

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**

Sala Cuarta de Decisión Civil – Familia

Atte.: M.P. Dr. JUAN CARLOS CERON DIAZ

E. S. D.

Ref.: **PROCESO EJECUTIVO – REPAROS DEL RECURSO DE APELACIÓN**  
Demandante: **SURGIPRO S.A.S.**  
Demandado: **TIERRA SANTA S.A.S.**  
Rad.: **08-001-31-53-014-2020-00111-01**  
Rad. Interno **43.552**

**ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO**, mayor de edad, domiciliada y residente en esta misma ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 32.666.376 expedida en Barranquilla, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional N°. 110.422 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada judicial de TIERRA SANTA S.A.S., demandada dentro del proceso de la referencia, a usted, respetuosamente me dirijo, encontrándome dentro del término legal a fin de presentar RECURSO DE APELACION, con los siguientes reparos concretos:

**PRIMER REPARO - EN CUANTO A LA CLAUSULA PENAL**

La cláusula penal es una figura que se utiliza en los contratos con el propósito de proteger los incumplimientos dentro de una relación contractual. Si bien es cierto, que mi apadrinada adeuda la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000), valor de un anticipo que no pudo devolver porque el contrato resultó inviable poderlo cumplir, por la crisis mundial del COVID 19 y por el alza incompetible de los precios de la mercancía contratada, después de haberse celebrado el contrato, tal comolo expresó el contratista que suministraría los guantes y lo cual fue aceptado por las partes, que el precio de los guantes pasó de 0.14 USD\$ por guante, es decir, subió más del 1.200%.

Es cierto que mi poderdante a través de una misiva que obra en el expediente se comprometió a cancelar los QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000), más la cláusula penal, lo que inspiró su oferta era dar por terminado el conflicto, pero la parte demandante no aceptó dicho ofrecimiento, sino que pretendía cobrar perjuicios por el incumplimiento de la entrega de la mercancía contratada, cuando la razón del incumplimiento no fue producto de la mala fe, ni de un aprovechamiento de la parte demandada, como ocurre en los contratos de suministros con mucha frecuencia, lo que motivó a mi poderdante en su momento a hacer ese ofrecimiento fue ponerle fin a una controversia, ya que, él les expresó a los señores de SURGIPRO S.A.S., que les devolvería el dinero que se había consignado a las cuentas de él y del proveedor, como evidentemente lo hizo, faltando los QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000), porque los mismos ya habían sido invertidos y para los grandes transportadores y medianos, no es un secreto que el país de China, no devuelve los dineros de las compras realizadas, así en el país de origen las condiciones, como evidentemente pasó en este caso, no le permitieron cumplir con el contrato, pero la entidad demandante no aceptó el ofrecimiento, sino que inició dos (2) procesos paralelos, uno el presente proceso ejecutivo, que hoy nos tiene en este escenario en el cual su pretensión es el pago de LOS QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000) más el 10% de la cláusula penal, e inició por separado el cual le

correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, con las siguientes pretensiones:

1. Que mediante sentencia haga tránsito a cosa juzgada, se declare civilmente responsable a TIERRA SANTA S.A.S., por el incumplimiento de los contratos de suministro, suscritos en fechas 8, 11 y 18 de mayo de 2020, celebrados con SURGIPRO S. A. S., así:
  - 1.1. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a TIERRA SANTA al pago de las siguientes sumas de dinero:
    - 1.1.1. QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$550.000.000) por concepto de no devolución del anticipo, discriminados de la siguiente manera: Valortotal de anticipos entregados por SURGIPRO a TIERRA SANTA Objeto De contrato Fecha del contrato Fecha de pago de anticipo Valor de anticipo pagado 50.000 cajasde guantes de látex sin polvo, por valor unitario de COP 25.000 8/05/2020 8/05/2020 \$700.000.000 60.000 cajas de guantes de nitrilo, por valor unitario de COP 35.000° 11/05/2020 13/05/2020 400.000.000 50.000 cajas de guantes de látex sin polvo 18/05/2020 20/05/2020 \$500.000.000 Valor total anticipo \$ 1.600.000.000 Devolución de anticipos por parte de TIERRA SANTA a SURGIPRO Fecha de devolución Valor retornado 02/06/2020 \$80.000.000 05/06/2020, \$570.000.000 05/06/2020 \$200.000.000 08/06/2020 \$100.000.000 10/06/2020, \$50.000.000 12/06/2020 \$50.000.000 Total \$ 1.050.000.000 Saldo pagado por SURGIPRO S. A. S. \$ 1.600.000.000° Valor pendiente por pagar \$ 550.000.000
    - 1.1.2. CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$460.000.000) por concepto de cláusula penal, discriminados así: 16 Cfr. pruebas 27 y 28 del presente escrito. 17 Cfr. pruebas 31 y 32 del presente escrito. 11 . Fecha del contrato Valor del contrato Porcentaje cláusula penal Valor cláusula penal 8/05/2020 \$ 1.250.000.000 10% \$ 125.000.000 11/05/2020 \$ 2.100.000.000 10% \$ 210.000.000 18/05/2020 \$ 1.250.000.000 10% \$ 125.000.000 Total \$460.000.000
    - 1.1.3. MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES, DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.933.200.000°) por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento contractual, discriminados así:
      - 1.1.3.1. CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS MCTE (\$410.000.000) por concepto del perjuicio derivado de incumplimiento del contrato de fecha 8 de mayo de 2020, cuyo objeto consistía en la entrega de 50.000 cajas de guantes de látex sin polvo.
      - 1.1.3.2. OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES, DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 863.200.000°) por concepto de perjuicio derivado del incumplimiento del contrato de fecha 11 de mayo de 2020, cuyo objeto consistía en la entrega de 60.000 cajas de guantes de nitrilo.
      - 1.1.3.3. SEISCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 660.000.000), por concepto de perjuicio derivado del incumplimiento del contrato de fecha 11 de mayo de 2020, cuyo objeto consistía en la entrega de 50.000 cajas de guantes de látex sin polvo.
  2. Que se declare que la naturaleza de los contratos suscritos con las aseguradoras LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS DEL ESTADO S. A. son aquellos denominados “de adhesión”.
  3. Que se declare que el incumplimiento contractual generado en los contratos de fechas 8 y 11 de mayo de 2020 suscrito con TIERRA SANTA S. A. S. se encuentra amparado por las pólizas de seguros No. 3003667 de 8 de mayo de 2020 y 3003685

de 20 de mayo de 2020, celebrados entre TIERRA SANTA S. A. S. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

- 3.1. Que como consecuencia de lo anterior se condene a LA PREVISORA S.A.COMPAÑÍA DE SEGUROS al pago de las siguientes sumas
  - 3.1.1. CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$50.000.000<sup>99</sup>) con cargo a la cobertura de buen manejo del anticipo establecida en la póliza No. 300368518.
  - 3.1.2. MIL SEISCIENTOS OCHO MILLONES, DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.608.200.000) con cargo a la cobertura de cumplimiento del contrato (Cláusula penal y perjuicios)
4. Que se declare que el incumplimiento contractual generado en el contrato de fecha 18 de mayo de 2020 se encuentra amparado por la póliza de seguros No. 42- 45-101044143 de 28 de mayo de 2020, celebrados entre TIERRA SANTA S. A. S. y SEGUROS DEL ESTADO S. A.
  - 4.1. Que como consecuencia de lo anterior se condene a SEGUROS DEL ESTADO S.A., al pago de
    - 4.1.1. QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000<sup>99</sup>), con cargo a la cobertura de buen manejo del anticipo señalada en la póliza No. 42-45-101044143.
    - 4.1.2. SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 785.000.000) con cargo a la cobertura de cumplimiento del contrato (Cláusula penal y perjuicios), estipulado en la póliza No. 42-45-101044143.
5. Que se condene a TIERRA SANTA S. A. S. al pago de las sumas que lleguen a dejar de pagar las compañías aseguradoras, en el evento en que éstas últimas sean condenadas al pago de las sumas establecidas en las pretensiones 3 y 4 de esta demanda, y el valor asegurado no llegue a ser suficiente para el cubrimiento de las condenas.
6. Que se condene al pago de la indexación del referido monto.
7. Que se condene a las demandadas al pago de intereses moratorios comerciales, a la tasa máxima legal, generados hasta la fecha en que se efectúe el pago de los perjuicios aquí reclamados.
8. Que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Insisto en este reparo que los contratos aportados con la presente demanda, se desnaturalizaron en su esencia, ocasionando de esa manera, un cambio en el título aportado como de recaudo ejecutivo, ya que la parte demandante recibió de vuelta la suma de MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$1.050.000.000), con la afirmación de parte del demandado y del contratista ASZENDER S.A.S., que resultaba imposible cumplir con el suministro de los guantes contratados, se convirtió en un contrato denario y lo que si está obligado el demandado a devolver es los QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000), con los respectivos intereses porque la cláusula penal se pactó para el suministro de unos guantes, lo cual resultó absolutamente imposible cumplir, por circunstancias ajenas al deseo de las partes que convirtieron el contrato en un contrato inviable.

## **SEGUNDO REPARO- NO HABER ACEPTADO LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**

Este reparo de no haber aceptado el Despacho la Teoría de la Imprevisión y el Caso

Fortuito, teniendo como caballo de batalla que no se podía tener como válida esta teoría, porque el contrato se había realizado en plena pandemia, y debía ser reconsiderado el contrato, como evidentemente paso en este caso, el contrato se redireccionó por las partes y manifiesta el Despacho que no había circunstancias de modo, tiempo y lugar que hayan afectado el negocio y no es cierto, las condiciones del contrato cambiaron, el contrato perdió su equidad. Sostiene el mismo juzgado que las “partes deben cumplir con la buena fe y en los estrictos términos convenidos, sin embargo, tal postulado se adentra en respecto de la equidad, cuando circunstancias imprevistas o imprevisibles, y desde luego sobrevinientes provocan una excesiva onerosidad”, justamente por el principio de la buena fe que anuncia el juzgador, mi poderdante le anunció al demandante la imposibilidad de poder cumplir con lo pactado, es así como le devolvió la suma de MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$1.050.000) a SURGIPRO al darse cuenta que le resultaría imposible cumplir.

**Código de Comercio - Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.** *Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*Ahora bien, para la procedencia de la revisión del negocio por este motivo, es necesario que ésta sea: 1. De ejecución sucesiva, periódica o diferida de duración 2. Que la desestabilización del equilibrio contractual tenga como una causa “circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a su celebración. 3. Que el contrato sea conmutativo. 4. Que esas circunstancias ejercen una excesiva onerosidad para una de las partes, de forma tal que rompan de manera grave el equilibrio económico del contrato, desgajándose, además, el otro presupuesto consistente y que el negocio que se requiera realizar exista, esto es, que haya obligaciones por las partes.*

Nadie contrata para perder o, por lo menos, esa no es su lógica original. Cuando mi representada inició el negocio de los guantes, ordinariamente puso en marcha una serie de actividades administrativas para honrar las obligaciones y obtener el beneficio esperado de la contratación con la hoy demandante. Sin embargo, luego de la celebración ocurrieron hechos inesperados, como fue el Covid 19, que dificultó de forma extrema, haciendo tan oneroso el contrato, lo cual perdió total sentido y finalidad para la parte obligada o afectada.

Se equivoca el juzgador al manifestar que el contratista conocía las variaciones, ya que, ni si quiera el Gobierno Nacional, lo sabía, primero decretó una emergencia sanitaria por 90 días, bajo el decreto No. 457 del 22 de marzo de 2020,

La imprevisión hace referencia a la ocurrencia de hechos o circunstancias extraordinarias que exceden en mucho las previsiones que podían hacerse al momento de contratar y que, al ser de tal gravedad para la relación contractual, hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes. Hablamos de una imposibilidad relativa de cumplir, como aquella generada por una crisis económica, a causa de la pandemia mundial.

El Gobierno comunicó que los pequeños exportadores y los grandes exportadores de productos varios, pudieran importar elementos que solamente le eran permitidos a instituciones de importaciones de salud, en virtud a la necesidad mundial, es decir, que

fueron contratos suigéneris que trajeron una oportunidad cuando el programa fue lanzado por el Gobierno Nacional, que cualquiera podía importar elementos médicos en virtud a la demanda que venía sobre las naciones, lo que no se previó fue la fragilidad en los precios, que fue un gran problema para todos los importadores por la invasión de China, como lo explicó el proveedor quien fue citado de oficio por el Juzgador y lo explicó de manera clara al Despacho que uno eran los precios al momento de la celebración del contrato y otro muy diferente al momento de llevar a cabo la importación, lo que desencadenó el incumplimiento y reveló la honestidad del demandado de poner en conocimiento a la demandante, su imposibilidad de poder darle cumplimiento al contrato, lo cual, se configuró de manera tácita con la devolución de los dineros.

Fue esa la razón por la cual alegamos que estamos frente a unos contratos complejos que ponían en alto riesgo el principio de una obligación ejecutiva que es claro que la misma ley determina que un título valor debe tener tres (3) elementos: Claros, expreso y exigible y el presente contrato no era demandable como fue creado, porque el mismo perdió su esencia inicial de suministro de guantes y se convirtió en una obligación denaria.

Es cierto que mi apadrinada no pudo cumplir con el compromiso pactado por razones de fuerza mayor que aclararé más adelante y devolvió la suma de UN MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.050.000.000), al darse cuenta que le resultaría imposible recibir de su proveedor ASZENDER SAS de los insumos que debía entregar a la CONTRATANTE, ahora bien, la razón por cual no pudo devolver los QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ML (\$550.000.000,00) que fueron otorgados como anticipos por encontrarse ese dinero en manos de ASZENDER SAS.

Insisto en mí misma teoría de que no fue posible el cumplimiento del contrato, por situaciones ajenas a la voluntad de mi poderdante, quien jamás ha actuado de mala fe.

Atentamente,



**ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO**

C.C. N.º. 32.666.376 expedida en Barranquilla

T.P. N.º. 110.422 del C. S. de la J.