

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., abril cuatro (4) de dos mil veinticuatro (2024).

Asunto: Responsabilidad Civil Contractual
Radicado: 11001310302220210041200
Demandante: Ecolombia S.A.S.
Demandado: Fuller Mantenimiento S.A.S

Decide el Despacho lo que en Derecho corresponda respecto de la demanda verbal impetrada por Ecolombia S.A.S. mediante apoderado judicial, en contra de Fuller Mantenimiento S.A.S.

ANTECEDENTES

I. Hechos de la demanda

1. El 20 de mayo de 2020, Fuller Mantenimiento S.A.S suscribió un contrato civil con Ecolombia S.A.S, cuyo objeto era el suministro por parte de la segunda de ciento veinte millones de tapabocas termo sellado en 4 puntas, de tres capas, pactándose como valor unitario de mercancía la suma de \$1.270 millones de pesos y como fecha de entrega, un lapso de 6 meses, en el que mensualmente se suministrarían 20.000.000 de tapabocas.

2. La primera entrega de los primeros 20.000.000 de tapabocas, se acordó para los 45 días siguientes a la firma del contrato, es decir, el 4 de julio de 2020, la cual debía efectuarse en una de las bodegas de Ecolombia en la ciudad de Bogotá, razón por la cual la sociedad demandante desde el día 23 de junio de 2020 al 22 de diciembre de 2020 tomó en arriendo la bodega 40 ubicada en el Parque Industrial Terrapuerto 2 ubicada en Cota - vía Siberia Km 1.5 Parque La Florida, cuyo canon ascendió a la suma de \$5.000.000 más los gastos de administración de \$1.200.000.

3. Igualmente, se acordó que para realizar la primera importación Fuller Mantenimiento SAS, entregaría a Ecolombia SAS, una orden de compra y constituiría una póliza de seguros o una fiducia para garantizar el pago; empero, ante la urgencia manifestada por la demandada, la actora realizó la importación sin contar con tal orden y póliza.

4. Para dar cumplimiento a lo contratado, Ecolombia SAS, realizó una serie de importaciones que ascendieron a la suma de \$7.001'042, más los gastos de transporte y almacenamiento de los tapabocas, valor adquirido por inversiones de terceros de la siguiente manera: **11.1-** GRUPO NOVO, la suma de \$2.600.000.000. **11.2-** SERVIPARAMO, la suma de \$700.000.000. **11.3-** ALVARADO CABALLERO, la suma de \$3.400.000.000. **11.4-** WILLIAM CRISTANCHO, la suma de \$260.000.000. **11.5-** DISEÑOR INFLABLES SAS, la suma de la suma de \$41.000.000.

5. Se pactó una cláusula penal por el incumplimiento de las cantidades mensuales pactadas, equivalente al 10% del valor total de la orden inicial de 20'000.000 de tapabocas, por un valor unitario de \$1.270 para un total de \$25.400.000.000, es decir, la suma de \$2.540'000.000.

6. El día 7 de julio de 2020 Ecolombia S.A.S informó a Fuller Mantenimiento S.A.S. que ya se encontraban a su disposición los primeros 20'000.000 de tapabocas. Sin embargo, Fuller Mantenimiento S.A.S, no los retiró, sino que los trató de comercializar en la bodega arrendada por varios meses, sin éxito.

7. La contratante demandada no pagó el valor pactado a pesar de que la demandante efectuó propuestas tales como rebajar el precio de la mercancía, generando cuantiosos perjuicios a la actora.

II. Pretensiones de la demanda

A razón de lo anterior, la demandante solicita de la judicatura que:

1. Se declare que Fuller Mantenimiento S.A.S incumplió el contrato suscrito con Ecolombia S.A.S. del 20 de mayo de 2020.

2. Se condene a Fuller Mantenimiento a pagar a Ecolombia S.A.S.,

a) La suma de \$25.400.000.000 por concepto de los 20.000.000 de tapabocas que fueron importados y puestos a su disposición, teniendo en cuenta cada unidad de tapabocas tenía un costo de \$1.270.

b. La suma de \$2.540'000.000 por concepto de la cláusula penal que se pactó en caso de incumplimiento del contrato a favor de Ecolombia SAS.

c. Las costas del proceso.

TRÁMITE PROCESAL

I. Admisión demanda

Mediante auto de 15 de diciembre de 2021, el Despacho admitió la demanda (pdf 013).

La sociedad demandada se notificó el día 28 de noviembre de 2022 (pdf. 34 y 35), y guardó silencio en el término de traslado.

II. Excepciones de la demanda

No fueron propuestas.

III. Pruebas

RECAUDO MEDIOS PROBATORIOS. Se adelantó de oficio el interrogatorio a parte demandante y se decretó la prueba testimonial de Juan Carlos Alemán, Adriana Montaña, Ricardo Parelo, Alexander Moreno y Gustavo Pérez.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESAL

1. Ningún reparo cabe en torno a la concurrencia de los presupuestos procesales para proferir el fallo de fondo y no se observa nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado.

Obsérvese en ese punto que de conformidad con el artículo 53 del Código General del Proceso, pueden ser parte del proceso las personas naturales y jurídicas, capacidad que se encuentra estructurada para ambos extremos procesales, pues ambos intervinientes son sociedades cuya existencia y representación legal ésta plenamente acreditada, y en el caso de la convocada, al acreditarse que se encuentra en proceso de liquidación, se citó a su liquidador.

Por otra parte, el demandante compareció por conducto de su apoderado judicial, y se insiste, a la demandada se le citó por medio de su liquidador, cumpliéndose así la capacidad procesal.

Aunado a lo anterior, este Juzgado es competente para conocer del litigio, como quiera que se trata de un asunto contencioso de mayor cuantía.

Finalmente, se observa que la demanda cumple con los lineamientos legales establecidos en los artículos 82 y s.s. del Código General del Proceso.

2. En relación con los presupuestos materiales, se tiene que los sujetos de la relación sustancial, son los mismos de la relación procesal, así el demandando es Fuller Mantenimiento S.A.S y el demandante es Ecolombia S.A.S., quienes intervinieron en el contrato de suministro contenido en el documento denominado *memorando de entendimiento*; por lo anterior, y tratándose de responsabilidad civil negocial, solo quienes intervinieron en el acuerdo tienen interés para cuestionarlo, por lo tanto, el actor está habilitado para elevar las pretensiones que aquí se analizan.

PROBLEMA JURÍDICO

3. El problema jurídico se circunscribe a analizar si la acción de responsabilidad civil contractual incoada por el demandante reúne los presupuestos para salir adelante, respecto al incumplimiento del contrato de suministro celebrado por las partes.

SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Márquez Bulla 05 de marzo de 2020, recordó los elementos de la responsabilidad contractual, de la siguiente manera:

“la responsabilidad contractual de los extremos negociales encuentra su génesis en el no cumplimiento, la satisfacción tardía, imperfecta o defectuosa de la prestación que para ellos dimana de la convención, lo que sin lugar a dudas conlleva el reconocimiento y pago de los perjuicios irrogados al otro de los intervinientes, como lo prevé el normado 1613 del Código Civil.

No obstante, para la prosperidad de la acción indemnizatoria derivada del contrato surge indispensable, además de probar la concurrencia del negocio bilateral, demostrar ciertos presupuestos tácticos que se concretan en la existencia de un perjuicio, seguida de una culpa contractual, como la subsecuente verificación del nexo causal entre ésta y aquél. En suma, dichos elementos vienen a ser los mismos de la responsabilidad delictual, sólo que en éste evento el perjuicio proviene del incumplimiento de la convención, como lo ha señalado la jurisprudencia nacional.” (subraya fuera de texto)

De conformidad con la jurisprudencia citada, para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil contractual, debe acreditarse la existencia de un negocio jurídico celebrado por las partes, del cual se deriven derechos y obligaciones.

Tal convenio, debe haberse celebrado válidamente y no debe adolecer de nulidad, en punto a ello, vale recordar, que el artículo 1502 del Código Civil, dispone que, para que una persona se obligue con otra es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga causa lícita.

Así mismo, deben analizarse los compromisos que cada una de las partes de forma expresa adquirieron; ello en observancia de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, norma según la cual “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. De tal regulación, se deriva otra variante a estudiar, si las partes, a sabiendas de que el contrato es ley para las partes y se encuentran obligados a cumplir las prestaciones acordadas, desatendieron alguna de ellas.

Acreditado el incumplimiento contractual, debe averiguarse por la generación del perjuicio o daño, que puede generarse ante el detrimento económico, el deterioro de algún bien o haberse dejado de recibir algún tipo de ganancia.

Finalmente, el último presupuesto axiológico de la acción de responsabilidad civil contractual, se circunscribe a la conexión causal que existe entre la insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado.

5. Según el artículo 968 del Código de Comercio, *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*. Ahora, cuando el carácter del citado acuerdo es periódico, según lo preceptúa el canon 971 *“el precio correspondiente se deberá por cada prestación y en proporción a su cuantía, y deberá pagarse en el acto, salvo acuerdo en contrario de las partes”*.

6. Finalmente debe traerse a colación, que acorde con lo establecido en el precepto 871 de la misma obra legislativa, los contratos comerciales deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, por lo que las partes se *obligaran 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*.

Sobre el particular debe decirse que conforme ha mencionado la doctrina especializada en la materia, *“en nuestro derecho, y este es el espíritu del código de comercio, en locuciones tomadas directamente del código civile italiano de 1942, la buena fe es objetiva y no subjetiva. Es la denominada allá ‘exenta de culpa’, lo que en fin de cuentas quiere decir que el sujeto tiene que actuar con lealtad y corrección plenas,*

de acuerdo con los estándares sociales y legales, y más precisamente, los que corresponde a las circunstancias, que en ningún caso están llamados a atenuarse, según el propio criterio individual de quien la debe, de suyo proclive a la autocomplacencia, pero si a endurecerse según la índole del contrato (seguro, art.1058 c. co., prestación de servicio de asistencia y consejo especializado) y las circunstancias”¹.

En ese contexto se ha distinguido, la buena fe genérica, de la que dimana del derecho contractual “o mejor, de la relativa al ejercicio de la autonomía privada, que es una buena fe activa, dinámica, que se exige a todo miembro social en trance de disponer de sus intereses o de ejecutar sus compromisos, que no tiene por qué presumirse y no se presume, dado que a cada quien le incumbe probar el cumplimiento de sus derechos, obligaciones y cargas que asume con oportunidad del ejercicio de su autonomía”². En concordancia con ello:

“En singular, el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia”³.

CASO CONCRETO

7. Aborda el Despacho el estudio de cada uno de los elementos de la responsabilidad contractual explicados previamente:

a) Existencia del Contrato.

No hay duda acerca de la existencia del contrato en comento, pues obra a folio 1 a 5 del consecutivo 001, el convenio de suministro celebrado entre las partes, documento que, si bien se denominó “*memorando de entendimiento*”, es claro que se trata de un acuerdo de las características citadas, pues según su texto, el objeto del mismo consistió en que el demandante, a cambio de una retribución económica, se comprometió a suministrar a la demandada *tapabocas tipo civil, termo sellado en 4 puntas, de tres capas*, bienes que se obligó a entregar en sus bodegas, siendo la primera

¹ HINESTROSA, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I.* (pp.389 y 390) (U.E. de C.) (Primera Edición).

² *Ibidem.* (pp. 398).

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil once (2011). Discutida y aprobada en Sala de primero (1°) de agosto de dos mil once (2011) Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01

entrega, 45 días después de la firma del contrato y hasta por 6 meses para completarla respecto de ciento veinte millones de tapabocas.

Al analizar el citado documento, véase que en este se incorpora el acuerdo de voluntades de dos personas con capacidad negocial, el cual se encuentra debidamente manifestado mediante la firma de cada uno de los sujetos contratantes, y su objeto y causa son lícitas como quiera que se trata de un suministro de bienes muebles.

A ello se agrega que en aplicación de lo ordenado en el artículo 372 del Código General del Proceso, que señala que en caso de inasistencia injustificada del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en el que se funde la demanda, mediante auto del 2 de noviembre de 2023 (pdf. 54) se dispuso a tener por ciertos, entre otros, los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. Que la demandada es una empresa de altísima tradición en Colombia dedicada al mantenimiento y aseo de edificios de múltiples entidades privadas y estatales, situación por la que la demandante decide suscribir contrato con dicho ente.

1.2.2. Que el 20 de mayo de 2020 las partes suscribieron un contrato civil, cuyo objeto era el suministro por parte de la demandante a la demandada de ciento veinte millones de tapabocas termo sellado en 4 puntas, de tres capas, con los registros pertinentes.

1.2.3. Que el valor pactado en dicho contrato por cada unidad de tapaboca es de mil doscientos setenta pesos \$1.270.

1.2.4. Que la cantidad de tapabocas pactados se entregarían en un lapso de seis meses, para lo cual mensualmente la demandante le suministraría a la demandada la cantidad de 20.000.000 veinte millones de tapabocas.

1.2.5. Que la primera entrega de tapabocas a la demandada se realizaría 45 días siguientes a la firma del contrato, esto es, el 4 de julio de 2020 en una de las bodegas de la demandante.

De otra parte, para ratificar la existencia del acuerdo de voluntades, se tiene que el testigo Gustavo Pérez manifestó que entre las partes del proceso existió un contrato de suministro de veinte millones de tapabocas mensuales, cuyo incumplimiento estaría penado por una cláusula del 10%, dado que, en sus palabras, *“pasamos una cotización a Fuller. En esa cotización de fuller nos terminaron asignando el contrato por 20000000 mensuales durante 6 meses”* y *“Para la venta de los tapabocas dentro del contrato se hizo una cláusula del 10% de incumplimiento”*.

Así las cosas, el primer presupuesto se encuentra acreditado.

b). El incumplimiento total o parcial de las obligaciones establecidas en el contrato.

En el citado documento se advierte que las obligaciones del demandante, estribaban en que aquél suministraría a Fuller Mantenimiento S.A.S. tapabocas tipo civil, termo sellado en 4 puntas, de tres capas, con registros permanentes y solicitados por las entidades competentes, en Colombia para comercialización.

Se trató entonces de la entrega de ciento veinte millones de tapabocas en un término de 6 meses, debiendo hacerse de forma mensual veinte millones de tales productos.

Del texto del contrato, se colige que la sociedad demandante, entonces, se obligó a: **(i)** Ofrecer en venta directamente a la demandada los evocados bienes; **(ii)** Suministrarlos y entregarlos en las bodegas de la demandante; **(iii)** Solicitar aprobación previa de importación a FULLER MANTENIMIENTO SAS con la realización de orden de compra, en donde se especifique la cantidad y descripción del producto, el primer orden de compra se realizaría por el total de tapabocas requerido; sin embargo, la orden de compra no estaría ligada al total de tapabocas importados, sino al cumplimiento del total de tapabocas requeridos en seis meses, siendo la compra mensual de veinte millones mensuales; **(iv)** Entregar los bienes después de 45 días de la firma del contrato; **(v)** realizar la importación sin solicitud de anticipo, pero pidiendo a la demandada el envío de orden de compra, apertura de fiducia o contrato de póliza de cumplimiento; **(vi)** cumplir con los tiempos de entrega, el cual se hará efectivo después del envío de la primer orden de compra hasta los 6 meses pactados para entrega de un total de 120.000.000 millones de tapabocas.

Por su parte, la demandada se comprometió a: **(i)** entregar la orden de compra; **(ii)** dar apertura o fiducia o póliza de cumplimiento; **(iii)** verificado el stock efectuar el pago inmediato; **(iv)** no realizar cambios en cantidad de la orden de compra inicialmente pactada; **(v)** pagar el inventario entregado mensualmente con previa verificación de transacción monetaria a la cuenta de la demandante.

Por otra parte, se pactó que el precio del contrato se calcularía teniendo en cuenta que el valor de cada tapabocas era de \$1.270. Además, que la demandada debía garantizar a la demandante el cupo asignado durante el periodo de los 6 meses después de la firma del contrato, y que como garantía tendría una penalización del 10% el valor total de la orden inicial.

Luego, se estudiarán tales deberes de manera individualizada:

1) Ofrecer en venta directamente a la demandada los evocados bienes;

En este punto, se advierte, conforme los documentos allegados con la demanda (fls 12 a 103) se acreditó que la sociedad demandante realizó importaciones de tapabocas, para lo cual efectuó determinadas inversiones.

En efecto, ante la ausencia del demandado a la audiencia antes fijada se tuvo como cierto que se realizaron las siguientes inversiones con miraa a adquirir los mencionados productos: (i) *GRUPO NOVO*, la suma de \$2.600.000.000 (DOS MIL SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE). (ii) *SERVIPARAMO*, la suma de \$700.000.000 (SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE). (iii) *ALVARADO CABALLERO*, la suma de \$3.400.000.000 (TRES MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE). (iv) *WILLIAM CRISTANCHO*, la suma de \$260.000.000 (DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS M/CTE). (v) *DISEÑOR INFLABLES SAS*, la suma de la suma de \$41.000.000 (CUARENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE).

Por su parte, el testigo Gustavo Pérez aseveró que a fin de cumplir sus obligaciones contractuales la sociedad demandante efectuó inversiones y negociaciones para adquirir los tapabocas.

De otro lado, se allegaron correos electrónicos del 9 de octubre de 2020 dirigidos a Fuller, denominado informativo de entregas (fls 110 a 112).

Igualmente, obra carta del 7 de julio de 2020 (fl. 129 pdf. 005) dirigida a Fuller donde la sociedad demandante informó que ya se encuentran listos y a su disposición los 20 millones de tapabocas, documento que si bien no se acredita haya sido recibido por la demandada, no fue objeto de reproche alguno, y por el contrario, mediante auto del 2 de noviembre de 2023 también se tuvo por cierto “1.2.11 *Que la demandante ubica los primeros veinte millones de tapabocas y los puso a disposición de la demandante en la bodega previamente arrendada, situación que fue puesta en su conocimiento mediante comunicación de 7 de julio de 2020*”.

Ahora conforme lo señalan los testigos Gustavo Pérez y Adriana Janet Montaña Hernández, Fuller tenía conocimiento de la existencia de los tapabocas en la bodega, máxime cuando dicha sociedad envió su personal para vender la mercancía desde que llegó a bodega, donde además existía publicidad de esa sociedad.

Así las cosas, se puede inferir que la sociedad demandante puso a disposición los tapabocas, informando a Fuller que estaban en la bodega, en cumplimiento de lo pactado.

(ii) Suministrar y entregar en las bodegas de la demandante ;(iv) Entregar los bienes después de 45 días de la firma del contrato y vi) cumplir con los tiempos de entrega.

Lo primero que debe decirse, es que el contrato se suscribió el 20 de mayo de 2020 (pdf.005, fl.5) y el 7 de julio de 2020 se le comunicó a la demandante que los tapabocas se encontraban a su disposición y listos para la entrega (pdf.005, fl.129), esto es, previo a que venciera el término de los 45 días establecidos por las partes.

Aunado a ello, debe decirse que, debido a la conducta procesal de la demandada, se tiene por cierto el hecho décimo segundo, según el cual, desde el 23 de junio de 2020, los aludidos tapabocas fueron depositados en la bodega 40 del Parque Industrial Terrapuesto 2, lo que evidencia aún más el cumplimiento de la entrega en término.

Así como los hechos décimo cuarto y décimo quinto según los cuales *ECOLOMBIA S.A.S., dando cumplimiento al contrato ubica los primeros ... veinte millones de tapabocas y los pone a disposición de FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. en la bodega previamente arrendada y, que el 7 de julio de 2020 comunicó tal situación a la convocada.*

En ese sentido, se allegó junto con la demanda el contrato de arrendamiento de la bodega 40 suscrito por Ecolombia como arrendatario y Monongo SAS como arrendador (fl 6 al 11 del PDF 005) en el que se dice que la destinación del inmueble arrendado sería para almacenamiento de tapabocas con fecha inicial el 23 de junio de 2020 y fecha final diciembre del mismo año, documento que no fue reargüido por el extremo pasivo y que aunque no se especifica que en efecto se utilizó para almacenar los tapabocas objeto del proceso, dicha circunstancia se acredita con los hechos probados de la demanda que se indicaron anteriormente. -confesión ficta-.

Ahora bien, el testigo Gustavo Pérez señaló que la parte actora alquiló una bodega para guardar los tapabocas, donde se pagaba un canon aproximado de 6 a 7 millones mensuales más administración. A su turno la señora Adriana Montaña manifestó ser la encargada de hacer el inventario de los tapabocas en la bodega 40 en Terrapuerto, y que Fuller tenía personal allí para mostrar los productos a clientes. Finalmente, el señor Ricardo

Parelo testificó que la bodega se alquiló para tener los tapabocas mientras se le entregaban a la sociedad demandada.

(iii) Solicitar aprobación previa de importación a FULLER MANTENIMIENTO SAS con la realización de orden de compra, en donde se especifique la cantidad y descripción del producto.

En este punto debe decirse, que como Fuller Mantenimiento S.A.S. guardó silencio en el término de traslado, en aplicación del artículo 97 del Código General del Proceso, tal como se ordenó en auto del 2 de noviembre de 2023 se tuvo por cierto que *“Que la primera importación de los tapabocas, requería una orden de compra por parte de Fuller Mantenimiento S.A.S.; sin embargo, esta se no realizó por la manifestación del representante legal de la última empresa, quien le dijo que necesitaban urgentemente los tapabocas porque ya tenían listos sus clientes, incluso le entregó un listado de los mismos”*

Lo dicho significa que el contrato de suministro en comento fue modificado por voluntad de ambas partes, en lo que atañe a los requisitos previos para la importación, es decir, que no era necesario para que se procediera a la misma la entrega previa de los documentos, por el contrario, teniendo en cuenta la premura de la situación (pandemia del covid-19), las partes permitieron que se accediera a ella, sin requisito adicional a la autorización verbal del demandado.

Tal proceder, evidencia que el comportamiento contractual del demandante, después de las concertaciones verbales entre las partes, se compadece con las cargas de la ejecución de buena fe y lealtad, probidad y cooperación negocial con miras a que el contrato llegara a feliz término.

v) Realizar la importación sin solicitud de anticipo, pero solicitando a la demandada el envío de orden de compra, apertura de fiducia o contrato de póliza de cumplimiento;

Al respecto, resulta necesario memorar que se encuentra probado mediante la confesión ficta que *“la demandada no adquirió una póliza de seguros o una fiducia para garantizar el pago de los tapabocas; sin embargo, por las razones antes mencionadas, la demandante realizó la importación”*, circunstancia que deja ver una vez más la modificación negocial, y la voluntad de la demandante en conservar y ejecutar la finalidad del negocio.

Así las cosas, se advierte que la sociedad demandante honró sus obligaciones contractuales.

Con relación a las obligaciones de la sociedad demandada

Acorde con lo anterior, las obligaciones que finalmente deben verificarse en este asunto, es que la demandada hubiese verificado el stock y que hubiese pagado la mercancía una vez realizara tal verificación, por lo que pasa a examinarse si la demandada honró o no sus obligaciones:

ii) Dar apertura o fiducia o póliza de cumplimiento

Como se dijo en líneas anteriores el actor manifestó en el hecho noveno de la demanda que Fuller no adquirió una póliza de seguros o una fiducia para garantizar el pago de los tapabocas a ECOLOMBIA SAS.; pues por la premura de la pandemia generada por el COVID 19 realizó la primera importación, el cual se tuvo por cierto conforme lo señala en art 372 del CGP.

A ello se suma que el testigo Gustavo Pérez señaló que en virtud de la urgencia no se exigió la póliza a Fuller, en tanto *“No llegamos a exigirle al final del día la póliza”*. De otra parte, no existe medio demostrativo alguno que permita inferir que Fuller constituyó tales garantías, máxime cuando la sociedad guardó silencio en el traslado de la demanda.

En ese contexto, lo cierto es que, de cualquier modo su comportamiento negocial a este respecto no engendra incumplimiento, pues insístase, tal fue avalado por su contratante.

iii) Verificado el stock efectuaría el pago inmediato;

Ahora, en punto a la segunda obligación, esto es, la verificación del stock, debe decirse que este también se encuentra probado y se deduce del hecho décimo sexto, en la medida que se tiene por cierto que Fuller Mantenimiento S.A.S. no retiró los tapabocas, sino que los trató de comercializar en la bodega arrendada por varios meses, en tanto que llevó a sus vendedores de confianza y exhibió la publicidad correspondiente.

De igual forma, los testigos señalaron de manera confluyente que la demandada no retiró la mercancía de la bodega, sino que llevó su personal para recibir clientes.

Sobre el pago inmediato, no se aportó medio demostrativo alguno.

(iv) No realizar cambios en cantidad de la orden de compra inicialmente pactada;

No se esgrimieron dichos cambios, ni es asunto relevante en la controversia que se desata.

(v) Pagar el inventario entregado mensualmente con previa verificación de transacción monetaria a la cuenta de la demandante.

Finalmente, se tiene por cierto máxime cuando no hay prueba en contrario, que la demandada no pagó el valor pactado de los primeros veinte millones de tapabocas en aplicación del artículo 97 del Código General del Proceso.

Así las cosas, la ausencia de solución dineraria de la primera entrega de los bienes a suministrar, deviene en incumplimiento contractual.

Zanjado lo anterior, ahora deben analizarse los demás presupuestos de la responsabilidad civil contractual.

c) El daño.

En el caso concreto, el hecho generador del daño lo es la falta de pago de la primera entrega de tapabocas, por lo que ahora se analizará si dicha situación le causó alguna afectación patrimonial al demandante.

En este punto, de entrada, debe decirse que, ante el incumplimiento comprobado, el demandante sí tiene derecho al pago de una cláusula penal, por así haberse pactado en el contrato en caso de inobservancia, dinero que hasta el momento no ha ingresado al patrimonio del actor, causándole una afectación económica.

Empero, no sucede lo mismo respecto del pago de los tapabocas que importó y que en últimas no fueron cancelados, básicamente en razón a que al tenor del artículo 1594 del Código Civil resulta incompatible solicitar al mismo tiempo, el reconocimiento de la pena y de la obligación principal salvo pacto expreso que acá no se constata; máxime cuando según se infiere de la demanda, del video aportado y de lo señalado por el representante legal de la demandante en interrogatorio, los tapabocas terminaron en poder del demandante, pues su contraparte nunca los retiró de la bodega alquilada por la parte demandante ante la ausencia de pago.

En este sentido, no pierde de vista el Despacho que según el señor Gustavo Pérez manifestó que se vendieron algunos tapabocas un precio inferior al del contrato, que la importación costó alrededor 8 a 9 mil millones de pesos, pero que cree que se alcanzaron a recuperar 200 millones

de pesos, señalamientos todos ellos que además no permiten tener la certeza de un daño real, pues se desconoce a cuánto ascendió tal venta y cuántos tapabocas quedaron aun en manos del demandante. Así mismo, los testimonios de los señores Adriana Montaña y Ricardo Parelo tampoco pueden dar información al respecto, pues ambos afirmaron desconocer el destino final de la mercancía.

Sobre el particular, esto es, la inviabilidad de, en principio, reclamar la obligación principal y la pena, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, puntualizó:

2.3.1. Sobre la cláusula penal, la jurisprudencia de la Sala ha decantado que «es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo 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, a su arbitrio...”.

No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero» (CSJ SC 18 dic. 2009, rad- 2001-00389-01, citada en CSJ SC3047-2018, 31 jul., rad. 2013-00162-01).

(...) No puede perderse de vista que los contratantes pueden estipular, válida y previamente, la forma en que deberán indemnizarse los perjuicios que hayan de sufrir por causa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades a través de una cláusula penal o pena convencional, que el artículo 1592 de la codificación civil define como “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”.

Tal fijación antelada surte el efecto de exonerar al demandante de demostrar la existencia, cuantía y naturaleza de los perjuicios causados, pues estos se presumen de derecho y como su monto se tiene el libremente señalado por

*las partes y, en principio, es improcedente su acumulación con otra reparación, a menos que así se haya convenido en el contrato*⁴.

De esa manera, al examinar el expediente, en especial el pacto contractual, no se observa que las partes hubiesen efectuado convenio alguno para acumular las aludidas pretensiones, esto es, para habilitar el cobro de la cláusula penal junto con la obligación principal.

c). El nexo causal entre el hecho generador y el daño. Como ya se dijo, en el presente caso, se acreditó el incumplimiento de los deberes negociables por parte de la demandada al haber omitido su deber de pago de los bienes suministrados, y debido a dicho comportamiento, la demandante no percibió la retribución económica al suministro de bienes que realizó, y hasta el momento tampoco ha efectuado el pago de la cláusula penal.

Por tanto, se colige que en el asunto se encuentran establecidos los requisitos necesarios para la prosperidad de la presente acción, quedando pendiente el reconocimiento de los perjuicios pertinentes, que se evaluarán a continuación.

d) Perjuicios. Como ya se dijo, en este caso, es oportuno reconocer la cláusula penal por incumplimiento pactado en el contrato de suministro, establecida en el pacto octavo inciso segundo del contrato que a su letra dice *“como garantía de compra FULLER MANTEMINIENTO SAS al incumplimiento de las cantidades mensuales tendrá una penalización del 10% del valor total de la orden inicial. La cual es 20.000.000 mensuales durante el periodo de 6 meses para un total de 120 millones de tapabocas por un valor de 1,270 (Mil doscientos setenta pesos).”*.

En ese contexto, y pese a la redacción confusa de la cláusula octava inciso segundo, se colige que esta corresponde al valor de veinte millones de tapabocas, por lo que el daño asciende al 10% de la suma de \$25.400.000.000, teniendo en cuenta que el valor de cada tapabocas era de \$1270 cada uno, esto es, \$2.540.000.000.

Pero además de lo anterior, es pertinente mencionar, que dicho monto deberá indexarse pues la pérdida de poder adquisitivo es un hecho notorio, y ello debe realizarse desde el momento en que se incurrió en el incumplimiento, esto es, 7 de julio de 2020; si recordamos que la demandada incumplió con sus obligaciones contractuales en dicha fecha al ser notificada de la existencia del stock y así del pago a realizar, y hasta la

⁴ CSJ SC. 18 de noviembre de 2021. SC4853-2021

fecha de la cancelación efectiva. La liquidación se efectuará, en todo caso, para la data en que se profiere esta decisión, punto en el que se destaca, que el índice final que se utilizará será el último reportado por el Departamento Nacional de Estadística, a saber, febrero de 2024.

Siguiendo esos lineamientos, insístase que se tiene por cierto que fue el 7 de julio de 2020 la fecha en la que la demandante le informó a la pasiva que ya se encontraban a su disposición los primeros 20 millones de tapabocas, data a partir de la cual Fuller podía retirarlos de la bodega siempre y cuando efectuara el pago, lo cual no sucedió por causas imputables a la pasiva.

- Valor Indexado.

Para llevar a cabo la operación se tomará como base la formulada otorgada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, de acuerdo a la cual:

*“se impone traer a valor presente la suma a reconocer, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:
$$Va = \frac{Vp \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$*

Despejada ésta, se tiene: Va = Valor histórico (Vh) multiplicado por el índice de precios al consumidor del mes correspondiente al de la actualización (índice final), dividido por el IPC del mes a partir del cual ha de comenzar la actualización (índice inicial).

Al respecto, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 177 del C. de P.C., y en el actual 167, párrafo final del Código General del Proceso, el señalado referente económico, al ser hecho notorio, no requiere prueba en el proceso.”⁵

Las operaciones arrojan las siguientes cuantías:

$$Va = \frac{\$2.540.000.000 \times 140,49}{104,9} = \$ 3.399.491.283.223$$

Para un total indexado a la fecha de esta providencia, que corresponde a \$3.399.491.283.223.

Finalmente, y con relación a la solicitud efectuada por el apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión en el sentido de condenar a la sociedad demandada al pago de \$42,000,000, la misma será negada como

⁵ SC15996-2016 ibidem

⁶ [IPCv7 \(dane.gov.co\)](https://dane.gov.co) tomó el último índice reportado, es decir, en febrero de 2024.

quiera que dicha pretensión no fue incluida en el escrito de subsanación de demanda obrante a pdf 010, pues únicamente se hizo referencia como pretensiones al pago de i) veinte millones de tapabocas; ii) la cláusula penal y iii) las costas del proceso.

8. Corolario de lo anterior, se declarará responsable contractualmente a la demandada por su incumplimiento con las correspondientes condenas indemnizatorias, según se puntualizó anteriormente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO. ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones.

SEGUNDO. ACCEDER a la pretensión 1.1, y **DECLARAR** civilmente responsable en la modalidad contractual a Fuller Mantenimiento S.A.S de los perjuicios causados por el incumplimiento respecto del contrato de suministro denominado *Memorando de Entendimiento* celebrado por dicho ente con Ecolombia S.A.S. Consecuentemente, se declara la extinción de ese vínculo negocial.

TERCERO. NEGAR el reconocimiento de la obligación principal, pretendido en el numeral 1.2 del respectivo acápite.

CUARTO. ACCEDER a la pretensión 1.3 y 1.4, y **ORDENAR** a la Fuller Mantenimiento S.A.S pagar a la Ecolombia S.A.S. la suma de \$2.540.000.000 por concepto de cláusula penal, debidamente indexada, esto es, el monto de \$3.399.491.283.223 para la fecha de esta sentencia.

QUINTO. CONDENAR en costas a la parte demandada. Liquídense por la Secretaria de este Despacho, teniendo en cuenta como agencias en derecho la suma de \$23'400.000 (Acuerdo N°PSAA16-10544).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA CAROLINA ARIZA TAMAYO
JUEZA

