



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

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado ponente**

**SC109-2023**

**Radicación n.º 11001-31-03-009-2018-00074-01**

(Aprobado en sesión de treinta de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso extraordinario de casación que interpuso la convocante frente a la sentencia de 21 de abril de 2022, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que promovió Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular Comcel S.A.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones.**

Llama Telecomunicaciones S.A. (en adelante, Llama) pidió declarar que su contraparte «*ejerció en forma temeraria o de mala fe acción judicial contra Llama Telecomunicaciones S.A., mediante demanda ejecutiva con acción mixta y medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, para cobrar y obtener el pago indebido de la suma*

*de \$3.451.451.171, más intereses de mora (...), con base en un pagaré con espacios en blanco que fue llenado con esa suma por Comcel».*

Por consiguiente, solicitó reconocer que Comunicación Celular Comcel S.A. (en adelante, Comcel) «abusó de su derecho subjetivo de perseguir la ejecución de las obligaciones sobre los bienes del deudor», por lo que es responsable de todos «los perjuicios por (...) lucro cesante causados» a la convocante, los cuales tasó en \$3.471.750.612.

## **2. Fundamento fáctico.**

2.1. Mediante sendos contratos, celebrados el 14 de junio de 1994, 1 de abril de 1997 y 7 de julio de 1998, la convocada encargó a Llama la «distribución de los productos y la comercialización de los servicios de Comcel» en la zona occidental del territorio nacional.

2.2. El 12 de agosto de 2005 las partes ajustaron otro negocio jurídico en términos similares, pero ahora referido a la región oriental del país.

2.3. Concomitante con la celebración de este último convenio, Llama otorgó un pagaré con espacios en blanco en favor de Comcel, que garantizaría el pago de las obligaciones que pudieran surgir de esa específica negociación.

2.4. Mediante laudo arbitral de 15 de mayo de 2013, se declaró que los tres convenios iniciales correspondían a un contrato de agencia comercial, extendido entre el 14 de junio

de 1994 y el 9 de febrero de 2011. Por lo anterior, se condenó a Comcel a pagar a Llama una suma aproximada de \$9.000.000.000, a título de cesantía comercial.

2.5. Concomitante con la iniciación del trámite arbitral, Comcel presentó para el cobro ejecutivo el pagaré previamente reseñado, y reclamó \$3.451.451.171 a título de capital. Al diligenciar los espacios en blanco de ese documento, el acreedor desatendió las instrucciones dadas por Llama, pues incluyó débitos ajenos al contrato de 12 de agosto de 2005, del que apenas existía un saldo a cargo de Llama de \$255.163.667.

2.6. Durante el juicio ejecutivo, Comcel pidió embargar y secuestrar todos «*los dineros que existan por concepto de créditos a cargo de Comcel y a favor de Llama Telecomunicaciones*». Decretada esa cautela, el 4 de junio de 2013 la propia ejecutante (Comcel) consignó \$5.177.100.000 a órdenes del juez de la ejecución –límite del embargo decretado–, monto que correspondía a parte de la condena que se le había impuesto en el procedimiento arbitral aludido.

2.7. Mediante sentencia de 24 de noviembre de 2016, confirmada el 20 de junio del año siguiente, se ordenó que el recaudo ejecutivo prosiguiera solamente por el capital que realmente adeudaba Llama a Comcel (\$257.395.440), junto con sus intereses moratorios.

2.8. En firme esa decisión, y aprobada la liquidación del crédito, el 21 de julio de 2017 se dispuso la devolución a

Llama de los saldos embargados en exceso, que ascendían a \$4.570.462.334.

2.9. El abuso cometido por Comcel de su derecho a litigar «causó graves perjuicios a Llama», los cuales «ascienden a la suma de \$3.471.750.612, que corresponden únicamente al lucro cesante de los rendimientos financieros que debió producir la suma indebidamente embargada (de \$4.570.462.334) entre el 4 de junio de 2013 y el 21 de julio de 2017».

### **3. Actuación procesal.**

3.1. Enterada del auto admisorio, la convocada excepcionó «inexistencia del derecho pretendido»; «falta de causa para demandar»; «demanda infundada»; «inexistencia de perjuicios»; «carencia del derecho pretendido»; «inexistencia de la temeridad endilgada»; «inexistencia del abuso del derecho endilgado»; «legitimidad en el diligenciamiento del pagaré en la época en que esto ocurrió y derecho legítimo de presentar y tramitar el proceso ejecutivo»; «cosa juzgada respecto de la mala fe endilgada»; «compensación» y «procedería la indexación, mas no los intereses corrientes».

3.2. Comcel también presentó demanda de mutua petición, reclamando el pago de \$1.914.006.906, o la «suma que resulte probada en este proceso», por concepto de saldos a cargo de la convocante principal, la liquidación de todos los contratos a los que se hizo previa alusión.

3.3. En audiencia de 20 de enero de 2022, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá desestimó la demanda

principal, y acogió la de reconvención. En consecuencia, condenó a Llama a pagar \$1.914.066.906, junto con los réditos de mora causados a partir de la fecha de presentación de la demanda de mutua petición.

### **SENTENCIA IMPUGNADA**

Al resolver la alzada que interpuso la sociedad demandante, el *ad quem* modificó lo decidido en primera instancia, para revocar la condena impuesta a Llama y negar todos los reclamos de la demanda de reconvención. Esta determinación no es objeto de debate en sede de casación, toda vez que la parte interesada –Comcel– no expresó su inconformidad al respecto.

De otro lado, la desestimación del *petitum* de la demanda principal fue refrendada, con apoyo en las razones que a continuación se compendian:

(i) No es posible sostener, como lo hiciera la juzgadora de primer grado, que «*únicamente se podían reclamar en el mismo proceso ejecutivo donde se causaron los perjuicios generados por la práctica de unas medidas cautelares exorbitante, fundadas en la ejecución de una cuantiosa suma de dinero, no respaldada en su mayoría por el cartular báculo del recaudo*». Lo anterior en tanto que, «*la legislación procesal civil no ha restringido en manera alguna el derecho del perjudicado con el litigio y las medidas ejecutivas en él materializadas, por resultar victorioso con todas o algunas de excepciones propuestas*».

(ii) Sin embargo, el reclamo indemnizatorio formulado en la demanda principal no está llamado a prosperar. Aunque Comcel, deliberadamente, diligenció un pagaré y promovió su recaudo «*contrariando las instrucciones emitidas para ello*» –como lo reconocieron los jueces de la ejecución–, lo cierto es que «*ninguna prueba fue adosada por la precursora del libelo principal (...), que refrende que el monto cautelado generaría la utilidad [reclamada], máxime cuando no se acreditó alguna inversión dejada de materializarse con ocasión de la consumación de la medida [cautelar]*».

(iii) Así las cosas, «*ante la falta de demostración del perjuicio, ninguna consideración corresponde hacer a la Sala sobre la labor efectuada por la accionante para probar la cuantía del detrimento reclamado, la validez del peritaje arrimado para acreditar su quantum, el juramento estimatorio efectuado con tal propósito en la demanda principal y la correspondiente objeción presentada por la convocada, pues la falencia suasoria memorada respecto del detrimento reclamado, impide ahondar en el estudio de su cuantía*».

## **DEMANDA DE CASACIÓN**

Llama interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia. Al sustentarlo formuló cuatro cargos, tres de ellos con base en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, y el postrero con sustento en la causal primera.

### **CARGO PRIMERO**

Se acusó al fallo que clausuró las instancias ordinarias de infringir, de manera indirecta, los artículos 95-1 de la

Constitución Política; 78-2, 80, 443-3 y 597-10 del Código General del Proceso; 830 del Código de Comercio; 1608, 1612, 1613, 1615, 1617-2, 1649 y 2341 del Código Civil, y 111 de la Ley 45 de 1990, como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación del laudo arbitral de 15 de mayo de 2013. En desarrollo de esta censura, explicó la demandante principal:

(i) De haberse apreciado de manera correcta la parte resolutive del laudo, el tribunal se habría dado cuenta de que *«todas, absolutamente todas, las condenas hechas en contra de Comcel S.A. y en beneficio de Llama Telecomunicaciones S.A., devengaban intereses, aún antes de la expedición del laudo según se reconoció en esa providencia con alcance de cosa juzgada»*.

(ii) En ese escenario, es contraevidente *«negar la productividad del dinero congelado por obra de las medidas cautelares forzadas por Comcel S.A., si es que antes de la expedición del laudo ya se generaban dichos intereses, luego la prueba del devengo reposa en el expediente y el Tribunal no la vio (...). Si antes de la expedición del laudo las cantidades debidas a título de indemnización de estirpe contractual producían intereses, nada explicaría que, una vez expedido el laudo, se produjera] una especie de esterilización de los beneficios esperados del capital debido, como si pasasen del oasis al desierto»*.

(iii) Al exigir la prueba de un proyecto económico frustrado por causa de las excesivas cautelas, el *ad quem* pasó por alto *«el oficio de registro del embargo de que da cuenta el texto del laudo (...), que fue radicado en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 28 de enero de 2013»* así como la *«parte resolutive del laudo en la cual se ordena poner a disposición del Juzgado los dineros*

*reconocidos en favor de Llama Telecomunicaciones y embargados por iniciativa de Comcel S.A., tal como se dispuso en la resolución Cuadragésima Segunda tomada por el Tribunal Arbitral».*

*(iv) De haberse valorado adecuadamente esos dos elementos de juicio, se habría colegido forzosamente que «el derecho de crédito reconocido en el laudo como activo de Llama Telecomunicaciones S.A. nació muerto, pues era imposible disponer de él, primero, porque era una simple expectativa, es decir, el evento incierto de la litis, y luego, porque convertido en crédito quedo esterilizado por mandato del artículo 1521 del Código Civil, que por ilicitud del objeto, impide cualquier acto respecto de ese derecho que nació embargado».*

*(v) Bajo ese entendido, «la exigencia de prueba de una “inversión dejada de materializarse...” riñe con el sentido común, pues resultaba imposible para Llama Telecomunicaciones S.A. planear una inversión, por cuanto hallándose el derecho en estado larvario en su carácter de litigioso, como contingencia o posibilidad apenas en ciernes, no permitía responsablemente planear una inversión (...).».*

## **CARGO SEGUNDO**

Tras acusar al tribunal de transgredir, por vía indirecta, los mismos preceptos invocados en el cargo inaugural, la actora adujo:

*(i) El análisis de las piezas procesales que componen el trámite arbitral refleja «la naturaleza contractual de los fondos congelados ilegalmente como consecuencia de las medidas cautelares», puesto que «el pagaré que sirvió de soporte a la ejecución en la cual hubo el exceso y abuso (...) es un instrumento contractual de garantía*

*del cual se aprovisionó Comcel S.A. como parte esencial de un programa contractual cumplido en el escenario del contrato de agencia».*

(ii) Al obviar este aspecto medular del litigio, así como los elementos de juicio que lo corroboran, el tribunal no advirtió la necesidad de aplicar a este asunto la regla que prevé el canon 1617-2 del Código Civil, «*de conformidad con la cual, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero (...) “[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”*».

(iii) De manera equivocada, se concluyó «*que con la expedición del laudo y la consignación de las condenas a órdenes del Tribunal de arbitraje, cesaba la mora, sin tomar en cuenta que el estado de retardo culpable proseguía, pues sin solución de continuidad, los fondos constitutivos del crédito reconocido en beneficio de Llama Telecomunicaciones S.A., migraron del Tribunal Arbitral para quedar inmediatamente congelados en el proceso ejecutivo por virtud del embargo ilícito provocado allí por Comcel S.A. en uso de la garantía otorgada en desarrollo del contrato de agencia mercantil*».

(iv) En estricto sentido, «*el retardo culpable de Comcel S.A. se mantuvo, solo cambió el título de imputación, primero fue el incumplimiento del contrato de agencia mercantil, luego la imposibilidad de recaudo real por obra del ejercicio abusivo de la garantía contractual, el pagaré, otorgado como extensión del mismo contrato*».

### **CARGO TERCERO**

Insistiendo en su acusación por la senda indirecta, así como en las normas sustanciales que se invocaron como quebrantadas, la recurrente arguyó:

(i) Según lo consignado en la parte resolutive del laudo arbitral, la mora de Comcel no inició con el proferimiento de ese fallo, sino con el incumplimiento del contrato de agencia comercial. Los árbitros previeron la efectiva causación de una pérdida a título de lucro cesante, al reconocer de antemano intereses de mora sobre las sumas que integraron la condena.

(ii) El fallador de segundo grado no reparó en esa circunstancia, omitiendo así *«el examen de las condenas hechas en la resolución número trigésimo novena, las que contienen sin atenuantes, la prueba demostrativa de la naturaleza contractual de la relación entre Llama Telecomunicaciones y Comcel S.A., así como el estado de mora de Comcel S.A., [el cual] se mantuvo por obra de las medidas cautelares abusivas»*.

(iii) De no haberse cometido ese yerro de valoración, el tribunal *«hubiera aplicado la regla segunda del artículo 1617 del C.C. y por ende hubiera admitido que los intereses de mora constituyen el lucro cesante reclamado en la demanda y que no era menester la prueba de un proyecto económico específico (...) frustrado por las cautelas»*.

#### **CARGO CUARTO**

Se denunció la trasgresión directa de los artículos 95-1, de la Constitución Política; 78-2, 80, 94, 443-3 y 597-10 del Código General del Proceso; 830 del Código de Comercio; 1608, 1612, 1613, 1615, 1617-2, 1649 y 2341 del Código Civil y 111 de la Ley 45 de 1990. Esta censura puede sintetizarse así:

(i) A pesar de dar por probados *«todos los presupuestos de la imputación a Comcel S.A. a título de culpa»*, el *ad quem* desestimó la demanda principal por no encontrar acreditado el daño objeto del reclamo indemnizatorio, citando como respaldo algunos precedentes jurisprudenciales que, o son impertinentes, o contradicen la idea de un *«proyecto económico frustrado»* como presupuesto del resarcimiento.

(ii) La colegiatura de segundo grado también dejó de lado varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que darían cuenta de *«la idea de que la regla prevista en el numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil es aplicable también a la responsabilidad extracontractual»*.

(iii) Siendo claro que *«el laudo arbitral no solamente hizo una condena concreta, sino que reconoció que la cifra más importante reconocida en dicha providencia estaba en mora de ser satisfecha, mucho antes de ser proferido el laudo»*, resultaba ineludible que se aplicara *«la regla segunda del artículo 1617»*, de modo que *«Llama Telecomunicaciones S.A. no tenía por qué justificar los perjuicios recibidos, pues solo cobraba los intereses»*.

(iv) No existe fundamento legal o jurisprudencial que permita *«discriminar a la víctima en la responsabilidad extracontractual, imponiéndole la carga desmedida de probar los perjuicios derivados de la privación del uso de una suma de dinero, exigencia esa que impone una distinción absolutamente inicua»*.

(v) Los artículos 283 del Código General del Proceso y 16 de la Ley 446 de 1998, elevan a la equidad y a la reparación integral a la categoría de principios, sin distinguir

la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil. Por tanto, «*se impone una nueva lectura de la aplicación del artículo 1617 en materia extracontractual*».

(vi) Dada la «*ausencia de una distinción fáctica, y en presencia de un episodio de privación del uso del dinero, como el que ilustra la presente causa, nada explicaría que se dejara de aplicar el numeral 2º del artículo 1617, que exonera de prueba, bajo la presunción de la vocación productiva del dinero, con lo cual el Tribunal en la sentencia ahora acusada violó por falta de aplicación el precepto citado*».

## **CONSIDERACIONES**

### **1. El abuso del derecho en la solicitud de medidas cautelares.**

1.1. A partir de la década de 1930 (*Cfr.* CSJ SC, 5 ago. 1937, G. J. t. XLV, pág. 418; CSJ SC, 24 ago. 1938, G. J. t. XLVII, pág. 54; o CSJ SC, 24 mar. 1939, G. J. t. XLVII, pág. 742, entre otras), esta Corporación ha venido reconociendo, de manera reiterada y uniforme, la posibilidad de que una persona, actuando en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, cause un daño injusto a otra y, por lo mismo, deba repararla.

Naturalmente, el ejercicio del derecho que es causa del daño injusto tendrá que ser ilegítimo; de lo contrario, no existiría ninguna incorrección en esa conducta (ejercer un derecho), haciendo inviable la atribución de pérdidas ajenas. Tal como lo explicó la Sala en fechas recientes,

«(...) el ordenamiento legal dispensa a los coasociados diversas herramientas jurídicas para defender sus derechos subjetivos en sede jurisdiccional cuandoquiera que sean amenazados o desconocidos; sin embargo, tal poder de acción **no es absoluto**, irrestricto ni ilimitado, pues debe ejercerse, en cada caso, acorde con su finalidad y sin la intención de hacer daño a los demás. De ahí que ese poder de acción encuentra sus límites en el respeto de los atributos de los demás sujetos o, mejor dicho, en la prohibición genérica impuesta a cada persona de abusar de sus derechos, so pena de tener que indemnizar los daños irrogados a terceros.

(...) [N]o es que el sistema jurídico le restrinja al sujeto iuris el legítimo ejercicio de sus prerrogativas, porque se lo garantiza a plenitud, **solo que impide abusar o exceder**, de cualquier forma, del marco de legalidad que las rige. Es así como el artículo 95 de la Constitución Política contempla, en su numeral primero, la obligación que tienen los habitantes de “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, lo cual evidencia que los derechos subjetivos no son absolutos, sino relativos y su ejercicio debe hacerse con miramiento al fin social para el cual fueron creados por el sistema jurídico y dentro del ámbito y límites que él consagra. Queda claro, entonces, que, a la luz del ordenamiento positivo, los derechos subjetivos tienen restricciones, por lo que deben ser utilizados por su titular de acuerdo con su finalidad y sin la intención de dañar a los demás, pues de hacerlo con este último propósito el responsable debe resarcir los daños que ocasione a terceros» (CSJ SC1066-2021).

1.2. Las consideraciones expuestas son perfectamente aplicables al derecho de acceso a la administración de justicia –consagrado en los artículos 229 de la Constitución Nacional y 2 del Código General del Proceso–, en virtud del cual se reconoce a todas las personas la potestad de elevar reclamos ante las autoridades judiciales, en procura de garantizar la efectividad de sus derechos sustanciales.

Ello significa que el derecho a presentar una demanda ante la jurisdicción también puede ser ejercido de forma abusiva, lo que ocurrirá siempre que la parte convocante,

amén de haber promovido la acción judicial sin fundamento –es decir, sin ser el titular del derecho sustancial que reclama–, actúe con temeridad, negligencia o con la intención manifiesta de agraviar al demandado. En ese sentido, en CSJ SC3930-2020 se explicó lo siguiente:

*«[E]l ejercicio del derecho a litigar es una prerrogativa que, si bien puede generar consecuencias negativas para quien tiene que resistir la pretensión, **sólo comporta el débito indemnizatorio cuando a través de ella se busque agraviar a la contraparte o se utilice de forma abiertamente imprudente.** Bien ha pregonado “la jurisprudencia y la doctrina [que] el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que puede configurar la responsabilidad civil extracontractual de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida” (SC, 14 feb. 2005, exp. n.º 12073).*

*En estos casos, 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, 1º nov. 2013, rad. n.º 1994-26630-01). Son ejemplos de uso abusivo de las vías legales, entre otros, (i) la interposición de una acción temeraria basada en el albur del proceso y sin consideración al derecho en discusión (SC, 28 sep. 1953); (ii) el desistimiento de un proceso inesperadamente para evitar un inminente fallo adverso que diere la victoria a la contraparte; o (iii) la promoción de un compulsivo sin fundamento ni respaldo (SC, 15 dic. 2009, rad. n.º 2006-00161-01)».*

1.3. En el caso *sub examine*, el problema no está directamente vinculado con la presentación de una demanda

abusiva, sino con un aspecto más puntual del litigio, que pudiera describirse como la muy excesiva proporción –aquí, de más del 2000% (dos mil por ciento)– de los recursos que fueron embargados y secuestrados por cuenta del acreedor en un proceso ejecutivo previo, con respecto de la *verdadera* prestación insoluta a cargo del deudor.

En ese escenario, cabe añadir que la posibilidad de solicitar medidas cautelares –como el embargo y secuestro de bienes– también es un derecho, pero para adquirir su titularidad, resulta menester probar cierto privilegio jurídico con relación al patrimonio del demandado, como el que podría otorgar la condición de acreedor de una obligación que consta en título ejecutivo, o la de beneficiario de una condena pecuniaria impuesta por un funcionario judicial, mediante sentencia vigente –aunque no haya cobrado ejecutoria– (arts. 444, 590, 593 y 594 del Código General del Proceso).

La excepcionalidad de esta prerrogativa se explica por su fuerte impacto en la existencia del demandado, quien podrá verse privado del uso, goce y disposición de sus bienes antes de haber sido oído y vencido en juicio. De ahí que el embargo y secuestro solo procedan en cierto tipo de proceso –en los que el legislador asume la presencia de una sólida apariencia de buen derecho en el demandante–; o que el solicitante de esas medidas deba prestar caución para practicarlas –por defecto en los procesos declarativos (art. 590-2, *ib.*), o a petición de parte en los juicios ejecutivos (art. 599-5, *ib.*)–; o que, ante el fracaso del *petitum*, con el

levantamiento de cautelas se imponga condena preceptiva de perjuicios, incluso de oficio (art. 597-10, *ib.*).

Ese panorama refleja, adicionalmente, que, en lo que concierne con el derecho al reclamo de imposición de cautelas, la potencialidad dañosa siempre está latente. Por tanto, si el decreto de una medida cautelar obedece al actuar doloso o gravemente descuidado de quien la solicitó, emerge adecuada la atribución a esa persona de todas las secuelas negativas padecidas por su contraparte. De este modo lo ha decantado la Sala de Casación Civil:

*«La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las trasgresiones del derecho entre los particulares (...), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. **Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo** en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, **degenera en abuso del derecho de litigar** y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil.*

*El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (artículo 274, inciso 1º), al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (artículo 283) al exigir fianza previa al acto del embargo (artículo 274, inciso 3º), para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no ya solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez a mil pesos (artículo 1021), en todos esos casos (...) muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que **la sanción del abuso del derecho de litigar,***

*caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro **privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes**, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, **y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor**» (CSJ SC, 30 oct. 1935, G. J. t. XLIII, pág. 310).*

Por idéntico sendero, en CSJ SC, 24 ene. 2005, rad. 1994-02131-01, se dijo:

*«(...) El acreedor, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 2488 del Código Civil, puede embargar y secuestrar bienes para, llegado el caso, cubrir su crédito, los intereses y las costas del proceso. Derecho que, sin embargo, no es absoluto, porque el artículo 2492, ibídem, en concordancia con el artículo 513-8 del Código de Procedimiento Civil, lo limita “a lo necesario”, a la par que, como es apenas obvio, únicamente puede recaer sobre bienes embargables del deudor y no de terceros.*

*En el ejercicio de esa facultad, el acreedor incurre en abuso del derecho, generador de responsabilidad civil, cuando las medidas cautelares que a instancia suya se practican son excesivas, a pesar de lo cual las mantiene, y cuando las mismas se proyectan sobre bienes que no son del deudor. La Corte tiene explicado que constituye abuso del derecho embargar “bienes del ejecutado en cuantía que exceda los límites legales” (sentencia de 2 de diciembre de 1993), mantener “medidas que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida” (sentencia de 11 de octubre de 1973), y comprometer “haberes pertenecientes a terceros” (sentencia de 27 de mayo de 1964).*

*En tales eventos, al demandante le corresponde demostrar el daño causado, la culpa del demandado y la relación de causalidad entre ésta y aquél. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que el “empleo abusivo de las vías de derecho, sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con*

*la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el demandante acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquellas” (sentencia de 12 de julio de 1993)».*

Y en fechas más recientes, la Corte reiteró:

*«En tratándose de cautelas está fuera de duda que el acreedor, por mandato de los artículos 2488 y 2492 del Código Civil, puede acudir a ellas con el fin de asegurar los bienes del deudor y pretender la realización de su crédito, junto a los intereses y gastos de cobranza. Posibilidad que no es absoluta, por cuanto se entiende que **sólo se podrá hacer uso de ella cuando reporte un beneficio para el acreedor y se limite a lo necesario para satisfacer su interés**, tasado en el duplo de la obligación insatisfecha, “salvo [cuando] se trata de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garantizan aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad” (artículo 513 del Código de Procedimiento, equivalente al canon 599 del Código General del Proceso).*

*(...) Tales normas, como es sabido, guardan estrecha relación con lo preceptuado por el artículo 513, inciso 8º del Código de Procedimiento Civil, en cuanto faculta al juez para que, al decretar medidas precautorias las limite ‘a lo necesario’, de tal manera que ellas no excedan el ‘doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas’, salvo, claro está, que se trate de un solo bien gravado con hipoteca o prenda, o cuando por su división se ‘disminuya su valor o su venalidad’ (SC, 2 ago. 1995, exp. n.º 4159).*

*De allí que se considere abusivo el embargo innecesario de bienes en un proceso ejecutivo (SC, 9 ab. 1942); la cautela sobre la totalidad de los bienes del deudor sin justificación (SC, 11 oct. 1973, G. J. CXLVII, n.º 2372 a 2377); la omisión en el destrabamiento de bienes que no prestan ninguna garantía para la efectividad de la obligación perseguida (ídem); o la ejecución de un deudor con cautelas excesivas respecto al crédito que se cobra (SC, 2 dic. 1993, exp. n.º 4159)» (CSJ SC3930-2020).*

## **2. Recuento del debate.**

2.1. En líneas generales, en este juicio el tribunal tuvo por probado que entre las partes existió una relación comercial, instrumentada en cuatro convenciones distintas. Tres de ellas, de fechas 14 de junio de 1994, 1º de abril de 1997 y 7 de julio de 1998, fueron materia de disputa en un procedimiento arbitral, que culminó con la expedición del laudo de 15 de mayo de 2013.

En esa providencia, se declaró que aquellos negocios jurídicos correspondían a contratos de agencia mercantil, y se condenó a la convocada a pagar «a) \$4.0114.020.940 por concepto de la prestación del inciso primero del artículo 1324 de Código de Comercio (...); b) \$547.518.226 por concepto de valores de los descuentos y penalizaciones (...); c) \$343.654.898 por concepto de bonificaciones causadas y no pagadas (...); d) \$79.476.005 por concepto de daño emergente (...); [y] e) \$300.000.000 por concepto de lucro cesante». Asimismo, se dispuso el reconocimiento de los réditos moratorios causados «desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a Comcel».

Para cumplir esa orden, Comcel entregó a Llama un cheque por valor de \$3.765.344.869, que cobijaba solo una parte de las referidas condenas. El saldo, de \$5.177.100.000, lo consignó en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali, donde se tramitaba un proceso ejecutivo promovido por la propia Comcel en contra de Llama. Esto último lo hizo en atención a una medida de

«embargo de derechos litigiosos» que decretó el juez de la ejecución, mediante auto de 29 de noviembre de 2012.

En ese compulsivo, Comcel pretendía el cobro de un pagaré, por un importe de capital de \$3.451.451.171. Sin embargo, mediante fallo de 24 de noviembre de 2016, el aludido juez *a quo* declaró probada la excepción denominada «cobro de lo no debido», advirtiendo que el título valor, otorgado en blanco, solo podía ser llenado con obligaciones atinentes a un cuarto contrato (celebrado el 12 de agosto de 2005), y no con las deudas que pudieron haber quedado pendientes en la liquidación de los tres pactos iniciales, sobre cuya suerte, además, se había pronunciado el tribunal arbitral.

Por lo anterior, redujo la cuantía del capital de la deuda a \$257.395.440, decisión que refrendó en su integridad la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 20 de junio de 2007. Así las cosas, como los recursos cautelados excedían el total de la obligación a cargo de la ejecutada, el 21 de julio siguiente –tan pronto cobró ejecutoria el auto de que trata el artículo 446 del Código General del Proceso–, se entregaron a la ejecutante (Comcel) \$606.637.666, monto correspondiente a la liquidación del crédito aprobada. En esa misma calenda, se restituyeron a Llama los \$4.570.462.334 restantes.

A partir de estos hechos, que no se discuten, Llama pretendió atribuir a su contraparte la obligación de resarcirle la pérdida patrimonial que tuvo que soportar como consecuencia de las referidas medidas cautelares de embargo

y secuestro, que consideró abusivas. El detrimento alegado se hizo consistir en el «(...) *lucro cesante de los rendimientos financieros que debió producir la suma indebidamente embargada (de \$4.570.462.334) entre el 4 de junio de 2013 y el 21 de julio de 2017*».

2.2. Ya en lo que respecta a la presente actuación declarativa, el funcionario de primer grado descartó pronunciarse sobre la abusividad alegada, bajo el pretexto de que esa temática solo podía ventilarse ante el juez de la ejecución. Sin embargo, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra esa decisión, el tribunal rebatió aquella tesis –con apoyo en el precedente consolidado (*Cfr.* CSJ SC3930-2020, ya citada)–, advirtiendo que en el proceso ejecutivo referido ni siquiera habría sido viable discutir sobre los daños que ahora se alegan, pues las excepciones de Llama solo prosperaron parcialmente.

A renglón seguido, dicha colegiatura advirtió que Comcel sí había abusado de su derecho, pues a pesar de que solo se le adeudaba un capital de \$257.395.440, pidió que se librara orden de pago contra Llama por una suma mucho más elevada (\$3.451.451.171), reclamando, además, el embargo y secuestro de \$5.177.100.000; todo lo anterior, prevaliéndose de un título valor cuyos espacios en blanco fueron diligenciados en abierta oposición a las instrucciones predispuestas por el deudor cambiario, a sabiendas.

En palabras del tribunal,

*«(...) es evidente que si la sociedad promotora de la acción ejecutiva, esto es, Comcel S. A. teniendo precisas instrucciones para llenar el título valor, optó por soslayarlas e incluir en este instrumento negocial obligaciones que no era dable respaldar en tal documento, y apoyada en el cuantioso monto allí consignado, deprecó considerables medidas que aseguraran el cumplimiento de tal cifra, se extralimitó en el ejercicio de sus prerrogativas y abusó del derecho a litigar.*

*Lo anterior es así, porque, aunque en virtud de lo previsto por el artículo 622 del Estatuto Mercantil, el tenedor legítimo de un título valor está legitimado para diligenciarlo, tal derecho no es absoluto, pues debe hacerlo acorde con las instrucciones impartidas para el efecto, facultad que trasgredió Comcel S.A. al consignar en el cartular créditos diferentes al que se había habilitado depositar en éste. Sumado a lo anterior, la referida sociedad, amparada en el derecho a reclamar el pago del valor registrado en el pagaré, y en lo previsto en el artículo 2488 del Código Civil, persiguió los bienes de su deudora, hasta el límite máximo legal permitido, logrando el decreto y materialización de unas cautelas que superaban ampliamente la suma que realmente garantizaba tal instrumento.*

*Ante tal panorama, espalmario que Comcel S.A. abusó del derecho a demandar al incoar la acción ejecutiva sin consideración a las obligaciones puntuales que podía incluir en el documento, y al obtener la práctica de un embargo de una suma de dinero bastante superior a la que, según las prerrogativas legales y convencionales, era dable perseguir, al punto que superaba un poco más de siete veces la adeudada.*

*(...) En suma, aun cuando Comcel S.A. al iniciar la ejecución lo hizo en desarrollo de una prerrogativa consagrada en la ley, sí incurrió en desvíos en ejercicio de sus derechos de acreedor, pues desatendió el tenor de las instrucciones impartidas para su diligenciamiento y anotó todas las obligaciones pendientes de solución, derivadas de la relación comercial con Llama Telecomunicaciones S.A., pese a que solo le era posible incluir las originadas de la ejecución del contrato celebrado en el año 2005».*

Con todo, para esa colegiatura la prueba del monto de la pérdida patrimonial alegada sería insuficiente. Es decir, Llama no habría acreditado cuáles fueron los rendimientos o utilidades que esperaba recibir en el lapso (de cuatro años y

un mes) durante el cual una elevada cantidad de dinero de su propiedad (\$4.570.462.334) permaneció en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali, como resultado del obrar abusivo de la demandada.

2.3. Para combatir la única premisa en la que se funda la desestimación de las pretensiones de la demanda principal, la recurrente propuso tres argumentos:

(i) En todos sus cuestionamientos por vía indirecta (cargos primero a tercero), sostuvo que existe un yerro en la valoración probatoria, relativo a la relación jurídica antecedente que existió entre Llama y Comcel, y que estaba determinada por la acusación de intereses moratorios, dada la fuente mediata –la relación contractual de agencia– o inmediata –la condena impuesta en el laudo– de la obligación de pagar el dinero que fue abusivamente cautelado.

(ii) En el primer cargo también se denunció al *ad quem* por haber reclamado la prueba de «*alguna inversión dejada de materializarse con ocasión de la consumación de la medida [cautelar]*», perdiendo de vista que los recursos fueron objeto de aprehensión mucho antes de que se dictara el laudo arbitral, es decir, cuando el crédito seguía sometido a las contingencias propias de la litis. En ese escenario, no podía exigírsele a Llama que previera algún destino específico para dineros que se le pagarían en un futuro apenas eventual.

(iii) En su último cargo, y esta vez por la senda directa, la recurrente reiteró el argumento (i), y además se quejó de

que el tribunal no hubiera hecho extensiva a este caso la regla prevista en el artículo 1617-2 del Código Civil, arguyendo para ello que, *«en presencia de un episodio de privación del uso del dinero como el que ilustra la presente causa, nada explicaría que se dejara de aplicar el [precepto citado], que exonera de prueba, bajo la presunción de la vocación productiva del dinero»*.

### **3. Solución al caso concreto.**

3.1. Como viene de verse, los hechos probados dan cuenta de una situación muy particular, consistente en que Comcel, con apoyo en un pagaré con espacios en blanco, diligenciado en contravía de lo dispuesto por el deudor cambiario en la carta de instrucciones, solicitó a un juez el embargo y secuestro de unos derechos patrimoniales que su deudora estaba reclamándole en un trámite arbitral paralelo.

Así las cosas, tan pronto el derecho incierto se transformó en crédito cierto –dadas las condenas que se impusieron en el laudo arbitral de 15 de mayo de 2013–, Comcel se aseguró de que los dineros que debía pagarle a Llama quedaran afectados con las cautelas pedidas abusivamente en un proceso ejecutivo.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que, en todas sus censuras, la impugnante extraordinaria sostuvo que el abuso del derecho en el que incurrió Comcel al solicitar el embargo y secuestro de los \$5.177.100.000 que la propia Comcel debía pagarle a Llama, le habría generado una pérdida equivalente a los intereses moratorios sobre dicha suma,

cuya causación debía presumirse siempre que el deudor incurriese en mora de pagar una obligación de dinero.

Esta tesis resulta ser un tanto ambigua, por lo que permite varias lecturas distintas. La primera de ellas implicaría entender que, si los dineros no hubieran sido abusivamente embargados, Llama habría podido producir con ellos algún tipo de renta o ganancia equivalente al interés de mora previsto en el artículo 884 del Código de Comercio. Sin embargo, esa hermenéutica no luce plausible, máxime cuando haría necesario acreditar algo que no se alegó, y es que efectivamente la operación comercial de Llama podía generar riqueza en porcentajes equivalentes al 150% del IBC.

Consecuentemente, tampoco existen pruebas que permitan sostener esa capacidad de generar utilidad. De hecho, la actora redujo la prueba del daño a un trabajo pericial de liquidación de réditos moratorios sobre el monto que fue afectado por la cautela judicial, y no presentó ninguna evidencia acerca de su propio ejercicio comercial, sus planes de tesorería, o cualquier otra variable que pudiera llevar al conocimiento de las utilidades que dejó de percibir por no haber recibido a tiempo los \$4.570.462.334 a los que aludió a lo largo de la demanda.

3.2. Otra posible interpretación del alegato consistiría en que Comcel debe pagar intereses de mora porque los recursos abusivamente cautelados por solicitud suya estaban llamados a producirlos, según lo argumentado y decidido por los árbitros que resolvieron una controversia

pretérita. No obstante, ello implicaría entender que, en este juicio declarativo, no se pretendía atribuir la responsabilidad civil por un ilícito extracontractual, sino reclamar una compensación por la tardanza en el pago de las condenas que se dispusieron en el laudo arbitral –o de los débitos contractuales reconocidos en esas condenas–.

En efecto, si se asume como hecho dañoso el haber privado a Llama de una suma de dinero que le pertenecía, necesariamente debe aceptarse que tanto las condenas que fijaron los árbitros, como las prestaciones contractuales que ellos elucidaron, habrían sido pagadas por Comcel, aunque el pago no llegara directamente a manos de su beneficiaria, debido al embargo y secuestro decretados por el juez de la ejecución. Y si ese pago existió, es obvio que se extinguirían tanto la obligación impuesta judicialmente, como la derivada de los negocios jurídicos de agencia comercial.

En cambio, si se afirmara que Llama fue despojada de los réditos moratorios ordenados en caso de impago de la condena fijada en el laudo, o hacer referencia a la relación jurídica preexistente entre la recurrente y Comcel, implicaría extraer el conflicto del ámbito de la responsabilidad aquiliana, transformando lo que se alegó como daño (la privación de un capital) en un supuesto de incumplimiento, o bien del laudo arbitral, o bien de las prestaciones procedentes del contrato de agencia.

Y, sobra decirlo, no fue eso lo que se argumentó en la demanda principal. Allí, simplemente, Llama afirmó que

Comcel había incurrido en «*abuso del derecho a litigar*», porque «*la acción [ejecutiva] corresponde a una demanda temeraria o de mala fe (...), causando así «graves perjuicios a la sociedad con el secuestro de \$5.177.100.000», los cuales «ascienden a la suma de \$3.471.750.612, que corresponden **únicamente al lucro cesante de los rendimientos financieros que debió producir la suma indebidamente embargada (...)**».*

De lo anotado se sigue que Llama eligió, de manera inequívoca, encauzar su reclamo por la senda de la responsabilidad extracontractual por abuso del derecho, y también que lo hizo pidiendo los rendimientos del dinero que fue objeto de las medidas cautelares que solicitó Comcel; es decir, lo que ese monto debía producir como utilidad. A ello cabe añadir que, Llama no introdujo al debate procesal algún planteamiento que permitiera equiparar su pérdida con la causación de réditos de mora al descorrer el traslado de las excepciones, ni al presentar sus alegatos de cierre, ni tampoco al sustentar su recurso de apelación.

Esto equivale a decir que, en ninguna fase del trámite ordinario, quedó planteado que las pretensiones de la demanda principal se orientaran al cobro de algún tipo de réditos sobre los saldos impagados de la condena arbitral, o respecto de las cargas dinerarias derivadas de la relación contractual de agencia precedente. Hasta la presentación de la demanda de sustentación del recurso de casación, el conflicto entre Llama y Comcel se mantuvo en el escenario propio de la responsabilidad civil extracontractual por abuso

del derecho, parcela por completo ajena a la reclamación de intereses de mora por incumplimiento de alguna obligación.

Dichos réditos fueron traídos a colación en esta sede extraordinaria, para hacerlos ver como sucedáneos de las pruebas del daño que el tribunal extrañó en su fallo. Pero ello es improcedente, pues implica introducir un planteamiento novedoso al debate, que precisamente por su tardía aparición, no fue replicado por la convocada, ni mucho menos considerado por el tribunal en su sentencia, razón suficiente para excluirlo del escrutinio de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación.

No se olvide que, ante esta sede extraordinaria, resulta imperativo rechazar

*«(...) **asuntos ajenos a las instancias que son ondeados de forma novedosa para cuestionar la decisión recurrida** (SC, 16 jul. 1965, G. J. n.º 2278-2279, p. 106) (...), en salvaguardia de la finalidad excepcional del remedio extraordinario, que supone cuestionar la sentencia como *thema decisum*, sin que sea dable reabrir el debate de instancia o proponer lecturas novedosas de la controversia para buscar una decisión favorable. “Total que, según el (...) numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil [que corresponde al canon 344-2 del Código General del Proceso], el embiste debe ser preciso, en el sentido de dirigirse con acierto contra las bases de la sentencia de instancia, **sin que sea posible que se aleje de ellas para traer reflexiones de último minuto o aspectos que están por fuera de la discusión**” (negrilla fuera de texto, AC1014, 14 mar. 2018, rad. n.º 2005-00036-02). Con esta prohibición “también se tutelan los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con un replanteamiento de la plataforma fáctica que varíe la causa petendi, sin que tuvieran la oportunidad de controvertirlo y, menos aún, hacer pedidos probatorios para su desestimación. Agréguese que, admitir argumentos nuevos en casación, hiere la lealtad procesal, en tanto se espera que en los*

*grados jurisdiccionales se discutan las materias fácticas objeto de su ligio, **sin que pueda aguardarse al final para izar tópicos con los que se pretende una resolución favorable**» (CSJ, SC1732 del 21 de mayo de 2019, rad. 2005-00539-01)» (CSJ SC2779-2020; reiterada en CSJ SC948-2022).*

3.3. 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 inadmisibles, 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 intíme 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).*

3.4. Resta por analizar un argumento, también relativo al uso de presunciones en la tasación de daños. Con este fin memórese que, según lo señalado por el tribunal, en este juicio quedó probado que las medidas cautelares solicitadas por Comcel abusando de su derecho, despojaron a Llama del poder de disposición de \$4.570.462.334<sup>1</sup> por 1508 días (entre el 4 de junio de 2013 y el 21 de julio de 2017), período

---

<sup>1</sup> Esta cifra, que es la referida en la demanda, resulta de restar de los \$5.177.100.000 embargados y secuestrados en el proceso ejecutivo, los \$606.637.666 que terminaron entregándosele a Comcel tras la liquidación del crédito (de los cuales \$257.395.440 correspondían a capital, y la suma restante a réditos moratorios causados).

durante el cual ese dinero estuvo embargado y secuestrado por orden del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali.

En su demanda, se insiste, la actora pareció entender que la pérdida irrogada con ese desapoderamiento podía tasarse liquidando réditos moratorios sobre la suma cautelada. Pero como ya se indicó, esa opción debe rechazarse, pues a pesar de los paralelismos que pudieran idearse entre el acreedor que no recibe a tiempo el pago de una obligación y la víctima que se ve privada de una suma de dinero, el concepto de mora no puede operar sin un vínculo obligacional preexistente, y precisamente la responsabilidad civil aquiliana se ocupa de las interacciones entre personas que ocurren en ausencia de ese vínculo.

Y si bien en esta causa el agente dañador y su víctima habían celebrado un contrato de agencia comercial, lo cierto es que sobre esa duplicidad de roles no se fundamentó la demanda, y, por ende, tampoco serviría para explorar alguna opción que habilitara a la Corte, en este caso concreto, y dada la particularidad anotada, para equiparar las secuelas del ilícito extracontractual con los intereses de mora sobre el capital objeto de las medidas cautelares solicitadas abusando del derecho.

Dada esa deficiente conceptualización del daño que se hiciera en el escrito de demanda (confundiendo el daño con los intereses moratorios), desde los albores de este juicio la cuestión de la cuantificación de la pérdida que realmente sufrió Llama no fue materia de ningún esfuerzo probatorio.

De hecho, al escrito inicial solamente se adosó un dictamen pericial, en el que se calculaban los réditos de mora sobre \$4.570.462.334, durante 1508 días, a la tasa máxima legalmente permitida por el ordenamiento mercantil.

Al tribunal ello le pareció insuficiente, por lo que reclamó la prueba de «*alguna inversión dejada de materializarse con ocasión de la consumación de la medida [cautelar]*». Pero tal como lo anotó la recurrente, si de lo que se trataba era de probar un daño cierto, exigir esa evidencia no era razonable, pues ninguna persona podría concebir un plan de negocios con recursos que apenas estaban siendo objeto de debate en el escenario de un proceso arbitral, y que luego lo fueron en el trámite de un juicio ejecutivo.

Recuérdese que los árbitros dispusieron condenar a la hoy demandada al pago de una cuantiosa suma en favor de la recurrente mediante laudo de 15 de mayo de 2013; pero desde el 29 de noviembre del año de 2012 el juez que conocía de la ejecución que promovió Comcel había dispuesto «*el embargo de los derechos litigiosos que a favor de Llama (...) pueda existir dentro del proceso arbitral promovido por Llama (...) contra Comcel*». La actora, pues, era consciente de que para disponer de algún capital debía salir triunfante no en uno, sino en dos litigios concomitantes. Y en esas condiciones, luce inconducente idear el destino de esos dineros, francamente contingentes.

Cabe anotar que, quizá, lo que el tribunal pretendía decir con la frase previamente trasuntada era que la víctima tenía la opción de plantear alguna hipótesis acerca de las

utilidades o rendimientos que pudo haber dejado de percibir con ocasión del acto abusivo de Comcel; es decir, una especie de análisis contrafactual del impacto que habrían tenido los \$4.570.462.334 injustamente cautelados en el ejercicio comercial ordinario de Llama, o en su plan de tesorería, de haberlos recibido en la fecha que en derecho correspondía.

Una prueba como esa, adecuadamente elaborada y sustentada, indudablemente ofrecería elementos de juicio valiosos para que la jurisdicción pudiera dimensionar mejor la afectación económica sufrida por la víctima; y ello, con seguridad, permitiría fijar una indemnización que se adecúe con mayor exactitud a la extensión del daño causado injustamente. Pero, dadas las razones explicadas, no era cuestión sencilla recaudar tal probanza en este caso.

La situación, entonces, parecía obligar a acudir a alguna presunción, de forma análoga al modo en el que se tasa el lucro cesante consecuencial a la pérdida de capacidad laboral de una persona que no acredite (o no pueda acreditar, *v.gr.*, en caso de no tener empleo) que está percibiendo algún ingreso para la fecha del daño. En esos eventos, suele cuantificarse la indemnización a través de una presunción relativa al piso de remuneración al que puede acceder una persona que esté laborando, es decir, 1 SMLMV (*Cfr.* CSJ SC4803-2019; o CSJ SC16690-2016); esto partiendo de la base de que la víctima tenía una fuerza de trabajo intrínseca, de la que fue privada por la acción u omisión del dañador.

En casos como esos, podría objetarse que el resultado que se obtiene al aplicar la presunción no es aritméticamente exacto, pero, a decir verdad, ningún juicio contrafactual (lo es preguntarse *¿cuánto dinero habría podido recibir la víctima de no haber sido dañada?*) ofrece certezas absolutas como respuesta. Apenas se obtendrá un resultado hipotético, pero no uno desfasado, o desconectado de la realidad, sino uno que razonablemente pueda ser admitido en una discusión racional, mediada por la necesidad de dar efectos concretos al derecho de la víctima a una reparación integral.

Naturalmente, entre más información se recaude sobre la rentabilidad que solía obtener la víctima antes del daño, o su planificación patrimonial a futuro, más elementos de juicio habrá para calcular la indemnización a cargo del agente dañador; de ahí la importancia de arrimar pruebas pertinentes para esclarecer el caso ante el juez de la causa. Pero si esas pruebas no se aportan, resultaría injustificado negar la reparación, pues so pretexto de no poder tasar con precisión la extensión económica de un daño probado, se terminaría aplicando una consecuencia jurídica que corresponde al supuesto de inexistencia de ese daño.

Pues bien, quizá sea posible presumir también algún “piso de remuneración” para el dinero, tal como se presume el ingreso mínimo en las personas, a efectos de calcular el monto de la reparación debida por el causante del daño. Sin embargo, cualquier camino que la Corte pudiera tomar con miras a esclarecer el contenido de esa presunción **estaría vedado en este específico caso**, porque Llama limitó su

súplica a la recuperación de réditos moratorios, al punto que el cargo cuarto buscó explícitamente que se asumiera su causación para los efectos anotados previamente.

Insístase en que, aun en ese cuestionamiento postrero, la recurrente se dolió de que el tribunal no hubiera construido una “presunción de daño”, pero a partir del artículo 1617 del Código Civil, precepto orientado a regular los casos en los que exista una obligación «*de pagar una cantidad de dinero*», y además, haya un «*retardo*», conceptos que, se insiste, no conciernen a la acción elegida por Llama (de responsabilidad civil extracontractual).

En esas condiciones, y dadas las restricciones que imponen el principio de congruencia y la naturaleza dispositiva del recurso extraordinario de casación, no resulta factible variar la suerte de esta particular controversia.

#### **4. Conclusión.**

Ninguno de los cargos formulados puede prosperar, porque todos ellos están basados en una improcedente analogía entre el ilícito extracontractual (la cautela abusiva de una suma de dinero) y un incumplimiento contractual (la mora en el pago de una obligación).

En esas condiciones, las limitaciones de la competencia de la Corte en sede de casación tornan inviable explorar alternativas distintas –viables– para tasar el daño alegado

por la actora; y siendo ello así, la frustración del recurso deviene inexorable.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. NO CASAR** la sentencia de 21 de abril de 2022, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que promovió Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular Comcel S.A.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la demandante principal, como impugnante vencida, al pago de las costas procesales de esta actuación. En la liquidación inclúyanse \$10.000.000, por concepto de agencias en derecho.

**TERCERO.** Por secretaría remítase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

**MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ**

Presidenta de Sala

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

(En comisión de servicios)

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**