



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil y Agraria

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**  
Magistrado Ponente

**SC204-2023**

**Radicación n.º 11001-31-03-029-2017-00334-01**

(Aprobado en sesión de dieciocho de mayo de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Scotiabank Colpatria S.A. frente a la sentencia de 12 de noviembre de 2021, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, dentro del incidente de regulación de perjuicios promovido en su contra por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., a continuación del proceso ejecutivo adelantado por el recurrente contra la incidentante.

### **ANTECEDENTES**

1. En el escrito con el que se dio apertura al trámite incidental atrás referenciado, su promotora solicitó, en síntesis, liquidar los perjuicios que de forma abstracta fueron impuestos en la sentencia dictada en audiencia de 20 de junio de 2018 por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta capital, en el proceso ejecutivo que Scotiabank

Colpatria S.A. adelantó contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial el 31 de enero de 2019, los que habrán de tasarse en \$4.695.693.519 hasta el 15 de marzo de 2019, más la suma que corresponda desde esta fecha hasta cuando la incidentante *“tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados”*, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, causados y que se causen desde la firmeza del fallo en que así se disponga y hasta cuando se efectúe el pago.

2. En sustento de esas reclamaciones, la peticionaria esgrimió los hechos que a continuación se compendian:

2.1. Al tiempo con la demanda del proceso compulsivo arriba referenciado, el ejecutante solicitó el embargo y retención de los dineros que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., tuviere depositados en cuentas de ahorro o corrientes, o que estuvieren representados en certificados de depósito a término y/o en cualquier otro título, en los bancos especificados por aquél.

2.2. El juzgado del conocimiento, mediante auto de 16 de junio de 2017, accedió al decreto de las cautelas y fue así como el Banco Corbanca Colombia S.A. retuvo \$20.687.737.320 el 23 de junio de 2017; Citibank, la cantidad de \$561.170.000 el día 28 de esos mismos mes y

año; y el Banco Agrario de Colombia, el monto de \$3.702.142 el 30 siguiente, para un gran total de \$21.252.609.462.

2.3. En la sentencia de primera instancia, que data de 20 de junio de 2018, el acreedor fue condenado en perjuicios, disponiendo su tasación en la forma establecida en el artículo 283 de la Ley 1564 de 2012, determinación confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá al desatar las apelaciones que ambas partes interpusieron, en fallo de 31 de enero de 2019, modificándola en el sentido de que la cancelación y levantamiento de las medidas cautelares quedaba sujeta “*a que el a quo constate el trámite legal que corresponda a la comunicación remitida por la DIAN el 17 de julio de 2017 (fl. 188), teniendo en cuenta para ese efecto la medida de urgencia de suspensión de pagos decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 53-55 Cmedidas cautelares)*”, habiéndose dictado el auto de obediencia y cumplimiento a lo resuelto por el superior el 12 de febrero de 2019.

2.4. Como consecuencia de las mencionadas cautelares, la incidentante “*se ha visto privada de sus derechos a disponer de los recursos dinerarios propios, en cuantía de **VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$21.252.609.462)**, mediante la realización de inversiones y operaciones propias del giro ordinario de sus negocios*”.

2.5. A la fecha de presentación de la demanda incidental, su gestora “*continúa privada de la facultad de invertir o disponer de las mencionadas sumas de dinero*”.

2.6. Según la *“información proporcionada por la Vicepresidencia Financiera de la ETB, con base en el Costo Promedio de la deuda de ETB (WACC) del año 2018, la rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía[,] hubiera sido del orden de **CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$4.695.693.519)**, teniendo como fecha de corte el 15 de marzo de 2019, fecha de presentación de este documento”*.

2.7. En acápite separado, la reclamante estimó bajo juramento los perjuicios por ella padecidos en la suma anteriormente indicada, en pro de lo cual explicó que dicho monto lo estableció con base en *“el Costo Promedio Ponderado de la [d]euda de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A., E.S.P., (WACC)”*, del cual se obtiene *“el costo de no contar con la disposición de los recursos embargados”*; y que, con ese fin, se tuvieron en cuenta las siguientes variables: las sumas embargadas y la fecha de su retención; el período del cálculo, comprendido entre dicha fecha y el 15 de febrero de 2019; las tasas WACC de 11,37% para el año 2017 y de 12,34% para 2018 y 2019, como quiera que al momento de efectuar las operaciones, no se había actualizado la tasa para esta última calenda.

3. El Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá corrió traslado del incidente a la ejecutante mediante auto de

22 de abril de 2019, que recurrido en reposición mantuvo sin modificaciones (providencia de 10 de julio del mismo año).

4. El banco incidentado, en un escrito, se pronunció de distinta manera sobre los hechos sustentantes de la regulación de perjuicios impetrada y se opuso a su acogimiento, habida cuenta que su proponente **“no cumplió la carga de evidenciar un daño cierto y directo”**, no indicó **“con certeza el daño, ni el nexo de causalidad existente entre el supuesto daño y la conducta del Banco”**, amén de advertir la **“[i]nexistencia de una pérdida de oportunidad de la ETB”**, que ella partió **“de supuestos e hipótesis inciertos e indeterminados”** y que la deuda **“con la DIAN desecha la existencia de un perjuicio derivado de la ejecución de las medidas cautelares”**.

Al final objetó la estimación juratoria de los perjuicios, por cuanto su autora no identificó las inversiones u operaciones que dejó de realizar como consecuencia del embargo; la cuantificación del daño tuvo como único soporte la simple afirmación de la empresa demandada; no existen pruebas que respalden dicho cálculo; y el dictamen pericial aportado tampoco acredita el monto del perjuicio, como consecuencia de los errores de que adolece por **“[a]usencia de soportes documentales para el cálculo del costo de oportunidad”**, **“[a]usencia de proyectos de inversión en los estados financieros y notas a los estados financieros de la ETB S.A. E.S.P.”**, **“[f]alta de evaluación de proyectos de inversión”**, **“[a]usencia de identificación de costos y beneficios”** y **“[f]alta de elementos indispensables para establecer las tasas de oportunidad WACC”**.

5. Agotado el trámite incidental, la precitada oficina judicial le puso fin con sentencia proferida en audiencia verificada el 17 de septiembre de 2020, en la que condenó “*al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. al pago de \$4.695.693.519 como perjuicios derivados de la consumación de las medidas cautelares de embargo y retención*” decretadas en el proceso ejecutivo ya referenciado.

6. Al desatar la apelación que las dos partes interpusieron, el juzgador *ad quem*, en proveído de 12 de noviembre de 2020, la confirmó, pero con modificación de la condena allí impuesta, que fijó “*en la cantidad de ocho mil quinientos setenta y un millones ochocientos ochenta mil ochocientos ochenta pesos con cuatro centavos M.L. (\$8.571.880.880.04) que comprende los intereses civiles y la indexación, en la forma que se dejó explicada en la motivación*”, y la adicionó para imponerle al banco incidentado la cancelación de los “*intereses civiles moratorios a la tasa del cero punto cinco por ciento (0.5%) mensual desde la ejecutoria de este fallo hasta que (...) pague la suma que aquí se ha fijado como indemnización*”.

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Tras advertir que dicho pronunciamiento estaba reglado por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, razón por la cual no había lugar a proferirlo en audiencia; la inexistencia de nulidades procesales; su amplia competencia, debido a que las dos partes apelaron; los fundamentos de las inconformidades de las litigantes; y, con ayuda de la

jurisprudencia, la naturaleza y fines del incidente de regulación de perjuicios, el fallador *ad quem*, en respaldo de las decisiones que adoptó, esgrimió los argumentos que, resumidos, se reseñan:

1. Empezó por referirse sobre la incongruencia del veredicto cuestionado, aducida por la incidentante, fenómeno que analizó con invocación de diversos pronunciamientos de esta Corporación y en relación con los cuales hizo amplia alusión a los poderes de interpretación de la demanda, que asiste a todo sentenciador de instancia.

En tal orden de ideas señaló que, “[b]asta observar el contenido literal del *petitum* tercero de la demanda, para percatarse que lo reclamado no [fue] apenas la cifra recién indicada, sino también el perjuicio causado ‘desde el 15 de marzo de 2019, hasta que mi representada tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados’” y, con tal base, coligió que “sí erró la señora juez de primer grado al desconocer esa parte de lo pretendido y limitarse a resolver sobre la cuantía que había sido claramente delimitada en el tiempo hasta el momento de incoación de la demanda incidental”, por lo que, agregó, “se impone volver a tratar este aspecto en posterior aparte”.

2. Prosiguió con el estudio del “*hecho dañoso constitutivo del perjuicio*”, para lo cual reprodujo el fundamento octavo del escrito incidental y el sustento del juramento estimatorio allí contenido, infiriendo que “el daño alegado por la incidentante se concret[ó] en haber sido ‘privada de sus derechos a disponer’ de

*los dineros objeto de las cautelas, para la ‘realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios, lo que le derivó como perjuicio no haber podido lograr u obtener unos rendimientos financieros que tasó en la suma de \$4.695.693.519 reclamada, con corte a 15 de marzo de 2019’.*

Una vez memoró que para arribar a ese rubro la reclamante “[s]ólo explicó que la referida cifra resulta de aplicar la tasa del método WACC a la[s] rata[s] del 11.37 y 12,34, la primera para el año 2017, y la otra para los calendarios 2018 y 2019”; que la “incidentada objetó ese juramento estimatorio”; y que, por tal razón, aquélla recurrió a la prueba pericial y testimonial para demostrar el perjuicio que padeció y su cuantía, aseveró que, pese a la “precariedad” del libelo introductorio en los comentados aspectos, dicha solicitud cuenta con “los elementos esenciales mínimos para identificar la causa fáctica de la indemnización pretendida”, puesto que, contrariamente a lo alegado por el banco incidentado, allí “sí se afirmó la existencia de un daño cierto y directo, así como el consiguiente perjuicio, del cual presentó su cuantificación con una motivación que también fue lacónica, pero con elementos de juicio que permiten su análisis para decidir si puede o no ser acogida”.

3. Tras poner de presente que, como lo reconoció la misma opositora, para la peticionaria “la conducta generadora del perjuicio, fueron los embargos a sus cuentas de ahorro”, de lo que se derivó su “imposibilidad de invertir [esos] recursos (...) en proyectos, inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios”, frente a lo cual la incidentada “[i]ntentó justificarse” aduciendo que las cautelas por ella pedidas fueron “producto de una solicitud legítima” y que aquélla no



“precisó” los “*proyectos, inversiones u operaciones*” que pensaba realizar con los dineros retenidos de donde alegó que el daño era “*incierto y no fue debidamente determinado*”, el Tribunal infirió que “[e]sos *argumentos defensivos no tienen virtud alguna para desvirtuar [la] responsabilidad*” del banco, que se haya plenamente establecida, de la siguiente manera:

3.1. Es un “*hecho cierto y con sólida prueba, el embargo de \$21.252.609.462 a la promotora incidental, a instancia de la convocada a este trámite*”, cautela que, en sí misma, “*es el hecho dañino que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria*”.

3.2. Inexplicablemente, después de la desafectación judicial de esos dineros, “*cuando ya la ejecutante carecía de toda legitimación e interés para postular y reclamar acciones o actos que afectaran el patrimonio de la entidad ahora incidentante*”, su apoderado “*presentó memorial el 27 de septiembre de 2019 solicitando al juzgado que no entregara esos dineros a la ejecutada, sino que los enviara a la DIAN, a pesar de que esta entidad ni siquiera reportó jamás a ese juicio compulsivo que hubiese proferido alguna medida cautelar sobre bienes de la ejecutada*”, razón por la cual la mencionada cantidad de dinero no ha podido retornar a esta última.

Dicha conducta, “*carente de sustento jurídico*”, “*contribuyó a incrementar el daño*”, pues a la fecha del fallo de segunda instancia, no hay prueba de que los dineros retenidos hubiesen regresado a la ejecutada.

3.3. No obstante el derecho que asiste a los acreedores de perseguir los bienes del deudor para obtener el pago de los créditos existentes en su favor, tal prerrogativa no puede ser ejercida arbitraria, ni desmedidamente, “[y] *por lo mismo es que, si el ejecutado logra tener éxito en las excepciones, probando que no está gravado con la obligación cobrada, tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le sean causados; pues, en esos eventos, el ejecutante ha obrado por fuera de lo que la ley le autoriza, evento en el cual su actuar deja de ser legítimo*”.

A lo anterior se suma que, en refuerzo de la aceptación que hizo el propio incidentado, obran en autos tanto el memorial con el que su apoderado solicitó el embargo de los dineros existentes en las cuentas corrientes y de ahorros de la entidad primigeniamente ejecutada sin límite alguno de cuantía, como aquel en el que se opuso a la entrega de los dineros retenidos a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., “*sin fundamento ni legitimación para ello*”.

4. En tal orden de ideas, el Tribunal coligió que “*si está sólidamente probado el nexo causal entre la conducta dañina y el perjuicio cuya indemnización aquí se pretende*”; que “*existe certeza jurídica de que sí se causó el daño afirmado por la incidentante*”; y que el “*problema que surge (...) es la determinación del monto*” de la correlativa indemnización.

5. Pasó al estudio del *quantum* del perjuicio, temática en relación con la cual analizó los aspectos que enseguida se delinean:

5.1. El dictamen rendido por el experto Julio Ernesto Villarreal Navarro, aportado por la incidentante, *“no tiene mérito para lograr su objetivo”*, por cuanto:

5.1.1. Como fue solicitada al perito *“su opinión experta”* y no los *“fundamentos técnicos y científicos”* del valor del daño, el auxiliar *“no dio ningún soporte fundado y preciso que permitiera establecer lo averiguado”*.

5.1.2. No distinguió *“entre ‘rendimiento financiero’ y ‘costo de oportunidad”*, figuras *“entre las que ciertamente hay relación indiscutible, pero no sinonimia”*.

5.1.3. Carece de *“una explicación razonable para (...) mezclar los conceptos de pérdida de costo de oportunidad con un cálculo de intereses como rendimiento financiero como lucro cesante”*, o para entender *“la relación entre tales intereses frustrados y el ‘costo promedio ponderado de la deuda’ de la empresa”*.

5.1.4. Según se constata en la respuesta dada a la pregunta 2.2.3., reproducida a espacio, el perito optó por *“el denominado método WACC, sin explicar por qué asumió éste y descartó los otros”*; y, adicionalmente, *“aplicó unas tasas que tampoco tienen explicación fundada y clara”*.

5.1.5. En la presentación que hizo de las que denominó *“Aproximación 1: WACC”* y *“Aproximación 2”*, cada una con dos variables, *“no se halla ningún examen concreto, serio y fundado sobre lo que aquí se necesita establecer, sino apenas unas*

*hipótesis genéricas y teóricas, pero carentes de soportes y criterios específicos, precisos, fundados en la realidad particular de la entidad afectada con la cautela, para establecer puntualmente la cuantía del perjuicio experimentado”.*

5.1.6. La mención “del cálculo del ‘riesgo país’”, uno de los ítems para obtener el costo de la pérdida de oportunidad, carece de “la fundamentación concreta para el caso”.

5.1.7. Es notorio “que la situación particular y especial de la ETB S.A. E.S.P., no fue tomada en cuenta para establecer la pérdida de oportunidad (rentabilidad mínima esperada) aducida; pues, para tasarla[,] consideró solamente que su actividad es telecomunicaciones pero no en relación con la empresa en específico, y sin soportes estadísticos, históricos individuales para establecer la rentabilidad reclamada”.

5.1.8. En la exposición que el perito hizo al ser interrogado en la audiencia de pruebas, “la situación se mantuvo igual”, toda vez que su esfuerzo estuvo dirigido a “fundar como razón del trabajo, su experiencia y crédito personal”.

5.2. Respecto del testimonio rendido por Juan Pablo Rojas, Profesional Especializado II de la Dirección de Finanzas Corporativas de la Vicepresidencia Financiera de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., se encuentra “que se enteró del perjuicio porque el área jurídica” de la misma “le informó el estimado económico”; y que se limitó a referirse, de un lado, sobre “la forma en que se aplica en la empresa el WACC o Coste Ponderado Promedio del Capital” y, de

otro, a indicar *“que supo que la medida cautelar generó traumatismos para pagar nóminas y obligaciones, también dificultades operacionales, pero ignora si ello generó alguna nota en los estados financieros de la empresa”*.

5.3. Superada la valoración probatoria en precedencia relacionada, el Tribunal señaló:

*Como se viene de analizar, la incidentante no logró probar el quantum del perjuicio que sufrió con la medida cautelar cuestionada; pero, se insiste, hay cabal certeza jurídica de su causación; toda la dificultad está centrada es en la cuantificación. Cuando esa situación acontece no se puede negar la pretensión indemnizatoria, sino que se impone acudir a diferentes criterios para establecer el monto; pues, negar el derecho a quien ciertamente lo tiene, sólo por la dificultad para determinar su aspecto cuantitativo, resulta incompatible con el cardinal valor de la justicia, constituido en imperativo que justifica la existencia misma del Estado y de la Administración de Justicia, según surge del preámbulo y de los artículos 2º, 228 y 230 de nuestra Constitución Política de 1991.*

5.4. Así las cosas, previa reproducción, en lo pertinente, de los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, así como de varios fallos de esta Corporación en los que se ocupó, por una parte, de casos en los que, pese a estar comprobado el perjuicio, no se demostró su cuantía específica y, por otra, a los criterios aplicables para determinarla, el juzgador *ad quem* infirió que *“ante la falta de prueba de una pérdida de oportunidad específica, de un preciso proyecto de negocios que ofreciera una determinada rentabilidad, y visto que aquí no se trata de una responsabilidad contractual o de asunto relacionado con un determinado negocio jurídico de naturaleza mercantil, se impone aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual, y proporcional por fracción de*

*año y de mes. Y se reconocerá desde que se hicieron efectivas cada una de las cautelas hasta que se produzca el efectivo reintegro de aquellos dineros a la incidentalista. Es que, de acuerdo con lo que obra en el dossier, todavía no le han sido devueltos, como se dejó advertido con reiteración”.*

Por tal virtud, procedió a los cálculos respectivos, con el siguiente resultado:

5.5.1. Frente a la retención de \$20.687.737.320, que se encontraban en la cuenta de ahorro del Banco Itaú y que se hizo *“efectiva el 22 de junio de 2017”*, tasó el interés causado hasta la fecha de la providencia (12 de noviembre de 2021), en la suma de \$5.447.770.827,60.

5.5.2. Respecto de la cantidad de \$561.170.000 embargada en dos cuentas de ahorro y tres corrientes del Citibank, concretó el referido rubro, entre el 22 de junio de 2017 y el 12 de noviembre de 2021, en \$147.774.766,60.

5.5.3. Y como consecuencia de la afectación el 30 de junio de 2017 de la suma de \$3.702.142,99, que la ejecutada tenía en el Banco Agrario de Colombia, estimó el indicado rédito en \$969.961,16.

5.6. Así las cosas, totalizó los intereses liquidados en la suma de \$5.596.515.555,36.

5.7. Llegado a ese punto, consideró que como *“los intereses civiles únicamente comportan el componente del*

*rendimiento financiero, pero no compensan [el] evilecimiento” del dinero, el cual “con el paso del tiempo (...) soporta una rampante pérdida de poder adquisitivo”, hay lugar “al reconocimiento de la indexación”, para atender “el mandato de obligatorio cumplimiento consagrado en los cánones 16 de la Ley 446 de 1998 y 283, inciso último[,] del Código General del Proceso, ya citados”, contentivos de los principios “de la ‘reparación integral’, la ‘equidad’ y la aplicación de ‘los criterios técnicos actuariales’”.*

Continuó con el cálculo de la corrección monetaria fincado en el índice de precios al consumidor (IPC) y, luego de aplicar la fórmula correspondiente, consideró que “[l]a suma de \$24.227.974.786,68 corresponde al valor actual”, de donde descontado el “valor que fue indexado, \$21.252.609.462”, se concluye que “el monto de la indexación es de \$2.975.365.324,68”.

5.8. Finalmente acotó que, “atendiendo a lo dispuesto en la pretensión cuarta de la demanda, pero conforme a las consideraciones ya expuestas en torno a la naturaleza de la obligación que aquí se reconoce, habrá de condenarse a la incidentada a pagar a la incidentante intereses civiles moratorios a la tasa del cero punto cinco por ciento (0.5%) mensual desde la ejecutoria de este fallo hasta que se le pague la suma que aquí se ha fijado como indemnización”.

6. Con tales bases, el Tribunal, en definitiva, concluyó:

*Por lo expuesto con detalle y amplitud, los reparos formulados por la incidentada no tienen vocación de prosperidad. En cambio, sí le asiste razón a la incidentante al reclamar por no*

*haberse reconocido una cifra superior a la dispuesta en la sentencia de primer grado. En consecuencia, se confirmará ese fallo, pero se modificará lo resuelto en el ordinal primero resolutive en el que se decidió 'CONDENAR al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., al pago de \$4.695.693.519 como perjuicios derivados de la consumación de las medidas cautelares de embargo y retención consumadas en el curso del proceso ejecutivo'; en lugar de tal cifra, la condena será por la suma de \$8.571.880.880.04 resultante de la liquidación que se viene de hacer, y de sumar el valor de intereses e indexación causados hasta la fecha de este fallo. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación.*

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Contiene cinco cargos soportados, el inicial, en la causal primera de casación; los dos siguientes y el último, en la segunda; y el restante, en la tercera.

La Corte los resolverá empezando por la cuarta acusación, en la medida que versa sobre un error in *procedendo*; continuará con la primera, por referir una violación directa de la ley sustancial y tener amplio espectro; y finalizará con los cargos adicionales conjuntados, puesto que en todos se denunciaron errores de valoración probatoria y por cuanto apreciaciones comunes guiarán su definición.

### **CARGO CUARTO**

Como se dijo, con apoyo en la causal tercera de casación, se denunció la sentencia del *ad quem* por no estar en consonancia “con los hechos y las pretensiones de la demanda incidental”.



1. En concreto, el censor adujo que pese a que en dicho libelo se planteó “que el **perjuicio** consiste en la rentabilidad de un(...) negocio que supuestamente la ETB no pudo realizar, y que calculó a partir ‘del Costo Promedio Ponderado de la deuda de ETB (WACC)’”, el sentenciador de segunda instancia, en la sentencia combatida, reconoció como tal “un interés sobre el capital embargado más su indexación”.

2. Tras repetir ese mismo planteamiento, el impugnante coligió que como la “condena impuesta” no está “en armonía con los hechos y las pretensiones de la demanda incidental”, se configuró “la tercera de las causales de casación contempladas en el artículo 336 del C. G. del P.”.

3. Al cierre, para destacar la trascendencia del cargo, el inconforme señaló que si el Tribunal hubiese respetado la “causa petendi” habría denegado las pretensiones de la demandada y que, por ende, la Sala debía casar el fallo emitido por esa autoridad, en remplazo del cual correspondía desestimar la responsabilidad del banco recurrente.

## **CONSIDERACIONES**

1. Siguiendo muy de cerca las críticas que las partes hicieron a la sentencia del *a quo*, el Tribunal en el fallo de segunda instancia, mirado integralmente, como tiene que ser, arribó a tres conclusiones torales, que fueron las que soportaron las decisiones con las que dicha Corporación

finiquitó el incidente de regulación de perjuicios promovido por la ejecutada, a saber:

1.1. En primer lugar, la comprobación de la responsabilidad civil extracontractual endilgada al banco, habida cuenta que en la tramitación de que se trata se estableció:

1.1.1. Que Scotiabank Colpatria S.A. *“obr[ó] por fuera de lo que la ley le autoriza[ba], evento en el cual su actuar dej[ó] de ser legítimo”*, toda vez que frente a la ejecución que propuso, la entidad demandada *“logr[ó] tener éxito en las excepciones”*, puesto que *“prob[ó] que no est[aba] gravad[a] con la obligación cobrada”*, teniendo *“derecho a ser indemnizad[a] por los perjuicios que le [fueron] causados”*, para lo cual está acreditada la solicitud de cautelas que el nombrado accionante elevó, su decreto, el embargo de \$21.252.609.462 y que, con posterioridad al levantamiento de la medida, el apoderado de aquél se opuso a que los dineros retenidos fueran devueltos a la incidentante.

1.1.2. El *“daño alegado”*, que consistió *“en haber sido ‘privada de sus derechos a disponer’ de los dineros objeto de las cautelas, para la ‘realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios, lo que derivó como perjuicio [en] no haber podido lograr u obtener unos rendimientos financieros”*, toda vez que es *“hecho cierto y con sólida prueba, el embargo de \$21.252.609.462 a la promotora incidental”*.

1.1.3. Y el “*nexo causal entre la conducta dañina y el perjuicio*”, porque fue el señalado proceder del banco el que provocó el daño denunciado por la promotora del trámite de que se trata.

1.2. En segundo término que, pese a ello, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., no demostró el *quantum* de perjuicio por ella experimentado, habida cuenta la “*precariedad*” de los planteamientos que al respecto expresó en la demanda incidental; la “*lacónica*” motivación del juramento estimatorio allí mismo consignado; y la carencia de mérito demostrativo tanto del dictamen que aportó, rendido por el experto Julio Ernesto Villarreal Navarro, debido a la pluralidad de deficiencias de que adolece, las cuales detalló, como del testimonio rendido por Juan Pablo Rojas, en tanto que se enteró del perjuicio porque el área jurídica de la citada accionada “*le informó el estimado económico*” y solamente se refirió a la forma cómo en dicha entidad se aplica el “*Coste Ponderado Promedio del Capital*”, sin estar al tanto sobre si la medida cautelar, no obstante los traumatismos que produjo, “*generó alguna nota en los estados financieros*”.

1.3. Y finalmente que, en situaciones como esa, donde aparece comprobada la responsabilidad del demandado pero no el monto del perjuicio, al tenor de lo previsto en el preámbulo y en los artículos 2º, 228 y 230 de la Constitución Política, no es admisible negar la indemnización, “*sino que se impone acudir a diferentes criterios para establecer [su] monto*”, toda vez que “*negar el derecho a quien ciertamente lo tiene*”

contradice el sentido mismo de justicia que, en buena medida, explica *“la existencia (...) del Estado y de la Administración de Justicia”*, de modo que, siguiendo las pautas fijadas por los cánones 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, no habiéndose demostrado *“una pérdida de oportunidad específica”*, ni un *“preciso proyecto de negocio(...) que ofreciera una determinada rentabilidad”* y no siendo este un caso de responsabilidad contractual o un asunto ligado a un puntual negocio mercantil, *“se impone aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual, (...) proporcional por fracción de año y mes”*, y sumarle la corrección monetaria, resarcitoria del envilecimiento del dinero.

2. Circunscrito el cargo, según ya se vio, a que el fallo combatido es incongruente por cuanto, no obstante que el perjuicio reclamado fue *“la rentabilidad de un(...) negocio que supuestamente la ETB no pudo realizar, y que calculó a partir ‘del Costo Promedio Ponderado de la deuda de ETB (WACC)’”*, el Tribunal terminó reconociendo *“un interés sobre el capital embargado más su indexación”*, es del caso advertir, primero, que considerado el carácter *in procedendo* de la acusación, no fueron objeto de ataque los dos iniciales basamentos aducidos por el Tribunal -comprobación de la responsabilidad del banco y falta de demostración del *quantum* del perjuicio-; y, segundo, el alcance restringido de la censura, como quiera que ella solamente concierne con la tasación de la indemnización que efectuó el *ad quem*.

3. Así las cosas, es del caso reiterar que esa autoridad, en respaldo de la concreción económica que efectuó de la condena que impuso, esgrimió:

3.1. Que “la incidentante no logró probar el quantum del perjuicio que sufrió con la medida cautelar cuestionada; pero, se insiste, hay cabal certeza jurídica de su causación; toda la dificultad está centrada es en la cuantificación. Cuando esa situación acontece no se puede negar la pretensión indemnizatoria, sino que se impone acudir a diferentes criterios para establecer el monto; pues, negar el derecho a quien ciertamente lo tiene, sólo por la dificultad para determinar su aspecto cuantitativo, resulta incompatible con el cardinal valor de la justicia, constituido en imperativo que justifica la existencia misma del Estado y de la Administración de Justicia, según surge del preámbulo y de los artículos 2º, 228 y 230 de nuestra Constitución Política de 1991” (se subraya).

3.2. Previa transcripción de los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, así como de algunos segmentos de las sentencias SC15996-2016, S-042 de 15 de febrero de 1991 y la dictada el 5 de julio de 2011 en el proceso con radicado 19001-31-03-003-2000-00183-01, emitidas por esta Sala de la Corte, añadió:

Así también lo ha reconocido esta Sala Civil en asunto de similar entidad. Así que abundan razones para que ahora también se resuelva el presente litigio [c]on sujeción a esos mismos criterios de justicia material e igualdad. En efecto, ante la falta de prueba de una pérdida de oportunidad específica, de un preciso proyecto de negocio(...) que ofreciera una determinada rentabilidad, y visto que aquí no se trata de una responsabilidad contractual o de asunto relacionado con un determinado negocio de naturaleza mercantil, se impone

aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual, y proporcional por fracción de año y de mes (se subraya).

3.3. Una vez efectuó la liquidación de los intereses, observó adicionalmente:

Ahora, los intereses civiles únicamente comportan el componente del rendimiento financiero, pero no compensan su envilecimiento que fatalmente se produce con el paso del tiempo en una economía frágil en la cual el dinero soporta una rampante pérdida de poder adquisitivo. (...). Por esa razón, cuando se aplican aquellos, como aquí sucede, hay lugar al reconocimiento de la indexación; pues, resulta imperativo que así sea para poder cumplir con el mandato de obligatorio acatamiento consagrado en los cánones 16 de la Ley 446 de 1998 y 283, inciso último[,] del Código General del Proceso, ya citados, de la ‘reparación integral’, la ‘equidad’ y la aplicación de ‘los criterios técnicos actuariales’. Así que se impone aplicar la indexación con el IPC, como instrumento legal técnico para traer a valor presente aquellos montos que fueron embargados a la incidentante (se subraya).

4. Propio es señalar, por lo tanto, que el sentenciador de segunda instancia, con pie de apoyo en las particularidades del caso sometido a su conocimiento, concretamente, la comprobación de la responsabilidad del banco y la falta de demostración de la cuantía del perjuicio solicitado, infirió que el preámbulo y los artículos 2º, 228 y 230 de la Constitución Política, así como los preceptos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, de un lado, le prohibían negar la indemnización de perjuicios deprecada; de otro, lo autorizaban para apartarse en este aspecto de la solicitud; y, finalmente, le permitían, para atender el deber que tenía de concretar la condena, optar por los criterios técnicos señalados en las dos últimas disposiciones citadas.

5. Ese entendimiento del Tribunal descarta que su fallo sea incongruente, toda vez que, como se aprecia, su alejamiento de la demanda incidental en punto de la determinación del *quantum* del perjuicio, derivó de la comprensión que realizó de la cuestión litigiosa y, sobre todo, de la interpretación y del alcance que fijó a las normas constitucionales y legales en que sustentó su juicio, apreciaciones fácticas y jurídicas que, como es obvio entenderlo, no pueden revisarse a la luz de la causal tercera de casación, en tanto que unas y otras son la esencia del juzgamiento efectuado por el *ad quem*, por lo que su combate en casación debió realizarse, en el caso de las primeras, a la luz del segundo motivo que sirve al recurso extraordinario de que se trata y, de las últimas, bajo la égida de la causal inicial del artículo 336 del Código General del Proceso.

6. Llegados a este punto, bueno es recordar que “[u]na cosa es resolver un proceso sin desatar, o excediendo, lo que en él se debate; y otra, completamente diferente, es decidir todos sus extremos sin rebasarlos, pero desacertadamente, como consecuencia de la indebida interpretación de las normas rectoras del mismo, o de la incorrecta escogencia de los preceptos que estaban llamados a disciplinarlo. (...). En el primer supuesto, se está en frente de una sentencia incongruente, atacable en casación por la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil [hoy en día, de la tercera del artículo 336 del Código General del Proceso]; en el otro, de un fallo violatorio de la ley sustancial, denunciabile a la luz del primero de los motivos de esa misma norma [actualmente de los motivos primero y segundo de la norma

atrás citada] (CSJ, SC 3085 de 7 de marzo de 2017, Rad. n.° 2007-00233-01; se subraya).

7. En tal orden de ideas, el cargo que se deja examinado no merece acogimiento.

### **CARGO PRIMERO**

Con sustento en la causal inicial del artículo 336 del Código General del Proceso, la entidad recurrente atribuyó a la sentencia combatida ser directamente violatoria de los cánones 80, 206, 282, inciso 3°, 443, regla 3ª, del precitado estatuto, por interpretación errónea, y 1617 y 2341 del Código Civil, por falta de aplicación.

La acusación transitó la senda que pasa a delinarse:

1. De entrada, el censor precisó que pretende el quiebre total de la sentencia reprochada, habida cuenta que el Tribunal se equivocó la liberar a la reclamante “*de la carga de probar el ‘delito o culpa’ en que habría incurrido el incidentado*”, lo que generó la imposición a este último de la condena que dedujo en su contra.

2. Con ese propósito, previa alusión al contenido de los artículos 283 y 443, numeral 3°, del Código General del Proceso, el recurrente destacó que el *ad quem*, sobre la base de que la acción intentada corresponde a una de responsabilidad civil extracontractual, estableció que la “*carga probatoria del promotor del incidente*” concierne



únicamente con *“la existencia del daño padecido y el nexo causal entre [é]ste y la conducta desplegada por el demandado que se calificó de dañosa”*, toda vez que, al estar fundada *“la reclamación en una sentencia preceptiva”*, aquél *“está relevado de acreditar el comportamiento aludido (que la jurisprudencia enlista como una ‘conducta humana antijurídica’) y el que también denomina ‘criterio de atribución de responsabilidad’, el cual se patentiza en un acto calificado como ‘temeridad o mala fe’”*, de modo que *“para el incidentante opera el régimen de carga probatoria consagrado en el canon 167 del C.G.P., pero en lo tocante con los elementos de la responsabilidad que se acaban de indicar”*.

3. Reiteró que de ninguno de los mencionados preceptos puede inferirse, *“como equivocadamente lo h[izo] el Tribunal, que el incidentante está relevado de probar el ‘delito’ o ‘culpa’ en que ha incurrido el incidentado por tratarse de una condena preceptiva, y que por tanto el artículo 167 del CGP le resulta aplicable al incidentante sólo respecto del daño y del nexo causal que lo une con la conducta de incidentado, no respecto a la culpa, que se presume en la responsabilidad aquiliana”*.

4. Con apoyo en la jurisprudencia, aseveró que *“tratándose de la responsabilidad por abuso del derecho a litigar o abuso de las vías legales o judiciales, para que proceda la reparación es necesario que la víctima pruebe que su contraparte ejerció su derecho de manera temeraria o negligente y que, como consecuencia directa de esa conducta antijurídica, ella sufrió un determinado daño cuyo monto o cuantía debe así mismo acreditar”*.

5. Adelante predicó que *“la culpa, como elemento de la responsabilidad aquiliana, debe probarse en este caso y como regla de principio, se desprende además del artículo 80 del C.G.P., pues de esta norma se desprende que aún en los eventos de temeridad y mala fe, no podrá imponerse condena **por perjuicios** sino en la medida en que éstos aparezcan **probados**. De manera que concordado este precepto con la regla 3ª del artículo 443 del C.G.P., en donde la condena que se impone por el levantamiento de la medida cautelar es solamente en cumplimiento de lo allí ordenado (...) y que por eso ha dado en llamarse preceptiva, es evidente que dicha condena está sujeta a que, dentro del término legal correspondiente y so pena de que se extinga, se demuestre su real ocurrencia y magnitud (quantum) mediante el procedimiento señalado en el inciso 3º del artículo 283 del C.G.P.”.*

6. Así las cosas, tildó de *“absurdo considerar que los meros ‘perjuicios preceptivos’, consecuencia del simple levantamiento de medidas cautelares, genere per se la prueba de alguno de los elementos integrantes de la responsabilidad aquiliana, en particular de la **culpa**, pues, salvo los casos en que ésta se presume legalmente, la prueba de ella y de los restantes elementos de la responsabilidad es labor ineludible del beneficiario de la condena preceptiva, con arreglo al mencionado artículo 283 del C.G.P., en cuyo trámite est[á] implícitamente previsto el cumplimiento del correspondiente trámite probatorio, que involucra naturalmente el contenido del artículo 206 ibidem”.*

7. Estimó que si el juzgador *ad quem* no hubiese incurrido en el yerro imputado habría desestimado las pretensiones incidentales, como quiera que no está probada la culpa del banco.

## CONSIDERACIONES

1. El Tribunal, al referirse en abstracto o de forma general sobre el **“incidente de reparación de perjuicios”**, reprodujo el mandato de los artículos 283 y 443, numeral 3°, del Código General del Proceso, así como la sentencia de esta Corporación SC3930 de 2020, en la que, haciéndose alusión al *“ejercicio abusivo del derecho a litigar”*, se precisó que *“para que proceda la reparación, el afectado tiene que probar ‘una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado (SC, 1° nov. 2013, rad. n.° 1994-26630-01)”*.

Seguidamente el funcionario judicial *ad quem*, contrariando lo anterior, concluyó:

*Es claro, entonces, que la actuación promovida reviste la reclamación por una responsabilidad civil extracontractual consagrada en el artículo 2341 de Código Civil. Así que constituye carga probatoria del promotor del incidente la concerniente a la existencia del daño padecido y el nexo causal entre éste y la conducta desplegada por el demandado, que se calificó como dañosa, nada más; pues, por fundarse la reclamación en una sentencia preceptiva,*

está relevado de acreditar el comportamiento aludido (que la jurisprudencia enlista como una 'conducta humana antijurídica') y el que también denomina 'criterio de atribución de la responsabilidad', el cual se patentiza en un acto calificado como 'temeridad o mala fe'. En definitiva, para el incidentante opera el régimen de carga probatoria consagrado en el canon 167 del C. G. P., pero en lo tocante con los elementos de la responsabilidad que se acaban de indicar (se subraya).

2. Tal inferencia, sin lugar a dudas, luce equivocada, pues que el origen de la responsabilidad civil extracontractual ventilada en el incidente de regulación de perjuicios decidido mediante la providencia impugnada en casación sea una condena preceptiva, no comporta que la víctima esté exonerada de acreditar todos y cada uno de los elementos axiológicos que la configuran, entre ellos, la conducta antijurídica del agente que, en el presente caso, supone que la acción judicial intentada por él y/o alguno o algunos de los actos desarrollados dentro de ella, denoten, en líneas generales, temeridad o mala fe, ocasionando daño a su contraparte.

Al respecto basta memorar, y de esta manera reiterar, la tesis que sobre el particular siempre ha defendido esta Corporación, expresada de la siguiente manera en el fallo que sigue a reproducirse, el más reciente sobre la materia:

*En compendio, cuando una persona acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad o animus nocendi, a reclamar un derecho a sabiendas que no le corresponde, con ello afecta, correlativamente, a quien tiene que resistir la pretensión, lo que ha forjado la teoría del abuso del derecho a litigar.*

*En tal evento, el afectado, si aspira a ser desagraviado a través de la condigna indemnización de perjuicios, debe*

*canalizar su reclamo a través de una acción de responsabilidad civil extracontractual y probar los siguientes elementos: a). La existencia de una conducta antijurídica (dolo, culpa, temeridad o mala fe) del sujeto respecto de quien se dirige la acción; b).- El perjuicio sufrido y, desde luego, c).- La relación o nexo de causalidad entre el actuar de aquél a quien se imputa el daño sufrido por éste.*

*Con todo, es el juez, en cada caso, el llamado a constatar si las pruebas regular y oportunamente recaudadas demuestran la concurrencia de los axiomas constitutivos del abuso del derecho a litigar, porque si no logran tal cometido, la acción naufragará por incumplirse la regla del onus probandi prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, que fija en cada contendor el deber de demostrar el sustento de sus aspiraciones, porque de ello depende el resultado del litigio (CSJ, SC 1066 de 5 de abril de 2021, rad. n.º 2016-00219-01).*

3. No obstante ser paladina la equivocación del *ad quem* al sostener, en el aparte que al inicio de estas consideraciones se dejó transcrito, que como los perjuicios reclamados por la incidentante tienen por fuente una “sentencia preceptiva”, solamente correspondía a ella demostrar “el daño padecido y el nexo causal entre éste y la conducta desplegada por el demandado”, estando exonerada de acreditar la “conducta antijurídica” del agente o el “criterio de atribución de la responsabilidad”, surge del examen integral de la sentencia combatida que el referido yerro jurídico no influenció las decisiones en ella adoptadas, por las razones que pasan a explicarse:

3.1. Como quedó precisado al estudiarse el cargo cuarto, el primero de los fundamentos blandidos por el juzgador de segunda instancia, fue la plena comprobación de la responsabilidad civil extracontractual endilgada por la

incidentante a Scotiabank Colpatria S.A., toda vez que halló la concurrencia en el *sub lite* de los siguientes elementos:

3.1.1. En primer lugar, que dicho banco “*obr[ó] por fuera de lo que la ley le autoriza[ba], evento en el cual su actuar dej[ó] de ser legítimo*”, como quiera que la ejecución que promovió carecía de fundamento, en tanto que la ejecutada “*prob[ó] que no est[aba] gravad[a] con la obligación cobrada*” y, de esta manera, obtuvo “*éxito en las excepciones*”, siendo la última, por ende, merecedora de “*ser indemnizad[a] por los perjuicios que le [fueron] causados*”, amén que está comprobado que, en desarrollo de dicha acción, el mencionado ejecutante solicitó y obtuvo el embargo y retención a aquélla de la suma de \$21.252.609.462.00 y, luego del levantamiento de las medidas, se opuso a que dicho capital retornara a la ejecutada.

3.1.2. En segundo término, del “*daño alegado*”, consistente en que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., fue “*(...) ‘privada de sus derechos a disponer de los dineros objeto de las cautelas, para la ‘realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios, lo que derivó como perjuicio [en] no haber podido lograr u obtener unos rendimientos financieros’*”, como quiera que es un “*hecho cierto y con sólida prueba, el embargo de \$21.252.609.462 a la promotora incidental*”.

3.1.3. Y, por último, del “*nexo causal entre la conducta dañina y el perjuicio*”, habida cuenta que fueron las

actuaciones del banco las que ocasionaron el daño experimentado por la incidentante.

3.2. Se sigue de lo anterior que, pese a ser cierto que el Tribunal estimó que la carga demostrativa de la incidentante solamente atañía con el daño y la relación de causalidad, también lo es que, cuando se ocupó de establecer la responsabilidad civil extracontractual del incidentado, examinó su culpabilidad, al punto que calificó su conducta por fuera del marco de la legalidad, al haber promovido una ejecución carente de fundamento, toda vez que, en virtud de la excepción que al respecto propuso la ejecutada, se estableció, en definitiva, la inexistencia de la obligación reclamada.

3.3. Se colige, pues, que la apreciación conjunta de las motivaciones de la sentencia cuestionada, y no de una parte de ellas, deja al descubierto que el desacierto jurídico en principio cometido por el sentenciador de segunda instancia quedó completamente superado posteriormente, en el cuerpo mismo del proveído combatido, cuando dicha autoridad analizó, en concreto, la responsabilidad del incidentado, toda vez que, en desarrollo de ese estudio, exploró su culpabilidad y, sobre la misma, concluyó afirmativamente su presencia, como quedó dilucidado en precedencia.

4. Con todo, es del caso añadir que si la Corte optara por casar la sentencia combatida estaría compelida, en el eventual fallo sustitutivo, a reiterar la conclusión que sobre el proceder ilegal del banco extrajo el Tribunal, por la

potísima razón de que no fue combatida en casación y, como consecuencia de ello, continua en pie, de tal forma que la Sala no podría predicar nada distinto a lo que coligió dicha Corporación, esto es, se repite, que el incidentado desbordó la ley cuando pretendió el cobro de un crédito al que no estaba obligada la ejecutada, inferencia de la que, por sí sola, surge su proceder negligente y descuidado, por decir lo menos, quedando a la luz que el desatino jurídico en principio detectado, carece de la fuerza necesaria para desquiciar el proveído cuestionado por la vía extraordinaria.

5. En estas condiciones, el reproche casacional evaluado no se abre paso.

### **CARGO SEGUNDO**

Con apoyo en la causal de casación del mismo número, se afirmó que la providencia impugnada es *“indirectamente violatoria”* de los artículos 1617 y 2341 del Código Civil, por aplicación indebida, habida cuenta de la comisión, por parte del sentenciador de segunda instancia, de *“yerros fácticos manifiestos y trascendentes”* en la apreciación del *“escrito genitor del incidente de regulación de perjuicios, su contestación por parte de Scotiabank Colpatria S.A. y el memorial que presentó esta última entidad el 27 de septiembre de 2019”*.

Sobre la base de que la acusación tiene *“alcance total”*, su proponente, de entrada, puntualizó que busca *“demostrar que el Tribunal incurrió en los yerro[s] fácticos denunciados, cuando concluy[ó] en su sentencia, con apoyo en esas piezas procesales, que*



*‘[e]l embargo en sí mismo es el hecho dañino que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria en este caso. Y se agrav[ó] (...) por actitudes injustificadas de la misma incidentada, todavía posteriores al decreto del levantamiento de las causales (sic)’”.*

El censor sustentó el reproche con los argumentos que pasan a condensarse:

1. La indebida ponderación de la demanda, la hizo consistir en que:

1.1. Lo expresado por la incidentante en el hecho octavo, que el recurrente reprodujo completamente, fue “*que el daño, esto es, ‘la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal’, consiste en una **pérdida de oportunidad**, eso sí, causada aparentemente por el embargo practicado en este proceso a instancia del Banco incidentado, que supuestamente le impidió a la ETB invertir esos dineros en inversiones, operaciones o ‘proyectos propios del giro ordinario de la compañía’, y obtener una ‘rentabilidad mínima’ de \$4.695.693.519, que calculó a partir ‘del Costo Promedio Ponderado de la deuda de ETB (WACC)’”.*

1.2. Por consiguiente, la conclusión a que arribó el funcionario judicial *ad quem*, “*según la cual [e]l embargo en sí mismo es el hecho dañino que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria en este caso*”, luce equivocada, toda vez que en ninguna parte de ese hecho se aseveró, o se dio a entender, tal cosa.

1.3. Dicha comprensión tampoco podía extractarse de las pretensiones del comentado libelo, por cuanto ellas evidencian que *“para la ETB la causa del perjuicio, esto es, la rentabilidad mínima que pudo obtener y no obtuvo, es el embargo”*, como aparece expresado en la segunda súplica, que el recurrente igualmente transcribió.

2. En punto de la indebida valoración de la contestación del incidente, el impugnante adujo:

2.1. No es cierto que el banco hubiese aceptado que para la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la conducta generadora del perjuicio por esta reclamado fue el embargo de sus cuentas bancarias, como quiera que, según lo indicado en el escrito de réplica, reproducido por el inconforme en lo concerniente con sus puntos 11 y 12, la entidad incidentada, refiriéndose al elemento culpa, fijó su atención en *“la **conducta**”* y no en el *“hecho”*, queriendo significar que el *“aspecto volitivo de la conducta del Banco no está presente en este caso”*, al punto que más adelante concluyó que aquí *“(…) ‘no se evidencia culpa o dolo que permita imputarle el perjuicio al Banco, condición subjetiva de total relevancia que ni se enuncia en el incidente, pues a todas luces no existió tal elemento volitivo de causar daño a la ETB’”*.

2.2. Añadió que debe tenerse en cuenta, además, que el banco *“siempre tuvo claro que el daño alegado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., no era otro que haber **perdido la oportunidad** de invertir los dineros embargados en proyectos propios de la compañía”*, como surge de los

numerosos pasajes del escrito de respuesta que el censor transcribió, los que *“dejan ver sin asomo de duda que, para el Banco, del incidente emana con claridad que el embargo es la causa de daño pero no el daño mismo; que el daño consiste en una pérdida de oportunidad que se tradujo, según la ETB, por la supuesta imposibilidad de invertir los recursos embargados en inversiones propias del objeto social de la incidentante como consecuencia de dicha medida cautelar, y que el perjuicio consiste en la aparente rentabilidad derivada de dichas inversiones que dejó de recibir”*.

3. Finalmente, en cuanto hace a la incorrecta valoración del memorial presentado por el apoderado judicial del banco el 27 de septiembre de 2019, observó:

3.1. Una vez memoró que para el Tribunal agravó el daño irrogado la oposición que en el señalado escrito hizo el banco, a que los dineros retenidos le fueran devueltos a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. luego de que fueran desembargados, el impugnante estimó que *“esa apreciación es completamente equivocada”*, pues tal solicitud *“no es en verdad la causa eficiente para que a la fecha de la sentencia de segunda instancia no se hubiera levantado la medida cautelar de embargo previamente decretada por el a-quo en el marco del proceso ejecutivo”*, al punto que ese memorial no recibió ningún impulso por parte de dicha autoridad.

3.2. Tras advertir que el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta capital, lejos de atender el mencionado pedimento del banco, lo que hizo fue requerir a la DIAN y al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para

que aclararan las medidas que informaron al proceso ejecutivo, el recurrente puntualizó que fue el Tribunal Superior de Bogotá quien, al decidir la apelación que interpuso contra la sentencia estimatoria de excepciones dictada por el fallador *a quo*, modificó el levantamiento de cautelas adoptado en el veredicto de primera instancia, determinación que fue “*la razón por la cual al momento de proferirse la sentencia recurrida en casación (12 de noviembre de 2021) la medida cautelar de embargo todavía est[uviera] vigente*”.

4. Así las cosas, el censor, tras calificar de evidentes los yerros fácticos denunciados, los consideró adicionalmente trascendentes en razón a que por ellos el tribunal *ad quem* “*concluyó equivocadamente que el daño alegado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., consistía en el embargo mismo*”.

### **CARGO TERCERO**

Fincado también en la causal segunda de casación, el recurrente reprochó la sentencia confutada por ser indirectamente violatoria de los artículos 2°, 228, 230 y del preámbulo de la Constitución Política, así como de los cánones 16 de la Ley 446 de 1998, 283 del Código General del Proceso, 1617 y 2341 del Código Civil, por aplicación indebida, todo debido a la comisión de yerros fácticos que llevaron “*al Tribunal a concluir que [e]n definitiva, existe cabal certeza jurídica de que sí se causó el daño afirmado por la incidentante, cuyo perjuicio se ha precisado; pero el problema que surge al llegar a este punto es la determinación del monto de este último*”.

El cargo se respaldó en los argumentos que a continuación se puntualizan:

1. El censor repitió las acusaciones contenidas en la acusación anterior, consistentes en la indebida apreciación, por una parte, de la demanda incidental, en cuanto hace a su hecho octavo y a las pretensiones, con la que combatió la conclusión del *ad quem* relativa a que “*el embargo en sí mismo es el hecho dañino*”; y, por la otra, de la contestación de tal libelo por parte del banco, en lo tocante a que este último admitió que, para la incidentante, la conducta generadora del perjuicio fueron los embargos de sus cuentas bancarias.

2. Con tal base, el inconforme, en desarrollo del presente reproche, se limitó a añadir:

2.1. Si “*el embargo no es el daño mismo como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, sino que el daño alegado por la ETB consiste en una **pérdida de oportunidad**, hay que concluir necesariamente que en este caso el daño no está probado porque la ETB no acreditó haber perdido la oportunidad de negocio como lo admite el propio ad quem al aseverar en su fallo que: ‘En efecto, ante la falta de prueba de una **pérdida de oportunidad específica**, de un preciso proyecto de negocio(...) que ofreciera una determinada rentabilidad...’ (Se destaca)”.*

2.2. Y que “*si el daño alegado por la ETB, que como quedó demostrado, consiste en una pérdida de oportunidad, no existe, el*

*Tribunal no podía aplicar las normas que aplicó para determinar de manera unilateral el perjuicio que aparentemente sufrió la ETB”.*

3. El censor sustentó la trascendencia del cargo en que, de no haber incurrido el sentenciador de segunda instancia en los errores probatorios que le sirven de sustento, *“habría tenido que concluir que el daño alegado por la incidentada, consistente en una pérdida de oportunidad, no está probado en este trámite incidental, por lo que no podía aplicar las disposiciones señaladas como violadas, que terminó aplicando indebidamente y que lo llevaron a resolver en la forma como lo hizo”.*

### **CARGO QUINTO**

Con aducción de la misma causal de casación invocada en los dos cargos anteriores, el recurrente observó que el fallo cuestionado violó indirectamente los artículos 2341 (por aplicación indebida), 2343 y 2344 (por falta de aplicación) del Código Civil, como consecuencia de la indebida apreciación de las siguientes pruebas: *“(i) la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá el 31 de enero de 2019, (ii) el auto proferido por el Juzgado 29 Civil del Circuito el 12 de febrero de 2019, (iii) la medida cautelar de urgencia decretada el 18 de octubre de 2017 por la Sección Tercera del Tribuna[l] de Cundinamarca por solicitud de la incidentada y comunicada al Juzgado 29 Civil del Circuito el 20 de octubre de 2017 mediante Oficio No. 2017-HABM-0971, (iv) el auto proferido por el Juzgado 29 Civil del circuito el 26 de febrero de 2018, (v) los oficios de la DIAN en respuesta a los diferentes requerimientos del Juzgado, en especial los Nos. 1-31-244-440-1190 del 16 de septiembre de 2019 y 1-31-244-440-195 del 18 de febrero de 2020, (vi) la solicitud de levantamiento de la medida cautelar de*

*embargo presentada por la ETB, (vii) los memoriales que presentó Scotiabank Colpatria S.A. a través de su apoderado judicial el 27 de septiembre de 2019 y el 18 de noviembre de 2019, y (viii) el levantamiento de la medida cautelar de urgencia por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Contencioso de Cundinamarca mediante auto de fecha 22 de junio de 2020, comunicada mediante oficio 2020-HABM-0462 del 6 de octubre de 2020”.*

En desarrollo de la censura, su autor explicó:

1. Delanteramente, el alcance “*parcial*” del ataque, como quiera que con él únicamente persigue demostrar el error en que incurrió el Tribunal al sostener que, no obstante “*la cancelación y el levantamiento de la medida cautelar*”, los recursos económicos así afectados no han retornado a la incidentante, “*(...) **porque el apoderado de la promotora del ejecutivo, a pesar de la forma como se resolvió allí, presentó memorial el 27 de septiembre de 2019 solicitando que no entregara esos dineros a la ejecutada, sino que los enviara a la DIAN***”.

2. En relación con la incorrecta valoración de las pruebas al inicio especificadas, el impugnante precisó:

2.1. Al primero de los documentos enunciados, el tribunal *ad quem* no le otorgó su verdadero alcance, puesto que pasó por alto que esa misma Corporación, en la sentencia de segunda instancia fechada el 31 de enero de 2019 (proceso ejecutivo), modificó el levantamiento de la medida cautelar adoptada por el juzgado *a quo*, toda vez que condicionó tal determinación “*a la constatación que hiciera el Juzgado del trámite*

*legal que corresponda a la comunicación remitida por la Dian el 17 de junio de 2017', en la cual esa entidad se pronunció por primera vez en este proceso advirtiendo que la ETB tenía obligaciones fiscales pendientes" y, además, a "(...) la medida de urgencia de suspensión de pagos decretada por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca".*

2.2. Del auto proferido por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá el 12 de febrero de 2019, no se tuvo en cuenta que, en cumplimiento del condicionamiento arriba comentado, la citada autoridad ordenó requerir a la DIAN para que indicara si existía algún proceso de cobro coactivo contra la empresa ejecutada y al Tribunal Contencioso de Cundinamarca para que autorizara o instruyera si los dineros desembargados debían ponerse a disposición de aquella entidad o devolverse a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

2.3. Si la cautela de urgencia ordenada por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, a solicitud de la propia ejecutada e incidentante, hubiese sido apreciada correctamente, habría conducido al sentenciador de segunda instancia a colegir *"que el memorial presentado por mi poderdante resultaba intrascendente"*, pues a la fecha de su presentación (27 de septiembre de 2019) tal medida estaba vigente, como quiera que su levantamiento solamente se adoptó el 22 de junio de 2020 y se comunicó el 6 de octubre siguiente, constituyendo ella, por sí sola, impedimento para que los dineros destrabados en el proceso ejecutivo, retornaran a la prenombrada accionada.



2.4. No es verdad que la solicitud elevada por el apoderado del banco mediante el memorial presentado el 27 de septiembre de 2019 haya sido *“la causa eficiente”* para que no se verificara el reintegro efectivo de los dineros embargados a la incidentante, de lo que se desprende que a tal pedimento esa autoridad *“no le dio ningún trámite”*.

La verdadera causa para que ello no hubiese tenido ocurrencia, fue la modificación que, en relación con el levantamiento del embargo, adoptó el Tribunal en la sentencia de segunda instancia dictada dentro del proceso ejecutivo, conforme la cual correspondía al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá verificar el alcance de las comunicaciones que la DIAN libró, informando que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., era deudora de impuestos, así como de la medida cautelar adoptada por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca en el proceso promovido por esa misma empresa.

3. Así las cosas, el impugnante concluyó que *“si de algo puede llegar a ser responsable mi poderdante, y con esto no estoy reconociendo que lo sea, es de los eventuales perjuicios que hubiera podido sufrir la ETB como consecuencia del embargo, los cuales, insisto, no está[n] probados en este trámite incidental, pero, en todo caso, solo hasta el 31 de enero de 2019, fecha de la sentencia de segunda instancia del ejecutivo, cuando el Tribunal supeditó la cancelación y el levantamiento de las medidas cautelares a la comprobación por parte del a-quo de una serie de circunstancias a las que dieron lugar autoridades diferentes de mi mandante”*.

4. Para terminar observó que la sentencia confutada debe ser casada y que, en la de remplazo, resulta obligatorio atender que las determinaciones adoptadas por el Tribunal limitaron “la responsabilidad del Banco incidentado ‘hasta el 12 de febrero de 2019, cuando el superior indicó el aserto de cancelación de cautelas y esta sede judicial obedec[ió] tal orden”.

## CONSIDERACIONES

1. Como se extracta del compendio en precedencia consignado, los tres cargos de que se ocupa ahora la Corte, con sustento en una misma causal de casación -la segunda-, versan sobre el daño y su deficitaria comprobación.

1.1. En efecto, en el segundo, en esencia, se rebatió que este elemento de la responsabilidad demandada estuviera constituido por “el embargo en sí mismo”, como lo concluyó el *ad quem*, y que, en tal virtud, esa autoridad lo tuviera por establecido con la demostración de la práctica de las medidas cautelares.

1.2. A su turno, la tercera acusación, partiéndose del mismo presunto error, cuestionó que, como resultado de él, el Tribunal no se percató de que el perjuicio denunciado fue la “**pérdida de [una] oportunidad**” y que, por lo mismo, no fue acreditado, toda vez que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., no probó “un preciso proyecto de negocio(...)” con el potencial de producir la rentabilidad por ella reclamada.

1.3. Y en el reproche final, el quinto, se aseveró que no fue la petición elevada por el apoderado del banco el 27 de septiembre de 2019 la que ocasionó la agravación del daño, sino que el factor determinante de ello fue la modificación que el mismo juzgador *ad quem* hizo al levantamiento de cautelas en la sentencia de segunda instancia del proceso ejecutivo, es decir, los condicionamientos a que sometió la efectividad de esa determinación -verificación del trámite legal de la comunicación remitida por la DIAN y de los alcances de la medida cautelar ordenada por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca a petición de la propia reclamante-, razón por la cual el censor, en definitiva, cuestionó que la liquidación del perjuicio se extendiera hasta la fecha del fallo combatido y, correlativamente, solicitó la reducción de la condena.

2. Esa coincidencia de los embistes y, como se verá, la circunstancia de que razones comunes orientarán su definición, son los factores que condujeron a la Sala a conjuntarlos.

3. Antes de abordar, en concreto, el estudio de las acusaciones auscultadas, como temas transversales relacionados con todas ellas, es necesario señalar los siguientes:

3.1. En primer lugar, recordar que por expreso mandato del numeral 2° del artículo 366 del Código General del Proceso, el error de hecho que da lugar al quebranto indirecto de la ley sustancial es solamente aquel que reúna las condiciones de ser “**manifiesto y trascendente**”, premisa que el artículo 344

de la misma obra desarrolló al señalar que “[s]i se invoca un error de hecho **manifiesto**”, el impugnante **“deberá demostrar[lo] y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia”** (negrillas fuera del texto).

Con ello el legislador destacó que no cualquier equivocación configura un yerro fáctico con virtualidad de ocasionar la rotura del fallo controvertido en casación, y que únicamente tienen tal carácter los defectos en que incurre el sentenciador al valorar los medios de convicción que lo conducen, por una parte, a arribar a conclusiones fácticas notoria y ostensiblemente contraevidentes, por chocar abierta y frontalmente con la realidad que aflora de la demanda, de su contestación o de las pruebas; y, de otra, a errar en la selección de las normas materiales para la definición del conflicto, porque termina haciendo actuar las que, en verdad, no lo gobiernan y, aparejadamente, deja de lado las que sí lo disciplinan, derivándose de todo, como una consecuencia directa de tales desaciertos, la incorrecta solución del litigio.

La Sala, en reciente fallo, observó que *“la notoriedad o evidencia del desatino radica en que su presencia debe hacer aflorar el apartamiento del juez del buen juicio, lo que ocurre cuando las inferencias que realiza con base en el material probatorio son contraevidentes y ello genera que el fallo desatienda la realidad emanada del proceso. Al recurrente no le basta contraponer su punto de vista con el del iudex[,] sobre el alcance o contenido de los elementos de convicción que considere no apreciados o erróneamente valorados; le es preciso confrontar lo expuesto en la decisión combatida con lo representado por el medio de prueba, para que de esa contrastación refulja la pifia. (...)*. Por

su parte, la trascendencia se halla demarcada por el influjo que pueda tener el error en la resolución adoptada para la litis, de modo que esta ha de ser determinante, es decir que, de no haber incurrido en el yerro, el sentido de lo decidido habría sido opuesto al que se consigna en la providencia impugnada” (CSJ, SC 040 de 16 de marzo de 2023, Rad. n°. 2016-00025-01).

3.2. Y, en segundo término, que en íntima conexidad con lo anterior, el numeral arriba mencionado, adicionalmente, impuso el requisito de que todos los cargos que se propongan en casación deben formularse “con la exposición de sus fundamentos (...) en forma clara, precisa y completa”, requerimiento que, en tratándose del error de hecho, aparece enfatizado, pues los yerros de tal linaje “se singularizará[n] con **precisión y claridad**, indicándose en qué consiste[n] y cuáles son en concreto las pruebas sobre las que recae[n]” (negrillas fuera del texto).

Dicha exigencia comporta la cabal reciprocidad del ataque con los verdaderos fundamentos que soportan las decisiones adoptadas en el proveído recurrido, en procura de que todas sus bases cardinales resulten efectivamente enervadas por el impugnante, porque solo así es factible su resquebrajamiento.

En palabras de la Corte, la adecuada sustentación de los reproches casacionales requiere “una refutación simétrica a la providencia objeto del ataque, de modo que, con base en tales planteamientos, resulten desvirtuados en su integridad los genuinos fundamentos en que se respalda esa determinación”, es decir, que

se torna “indispensable la plena correspondencia entre los argumentos que sustentan el fallo y los específicos desperfectos que por la vía de la violación de los preceptos materiales se denuncia, lo que se traduce en la completitud de la inculpación, traducida en la necesidad de no dejar por fuera del reproche ‘ninguno de los pilares esgrimidos por el juzgador de instancia’; y, en el enfoque de la censura, tópico atañadero a que ésta verse sobre ‘los verdaderos motivos que soporten el proveído generador de la inconformidad, y no sobre unos que no tengan tal carácter, surgidos de su inadecuada comprensión por parte del recurrente o de la inventiva de éste’ (CSJ, SC 18563-2016, 16 dic., rad. 2009-00438-01; CJS SC4857-2020, 7 dic., rad. 2006-00042-01) (CSJ, SC 3344 de 26 de agosto de 2021, Rad. n.° 2012-00021-01; se subraya).

4. Con tales bases generales se sigue, ahora sí, al estudio de los cargos en cuestión:

4.1. En cuanto hace a la segunda acusación, procede el siguiente análisis:

4.1.1. Mediante su formulación, el recurrente, en esencia, tildó de desatinada la conclusión del Tribunal según la cual “[e]l embargo en sí mismo es el hecho dañino”, habida cuenta que es fruto de la incorrecta apreciación, por su parte, de la demanda, su contestación y el memorial presentado por el apoderado del banco el 27 de septiembre de 2019, equivocación que lo condujo a tener por acreditado el daño con la sola demostración de la práctica de la medida cautelar.

4.1.2. Al respecto, es necesario insistir en que esa autoridad, previa reproducción del hecho octavo de la

demanda incidental y de los fundamentos en los que su gestora sustentó el juramento estimatorio allí contenido, expresó:

*Como se puede observar sin esfuerzo hermenéutico, el daño alegado por la incidentante se concreta **en haber sido ‘privada de sus derechos a disponer’ de los dineros objeto de las cautelas, para ‘la realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios’; lo que derivó como perjuicio no haber podido lograr u obtener unos rendimientos financieros que tasó en la suma de \$4.695.693.519 reclamada, con corte a 15 de marzo de 2019. Sólo explicó que la referida cifra resulta de aplicar la tasa del método WACC a la rata del 11.37 y 12.34, la primera para el año 2017, y la otra para los calendarios 2018 y 2019 (negrillas y subrayas fuera del texto).***

Seguidamente, tras compendiar los argumentos con los que el banco se defendió frente a la indemnización justipreciada y reclamada, para desestimarlos, señaló:

*En efecto, es un hecho cierto y con sólida prueba, el embargo de \$21.252.609.462 a la promotora incidental, a instancia de la convocada en este trámite; dineros que aquella tenía en las cuentas referidas en el libelo inaugural. Esa cautela fue decretada y se hizo efectiva en las fechas indicadas allí. El embargo en sí mismo es el hecho dañino que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria en este caso. Y se agrava el mismo por actitudes injustificadas de la misma incidentada, todavía posteriores al decreto del levantamiento de las cautelas (se subraya).*

4.1.3. Contrastados unos y otros argumentos, los del censor y los del sentenciador, la Sala colige el desenfoque de los primeros, pues al sostener que “[e]l embargo en sí mismo es el hecho dañino”, el tribunal *ad quem*, en manera alguna, consideró que dicha medida cautelar correspondiera al daño experimentado por la incidentante sino, lo que es bien distinto,

que ella fue la causa de su ocurrencia, toda vez que le impidió a la reclamante disponer de los dineros cautelados.

4.1.4. Mirado el planteamiento del Tribunal, sin sacarlo del contexto en el que se expresó, como lo hizo el impugnante, toda vez que centró la acusación únicamente en la frase atrás reproducida, se establece que esa Corporación diferenció, por una parte, el hecho generador del daño, teniendo por tal el embargo; y, por otra, el daño mismo, que fue la imposibilidad en que quedó la incidentante de ejercer “(...) ‘(...) *sus derechos a disponer’ de los dineros objeto de las cautelas” y, por ende, de utilizarlos para obtener unos “rendimientos financieros”.*

4.1.5. Es notorio entonces que, como resultado de la falta de simetría del cargo, el recurrente combatió un planteamiento que, en puridad, el fallador *ad quem* no efectuó y, correlativamente, dejó de combatir los verdaderos fundamentos aducidos por esa autoridad para colegir la existencia del daño, como elemento estructural de la responsabilidad demandada.

Sobre el particular, debe enfatizarse que ningún reparo formuló el censor frente, en primer lugar, del argumento relativo a que la aludida medida cautelar fue el acontecimiento provocante del daño irrogado a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (“*hecho dañino*”); y, en segundo término, respecto a que la afectación por ella sufrida, se concretó en que no pudo ejercer su derecho de disponer de los dineros retenidos (daño), lo que trajo como



consecuencia que no pudo utilizarlos, para obtener el beneficio económico que a título de indemnización persiguió.

4.1.6. Así las cosas, en la medida que la censura se concentró en un argumento ajeno al fallo combatido y, adicionalmente, dejó intacto el verdadero sustento del daño reconocido por el sentenciador de segunda instancia, forzoso es colegir que luce desenfocada e intrascendente sin que, por ende, haya lugar a su acogimiento.

4.2. En cuanto hace a la tercera acusación, se establece:

4.2.1. Como quiera que aparece soportada en el mismo desperfecto imputado en el cargo anteriormente estudiado, esto es, que el Tribunal asimiló el embargo solicitado, decretado y practicado con el daño experimentado por la incidentante, forzoso es reiterar el desenfoco de ese planteamiento, como en precedencia se dejó analizado.

4.2.2. Adicionalmente, es del caso agregar que el desacople del reproche en estudio sube de punto, porque no es verdad que el juzgador *ad quem* haya dejado de apreciar que, en el plano jurídico, el daño padecido por la incidentante pueda calificarse como la pérdida de una oportunidad y que ella no lo acreditó, en tanto no demostró la existencia de un específico proyecto en el que hubiera podido invertir los dineros retenidos y obtener así la rentabilidad reclamada.

Por el contrario, como ya se registró, dicha autoridad sí recabó en ello, al punto que consideró:

(...). *En efecto, ante la falta de prueba de una pérdida de oportunidad específica, de un preciso proyecto de negocio(...) que ofreciera una determinada rentabilidad, y visto que aquí no se trata de una responsabilidad contractual o de asunto relacionado con un determinado negocio jurídico de naturaleza mercantil, se impone aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual y proporcional por fracción de año y mes (subrayas y negrillas fuera del texto).*

4.2.3. Es que, como ya se analizó con amplitud, el Tribunal optó por aplicar los intereses civiles y la corrección monetaria, debido a que estimó que, fruto de haberse comprobado la responsabilidad del banco, más exactamente, todos los elementos axiológicos de la misma -culpa, daño y relación de causalidad-, y de no aparecer acreditado el *quantum* del perjuicio, precisamente, porque no se probó un proyecto específico de inversión del que la incidentante hubiere derivado la utilidad que liquidó, esa Corporación estaba obligada, en desarrollo del preámbulo y de los artículos 2º, 228 y 230 de la Constitución Política, así como de los cánones 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, a cuantificar el perjuicio en la forma como lo hizo.

4.2.4. Esos, que fueron los verdaderos argumentos en los que el sentenciador de segunda instancia sustentó la condena que impuso al banco, por virtud del advertido desenfoco, no fueron atacados, tornando la acusación, además, en intrascendente, toda vez que, al seguir en pie, continúan prestando suficiente apoyo a la sentencia de segunda instancia, cerrando el paso a la posibilidad de su derrumbamiento.

#### 4.3. Queda por ver lo tocante con el cargo quinto:

4.3.1. Es verdad que el Tribunal predicó la agravación del daño ocasionado a la incidentante, debido a que el apoderado del banco ejecutante solicitó, el 27 de septiembre de 2019, al juzgado del conocimiento *“se sirva poner a disposición de la DIAN los dineros que fueron embargados a la ETB”*, en consideración a la comunicación que esa entidad remitió al proceso, en donde señaló que aquélla le adeudaba, por concepto de impuestos, \$39.341.951.750.

Al respecto, esa Corporación señaló que *“actitudes injustificadas de la misma incidentada, (...) posteriores al decreto de levantamiento de cautelas”* contribuyeron *“a incrementar el daño”*, toda vez que luego de adoptarse esa determinación *“el apoderado de la promotora del ejecutivo, (...), presentó memorial el 27 de setiembre de 2019 solicitando al juzgado que no entregara esos dineros a la ejecutada, sino que los enviara a la DIAN, a pesar de que esta entidad ni siquiera reportó jamás a ese juicio compulsivo que hubiere proferido alguna medida cautelar sobre bienes de la ejecutada”*.

Adelante reiteró que, además de que el banco fue quien deprecó las cautelas, *“persistió en solicitar que se mantengan esos dineros por fuera del poder de disposición”* de la ejecutada, *“reclamando que sean entregados a la DIAN, sin fundamento ni legitimación para ello, lo que impidió que fuer[a]n entregados”*.

4.3.2. Tal deducción del estrado judicial *ad quem*, ciertamente, contradice lo actuado en el proceso ejecutivo,

toda vez que, como lo expresó el recurrente, la tardanza para que el juzgado del conocimiento entregara los dineros embargados y retenidos a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., no derivó de la solicitud elevada por el apoderado del banco el 27 de septiembre de 2019, sino de la modificación que el Tribunal, en la sentencia de 31 de enero de 2019, que dictó en ese asunto compulsivo, introdujo al levantamiento de cautelas ordenado por el juzgador *a quo* en el fallo apelado.

En efecto, dicha Corporación, además confirmar la sentencia recurrida, resolvió “**MODIFICAR** el numeral 3)” de su parte resolutive, el cual dejó así:

**3. ORDENAR** *la cancelación y levantamiento de las medidas cautelares decretadas y practicadas en este proceso, supeditado a que el a quo constate el trámite legal que corresponda a la comunicación remitida por la DIAN el 17 de julio de 2017 (fl. 188), teniendo en cuenta para ese efecto la medida de urgencia de suspensión de pagos decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 53-55 Cmedidas cautelares).*

En acatamiento de esas previsiones, el juzgado del conocimiento, en el auto de obediencia y cumplimiento a lo resuelto por el superior, que data de 12 de febrero de 2019, adoptó las medidas respectivas, ordenando a su Secretaría librar las comunicaciones necesarias para verificar el alcance de la información que con anterioridad habían transmitido al proceso ejecutivo, tanto la Dirección de Impuestos Nacionales como la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por consiguiente, pese a ser cierto que el apoderado judicial del banco ejecutante solicitó el 27 de septiembre de 2019 “*poner a disposición de la DIAN los dineros que le fueron embargados a la ETB*”, teniendo en cuenta la comunicación que dicha entidad remitió al proceso informando que la ejecutada le adeudaba la suma \$39.341.951.750.00 por concepto de distintos impuestos, también lo es que dicho pedimento no tuvo mayor injerencia en las medidas de verificación atrás aludidas.

4.3.4. No obstante ser ello así, detecta la Corte que la equivocada inferencia a que arribó la providencia criticada, precisada anteriormente, no fue la única causa para que dicha autoridad extendiera la liquidación que hizo de los perjuicios hasta la fecha misma de la sentencia confutada y que, por lo mismo, el advertido yerro carece de trascendencia.

En efecto, el juzgador de segunda instancia, a lo largo de su fallo, insistió en que “[e]s apropiado advertir, aunque luzca reiterativo, que los referidos dineros embargados a la incidentante, a pesar del tiempo transcurrido luego de levantada la cautela, siguen sin ser entregados a ella. Por lo menos, hasta el momento de proferir esta sentencia, en el expediente de la presente causa no se halla constancia ni acto alguno que dé cuenta, o siquiera permita inferir, que ya fueron entregados” (se subraya).

Adelante puntualizó:

*En efecto, ante la falta de prueba de una pérdida de oportunidad específica, de un preciso proyecto de negocio(...) que ofreciera una determinada rentabilidad, y visto que aquí*

*no se trata de responsabilidad contractual o de asunto relacionado con un determinado negocio jurídico de naturaleza mercantil, se impone aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual, y proporcional por fracción de año y mes. Y se reconocerá desde que se hicieron efectivas cada una de las cautelas hasta que se produzca el efectivo reintegro de aquellos dineros a la incidentista. Es que, de acuerdo con lo que obra en el dossier, todavía no le han sido devueltos como ya se dejó advertido con reiteración.*

*Es pertinente resaltar que el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia emitida el 20 de junio de 2018, tras acoger las excepciones de la entidad ejecutada, decretó el levantamiento del embargo y secuestro de los dineros afectados con esas cautelas; y la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia dictada el 22 de junio de 2020 decretó el levantamiento de la cautela ordenada en auto de 18 de octubre de 2017; decisión que comunicó al primer despacho mencionado, en oficio de 6 de octubre de 2020. Sin embargo, debe insistirse, actualmente se mantienen retenidos esos dineros, pues, nada sugiere siquiera que hayan sido entregados. Al contrario, como se dejó reseñado, al sustentar el recurso de alzada, el apoderado de la incidentante reiteró que sigue privada de la disposición de ese peculio; y se repite que a la fecha de la presente sentencia, no se halla en el proceso prueba o constancia de que ya hubieren sido entregados esos dineros a la incidentante (subrayas y negrillas fuera del texto).*

4.3.5. Significa lo anterior, que la otra causa para que la liquidación de perjuicios se extendiera a la fecha misma de la sentencia de segunda instancia objeto del recurso de casación fue que, por lo menos hasta esa calenda, los dineros cautelados continuaban retenidos y que, por lo mismo, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., seguía sin disponer de ellos.

Por supuesto que las pesquisas y trámites que debía adelantar el juzgador de primera instancia en el juicio ejecutivo, en aras de devolver los dineros embargados a la

ejecutada, son aspectos directamente relacionados con esa medida cautelar al punto de que sin esta no serían necesarias aquellas gestiones. Por contera, cualquiera tardanza en la devolución de los dineros aprehendidos seguía siendo producto de la cautela misma.

Desconocer tal situación y avalar que el cálculo de los intereses civiles e, incluso, la indexación ordenada por el tribunal, tuviera como límite temporal la sentencia de segundo grado que ordenó el desembargo de los bienes, implicaría desconocer que toda orden de levantamiento de una cautela genera trámites adicionales, que incluso pueden tardar meses como ocurre con la restitución de inmuebles, lo cual no se acompasa con el principio de reparación integral que aplicó el juzgador de última instancia en el *sub judice*.

Además, de resaltar que, al tenor del numeral 3 del artículo 443 del Código General del Proceso, similar al otrora literal b) del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, «[l]a sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares **y del proceso.**» (Resaltado impropio).

Este mandato traduce que, aún en el evento de que no exista agravación del daño por el extremo ejecutante, el tiempo empleado por la administración de justicia con el propósito de adelantar los trámites necesarios para el desembargo de los

bienes cautelados seguirá teniéndose en cuenta para calcular en el incidente de liquidación de perjuicios la indemnización a que tendrá derecho la parte ejecutada, si a este hubiere lugar por estar acreditados los presupuestos axiológicos para acceder a tal reparación.

4.3.6. De suyo, la agravación del daño que equivocadamente el Tribunal le imputó al banco no fue el factor determinante para que esa Corporación fijara, como límite de tiempo para la cuantificación de la condena que impuso al banco, la fecha misma de la sentencia objeto del recurso de casación que se desata (12 de noviembre de 2021), de donde el decaimiento del identificado argumento no conlleva a que se mojon temporal pueda correrse hacia atrás que, en definitiva, fue lo que pretendió el censor con el cargo, imposibilidad que deja al descubierto la inefectividad de la acusación, precisamente, por su intrascendencia.

5. Colofón de lo aquí estudiado, es el rotundo fracaso de los cargos precedentemente escrutados.

## **DECISIÓN**

Por mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 12 de noviembre de 2021, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, en el incidente de regulación de perjuicios plenamente identificado al comienzo de este proveído.



Costas del recurso extraordinario a cargo de su proponente. Como la parte opositora replicó en tiempo la demandada de casación, el magistrado ponente fija, por concepto de agencias en derecho, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales al momento de la liquidación, que deberá efectuarse en el momento procesal correspondiente.

Se reconoce al abogado Juan Fernando Bechara Porras como apoderado judicial de la incidentada en los términos del poder a él conferido.

**Notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

Presidente (E)

Salvamento parcial de voto

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO**

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

## **Firmado electrónicamente por:**

**Hilda González Neira**  
**Magistrada**

**Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo**  
**Magistrado**

**Luis Alonso Rico Puerta**  
**Magistrado**  
Salvamento parcial de voto

**Octavio Augusto Tejeiro Duque**  
**Magistrado**

**Francisco Ternera Barrios**  
**Magistrado**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: A7A8FC324C85D11B9CE6038D8A665FF30F41D2019EFB5FF48D0B0FE32A516063

Documento generado en 2023-08-31



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil y Agraria

**Radicación n.º 11001-31-03-029-2017-00334-01**

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Con pleno respeto por los integrantes de la Sala, que conformaron mayoría para proferir la sentencia que es materia de estas líneas, manifiesto mi disenso parcial con lo allí decidido, en cuanto ratificó el análisis sobre la causación y tasación de los daños que hiciera la colegiatura de segundo grado al resolver la solicitud incidental de liquidación de perjuicios elevada por la ejecutada-incidentante.

Aunque considero adecuadas las razones de técnica de casación que se esgrimieron para desestimar algunos de los cargos que propuso la parte recurrente, manifiesto mi disenso en torno al hecho de haberse presumido la existencia del daño, y haberlo cuantificado asumiendo como ciertos unos rendimientos sobre la suma cautelada que son simplemente hipotéticos.

Según se dejó sentado en los antecedentes del fallo de casación, el tribunal consideró que *«la incidentante no logró probar el quantum del perjuicio que sufrió con la medida cautelar cuestionada; pero, se insiste, hay cabal certeza jurídica de su causación»*. En mi opinión, esa afirmación requeriría precisiones adicionales a las expuestas, pues tratándose de

daños puramente patrimoniales, aseverar la existencia de una pérdida demanda su cuantificación.

A diferencia de los daños personales (lesiones físicas, la muerte, los daños morales, etc.), o de la destrucción o avería de una cosa, en los daños puramente patrimoniales no puede escindirse la causación y el *quantum* de la pérdida, pues son exactamente la misma cosa. Así, mientras es posible sostener que hay prueba de un daño físico, pero no de su efecto en el patrimonio de la víctima, no parece pertinente afirmar que está plenamente acreditada la existencia de un detrimento en el patrimonio de alguien, y a la par que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita cuantificarlo.

Lo expuesto se funda en el precedente de la Sala, que sobre esta problemática tiene decantado lo siguiente:

*«(...) Una última posibilidad interpretativa, que engloba todos los cuestionamientos de la censura (incluso el cuarto, por vía directa), **consistiría en aceptar que siempre que se embargue y secuestre una suma de dinero como resultado de un acto de abuso del derecho de la parte que solicitó esas medidas cautelares, se causan intereses moratorios para compensar el daño sufrido por la persona afectada.***

*Pero esta afirmación también es inadmisibile, porque confunde un ilícito extracontractual, como lo es el abuso del derecho, con un supuesto de mora en el pago. En efecto, si una persona priva a otra de determinado capital por un acto de abuso del derecho, esta última quedará obligada a compensar la pérdida sufrida por la víctima, pero no existe pauta jurídica alguna que lo obligue a hacerlo a través del reconocimiento de réditos moratorios, ni el agente queda constituido en mora desde que causó el daño.*

*Expresado de otro modo, si lo que se pide es la indemnización de un daño, naturalmente será esa la fuente de la obligación de reparar del agente-demandado; por tanto, acudir a circunstancias*

*externas del daño mismo para caracterizar esa obligación no es de recibo. En punto de lo anterior, tiene dicho la jurisprudencia: "(...) La mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento y siempre que, además, se dé alguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir (arts. 1610 y 1615 ibídem). Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor, o dicho de otro modo, 'la mora del deudor... consiste en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél (Casación 19 de julio de 1936, G.J. T. XLIV, pág. 65)...' y '...supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil' (Sent. Cas. Civ. de 10 de julio de 1995, Exp. No. 4540)» (CSJ SC, 13 may. 2010, rad. 2001-00161-01).*

*Es evidente, pues, que no es apropiado confundir la mora del deudor con el daño que produce quien priva a otra persona de la disposición de su dinero, por cualquier acción u omisión constitutiva de responsabilidad extracontractual. Quien infiere un daño injusto a otro tiene el deber de repararlo, pero solo incurrirá en mora cuando ese deber se concrete en una prestación cierta, de contornos definidos. Es decir, con un monto exacto de indemnización ya fijado y una fecha para su pago, lo que suele ocurrir sólo cuando se profiere el fallo que declara la responsabilidad, o cuando las partes, autónomamente, resuelven sus conflictos a través de cualquier medio autocompositivo.*

*En línea con ese razonamiento, la Corte ha sostenido lo siguiente: "Sobre el tema de la causación de réditos de la especie exigida [moratorios, se aclara], el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en lo pertinente reza: 'En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella'. Obsérvese, que el precepto alude al concepto de 'obligaciones mercantiles', por las cuales se entiende aquellas que provienen de 'actos o negocios comerciales', y también que tengan carácter 'dinerario', es decir, que su objeto consiste en la entrega por el deudor a su acreedor de una suma de 'dinero'; mientras que los 'intereses' pretendidos, tienen por*

*finalidad ‘indemnizar el daño’ a partir de la incursión en mora para cancelar el respectivo capital.*

*Sin embargo, en los eventos de responsabilidad civil extracontractual, modalidad a la que corresponde la invocada como fundamento de la súplica resarcitoria, aunque con carácter especial, **es claro que solo a partir de la concreción o cuantificación de aquella pueden generarse réditos**, dado que es en ese momento que se establece el monto en una suma líquida y la oportunidad para hacer el pago; empero no corresponden en este caso a los de naturaleza “mercantil”, porque no derivan de un ‘acto o negocio’ de esa índole, hallándose el sustento para su exigencia, en el artículo 1617 del Código Civil, y así lo ha entendido esta Corporación” (CSJ SC, 7 dic. 2012, rad. 2005-00327-01)» (CSJ SC109-2023).*

En los anteriores términos, dejo fundamentado el salvamento parcial de voto, con reiteración de mi respeto por los demás integrantes de la Sala.

Fecha *ut supra*,

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado**

## **Firmado electrónicamente por:**

**Luis Alonso Rico Puerta  
Magistrado**

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: A8EDB60DB42C6F5D4D37563D8DC9252CD4985633D6FBCB11398967D932F3F792**

**Documento generado en 2023-08-31**