUAN CARLOS UNEME PEREZ; Mery Johanna Castillo Daza