

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
-discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha-

PROCESO	EJECUTIVO –INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS-
DEMANDANTE	CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE
INCIDENTADO	AUTOFAX S.A.
DEMANDADO	OLGA INÉS CARMONA PIEDRAHITA
INCIDENTISTA	05001 31 03 007 2017 00546 04
RADICADO	Interno 2021-060
INSTANCIA	SEGUNDA –APELACIÓN SENTENCIA-
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
PROVIDENCIA	SENTENCIA N°
TEMAS Y	LA CONDENA EN ABSTRACTO Y EL INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS.
SUBTEMAS	PRUEBA DEL PERJUICIO Y DEL CUANTUM DEL PERJUICIO. DEBER DEL JUEZ DE PROCURAR LA PRUEBA CUANDO SE ACREDITA EL DAÑO PERO NO SU INTENSIDAD. SANCIÓN POR EL COBRO DE INTERESES EN EXCESO
DECISIÓN	CONFIRMA Y MODIFICA
MAGISTRADA	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
PONENTE	

Previo a abordar el estudio del asunto, es pertinente poner de presente que, aunque el Código General del Proceso establece la oralidad como regla general en el trámite de los procesos civiles, en este caso la etapa de sustentación y de sentencia se realiza de forma escrita, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 806 del 4 de junio de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, el cual entró en vigencia “a partir de su publicación y estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su expedición”.*

Norma que es de aplicación inmediata para los procesos en curso y para los que se presenten durante el estado de emergencia, como se desprende de las siguientes consideraciones del mencionado decreto

“Que por lo anterior, es necesario crear un marco normativo que se compadezca con la situación actual que vive el mundo y especialmente Colombia, que perdure durante el estado de emergencia sanitaria, y que establezca un término de transición mientras se logra la completa normalidad y aplicación de las normas ordinarias”

“Que este marco normativo procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas procesales vigentes, las cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto”.

“Que estas medidas, se adoptarán en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición de este decreto”

“Que se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos”.

Así entonces procede el Tribunal a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN en audiencia realizada el 26 de febrero de 2021 en el incidente de regulación de perjuicios promovido por la parte demandada con ocasión de la orden de cesar la ejecución y consecuencial levantamiento de las medidas cautelares.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

La CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE mediante apoderado judicial promovió demanda ejecutiva en contra de AUTOFAX S.A. y la señora OLGA INÉS CARMONA PIEDRAHITA pretendiendo el cobro de varias sumas de dinero incorporadas en dos títulos valores facturas.

El Juzgado de primera instancia libró mandamiento de pago por todas las sumas pedidas, el 21 de noviembre de 2017, únicamente en contra de AUTOFAX S.A., pero con ocasión del recurso de reposición que contra dicho proveído formuló la ejecutada, en providencia del 10 de abril de 2018 decidió reponer parcialmente el mandamiento de pago respecto a la factura N°0000022.

Integrada la Litis el juzgado profirió sentencia declarando no probadas las excepciones y ordenando seguir adelante la ejecución, decisión que fue apelada por la apoderada de la demandada.

En esta Corporación se dictó sentencia de segunda instancia del 4 de agosto de 2020 donde se dispuso cesar la ejecución; se ordenó el levantamiento de todas las medidas cautelares decretadas y se condenó en costas de ambas instancias a la parte demandante en favor de la parte demandada, sentencia que fue complementada el 20 de agosto de 2020 en el sentido de condenar a la parte demandante al pago de perjuicios que hubiese sufrido la parte demandada con ocasión del proceso y de las medidas cautelares, condena que se realizó en abstracto, correspondiendo a la parte demandada promover el incidente correspondiente a efectos de la liquidación.

La demandada AUTOFAX S.A. promovió incidente pretendiendo demostrar la cuantía del perjuicio causado con las medidas cautelares decretadas y practicadas dentro del proceso en estudio y, solicitando como **PRETENSIÓN:**

*“Se condene a la entidad demandante a reconocer y pagar a mi poderdante por los perjuicios causados por la medida de embargo y retención de los dineros la suma de **MIL SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO DIEZ PESOS (\$1.063.536.110)**”.*

Suma que de forma más detallada describió en el juramento estimatorio de la siguiente forma:

*“A. **POR INDEXACIÓN.** Sobre las sumas retenidas con ocasión de la medida, de acuerdo con el dictamen pericial, se debe reconocer*

una indexación de **TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$35.391.528).**

B. POR LUCRO CESANTE. De acuerdo con el dictamen pericial que se adjunta el lucro cesante causado a mi poderdante asciende a la suma de **MIL VEINTIOCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$1.028.144.582,40)."**

2. FUNDAMENTO FÁCTICO

Además de lo ya reseñado en los antecedentes la parte incidentista expuso:

La demandante promovió demanda ejecutiva en contra de mi poderdante y en escrito aparte solicito, entre otras medidas: "...se **DECRETE el EMBARGO Y RETENCION** de los dineros que posean las demandadas **AUTOFAX S.A. con NIT 811025696-6** y... en cuentas **CORRIENTES, CUENTAS DE AHORROS CDT'S Y TITULOS VALORES EN DEPOSITO Y SIMILARES** en las siguientes corporaciones financieras **BANCO DE LA REPUBLICA, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCOLOMBIA, BANCO COLPATRIA, BANCO BBVA, BANCO DAVIVIENDA, BANCO CORPABANCA, BANCO AGRARIO, BANCO CITIBANK, BANCO POPULAR Y BANCO CAJA SOCIAL...**".

Mediante auto del 21 de noviembre de 2017, se decretaron las medidas solicitadas y en el numeral tercero de dicha providencia se ordenó:

*"...Decretar el embargo y retención de las cuentas corrientes, de ahorro, certificados nominativos de depósitos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores de la entidad demandada **AUTOFAX S.A. con NIT 811025696-6** y... en las siguientes entidades financieras **BANCO DE LA REPUBLICA, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCOLOMBIA, BANCO COLPATRIA, BANCO BBVA, BANCO DAVIVIENDA, BANCO CORPABANCA, BANCO AGRARIO, BANCO CITIBANK, BANCO POPULAR Y BANCO CAJA SOCIAL...**"*

En la misma fecha se libraron los oficios y la parte actora diligenció y radicó los mismos.

Mediante memorial del 25 de enero de 2018 el apoderado de la parte actora allegó los oficios de embargo debidamente diligenciados.

El 26 de enero de 2018 la apoderada de la demandada solicitó el levantamiento de conformidad con el artículo 597 del C.G. del P. aduciendo entre otras cosas que: *“...4. El día 25 de enero de 2018, EL BANCO DE OCCIDENTE CONSTITUYO LOS SIGUIENTES TÍTULOS JUDICIALES A ORDENES DE ESTE DESPACHO, en el BANCO AGRARIO S.A. por cuenta de este proceso, correspondiente a lo ordenado por el despacho: 4.1. TITULO JUDICIAL por valor de \$77.677.334,39 (se adjunta copia) 4.2. TITULO JUDICIAL por valor de \$117.322.665,61 (se adjunta copia). PARA UN TOTAL DE \$195.000.000 límite de la medida cautelar.”*

Que con los anteriores títulos judiciales se cumplió con el tope de la medida ordenada por el despacho, garantizando el pago de la obligación reclamada, mientras se desataba la Litis.

En providencia del 31 de enero de 2018, el juzgado decide levantar las medidas decretadas y en el numeral tercero de dicha providencia, dispone:

“...Oficiar al Banco de Occidente para que se sirva indicar los números de cuentas con su respectivo titular de los cuales se hizo la retención y posterior consignación del dinero a la cuenta de depósitos judiciales de este despacho”.

En escrito del 2 de febrero de 2018 el Banco de Occidente da cuenta que dedujo: *“... de la cuenta corriente No. 435-01404-8, cuyo titular es la empresa AUTOFAX S.A. con NIT 811.025.696-6, la suma de \$195.000.000 de conformidad con la orden emitida por este despacho mediante oficio No. 2017-005546 del 21 de noviembre de 2017. De los cuales se constituyeron dos consignaciones de depósito judicial en el Banco Agrario S.A. \$117.322.665,61 consignación realizada el 25 de enero de 2018. \$77.677.334,39 consignación realizada el 26 de enero de 2018...”*

Mediante memorial del 2 de febrero de 2018 la apoderada de la ejecutada solicitó la fijación de caución para proceder con el levantamiento de las medidas decretadas, teniendo en cuenta la consignación de \$195.000.000 realizada por el Banco de Occidente.

En auto del día 8 de 2018, el despacho fijó caución bancaria por la suma de DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE (\$280.175.922) para proceder con el levantamiento de las demás medidas practicadas.

La parte ejecutada mediante memorial del 14 de febrero de 2018 aportó el depósito judicial exigido a órdenes del juzgado en cuantía de DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE (\$280.175.922) y solicitó el levantamiento de las demás decretadas.

En auto del 20 de febrero de 2018 el juzgado dispuso al levantamiento de las siguientes medidas cautelares: *“Embargo y retención de las cuentas corrientes, de ahorros, certificados nominativos de depósitos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores de la entidad demandada AUTOFAX S.A. con NIT 811025696-6 en las siguientes entidades financieras BANCO DE LA REPUBLICA, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCOLOMBIA, BANCO COLPATRIA, BANCO BBVA, BANCO DAVIVIENDA, BANCO CORPABANCA, BANCO AGRARIO, BANCO CITIBANK, BANCO POPULAR Y BANCO CAJA SOCIAL...”*.

Mediante auto del 19 de octubre de 2020, notificado en estados del día 20 del mismo mes y año, el juzgado profirió auto de cúmplase lo resuelto por el superior y ordenó la entrega de los dineros embargados y retenidos a la ejecutada, los cuales a la fecha no han sido entregados.

Con el dictamen anexo se acredita que el embargo y la retención de los dineros le causó graves perjuicios económicos a la sociedad ejecutada.

3. TRÁMITE PROCESAL.

En providencia del 26 de noviembre de 2020 notificada por estados el 27 del mismo mes y año, se corrió traslado a la parte incidentada, concediéndole tres (3) días para pronunciarse y pedir pruebas.

Mediante apoderado se pronunció la incidentada pidiendo desestimar el incidente porque para valorar el perjuicio se debe tener en cuenta la responsabilidad por temeridad de quien promovió o solicitó las cautelas y en este caso fueron solicitadas con base en un negocio comercial (en el que AUTOFAX como asociado debía pagar las cuotas de administración como asociada para el cumplimiento de las normas de posconsumo), plenamente legal, avalado por unas facturas, como se demostró dentro del plenario, teniéndose que las medidas cautelares no fueron solicitadas de manera caprichosa o con base en un proceso que fuese declarado temerario.

El proceso adelantado, no fue fallado de manera negativa por parte del H. Tribunal Superior de Medellín por considerar que el mismo negocio no existió, sino porque aparentemente la factura obedeció a una copia; tanto así, que dejó incólume el análisis efectuado por el despacho en primera instancia, en cuanto a las demás excepciones propuestas por la demandada, entre las que se encontraban las de inexistencia de la obligación, situación que se debe evaluar en este incidente, pues un perjuicio debe ser originado en una conducta reprochable, culposa o negligente por parte de la incidentada.

La incidentante y demandada, además de desconocer el pago de una obligación legalmente contraída, pretende el cobro de un perjuicio a todas luces desproporcionado e indebidamente tasado, por cuanto los valores y términos no corresponden a la realidad.

Dice que la incidentante incurrió en conductas de *“inoperancia y descuido”* las que pretende sean consideradas como perjuicios, porque no solicitó disminución de la caución cuando se revocó el mandamiento de pago respecto a una de las facturas; no constituyó caución bancaria mediante una

póliza, sino en dinero, lo que no es ajeno a la parte ejecutante, pues la póliza tendría un costo de apenas \$5.005.662 conforme a cotización anexa; que pretende cobrar lucro cesante hasta noviembre de 2020, por una actuación que se dio por finalizada en agosto de 2020; que el hecho de que se solicite el levantamiento cautelar por \$195.000.000 y la parte termine consignando \$280.175.922, se constituye en un error, pues hubiese sido menos gravosa la situación para la demandada haber dejado a disposición los dineros consignados por el Banco de Occidente únicamente, error que no se puede acarrear a la CORPORACION POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE.

Se debe tener en consideración la ausencia de culpa de la ejecutante incidentada, quien no tuvo injerencia alguna en causar algún tipo de perjuicio a la demandada, para lo cual trajo a colación un aparte de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de julio de 1993, EXP. 3749.

Que no existe en el proceso o en el incidente, prueba de la relación causal del presunto perjuicio y alguna conducta culposa por parte de la CORPORACION DE LLANTAS RUEDA VERDE, lo cual es requisito sine qua non en su análisis, pues en las conductas que desataron la no disposición de los dineros embargados, en nada tuvo culpa o algún tipo de actuación la CORPORACION POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE, sino que obedecieron a culpas de la demandada AUTOFAX a través de desatenciones y descuidos procesales, que en nada establecen algún tipo de juicio de reproche a la ejecutante.

Los perjuicios se deben tasar únicamente con base en: el costo de la póliza por valor de \$5.005.662 (conforme a cotización anexa efectuada por SERVIJURIDICOS D & C – Agente Autorizado), que en realidad correspondía a las sumas que debió cubrir la demandada, con los respectivos intereses legales desde el día 20 de febrero de 2018 fecha en que se levantaron las medidas cautelares y hasta el día 20 agosto de 2020, fecha en que el Tribunal Superior de Medellín complementó la sentencia revocatoria.

Que la CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE, fue creada como una entidad sin ánimo de lucro y su finalidad es la de colaborar con el ambiente y los recursos naturales renovables, sin que su actividad genere alguna utilidad de tipo comercial, ya que conforme a sus estatutos, los aportes de los asociados son para la recolección, transporte y gestión de las llantas usadas, sin que esta actividad genere algún costo para los usuarios de las llantas, conforme lo establecía en su momento la Resolución 1457 de 2010, hoy derogada por la Resolución 1326 de 2017, y la obligación de financiar la implementación de estos sistemas le corresponde por mandato legal a los que importan o fabrican estas llantas, como es el caso de AUTOFAX; obligación que no cumplió al no pagar las cuotas de administración contenidas en las facturas que dieron origen a este proceso.

Se opuso al juramento estimatorio porque no es claro al indicar las sumas de dónde se extraen, simplemente hace referencia a un dictamen, pero es requisito que el mismo sea claro en cada uno de los rubros de los cuales se tomaron las cifras y no solamente enunciar el total de las estimadas; además las sumas son tomadas de un dictamen pericial que carece de los requisitos legales para ser considerado tal, pues se incluyen sumas por concepto de indexación e intereses, a modo de anatocismo.

Adujo inconformidades con el dictamen por *“serias incongruencias en los valores presentados, toda vez que, la base indexada, correspondería al valor del dinero al día de “hoy”, el cual a su vez se está exponiendo a unas tasas de rendimientos de periodos anteriores, es decir que, si la base indexada se expone a rendimientos, también se estaría exponiendo el valor resultante de la indexación a rendimientos de periodos pasados”*; porque se pretende sumar al lucro cesante solicitado, el valor que ella propone como base de perjuicios indexado, pretendiendo cobrar la base como lucro cesante y a su vez doblemente la indexación, cálculo contrario a la lógica y buena fe, debido que se está computando un doble cobro, por un agravio sobre un mismo hecho y solicitando dineros como indemnización que fueron ya restituidos a la demandada.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del 26 de febrero del año en curso, el juez de primera instancia dictó sentencia en la que resolvió estimar parcialmente las pretensiones del incidente; condenar a la CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE a pagar a AUTOFAX S.A. la suma de \$232.296.542 y condenar en costas a la COPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE a favor de AUTOFAX S.A., fijando como agencias en derecho medio salario mínimo legal mensual vigente.

Para proferir el fallo de primera instancia el juez inició por indicar que uno de los casos en los cuales la ley permite la condena en abstracto es el supuesto del artículo 597 del Código General del Proceso, sobre el levantamiento de las medidas cautelares en el proceso ejecutivo; dijo que el legislador presume que por las cautelas se causan perjuicios, correspondiendo a la parte interesada probar que existieron y a cuánto ascendieron, prescindiéndose de todo análisis del elemento subjetivo propio del proceso declarativo, ello como una extensión de la institución del abuso del derecho y, que correspondía al incidentista solo demostrar que se causaron perjuicios y la cuantía de los mismos.

Siguió exponiendo que el artículo 884 del Código de Comercio establece una presunción relativa a que todo negocio mercantil genera como mínimo intereses bancarios corrientes, presunción que cualquiera de las partes puede derrumbar y el artículo 886 ib. proscribe la posibilidad de que los intereses causados puedan generar intereses, lo que indebidamente hizo el perito; que en el artículo 1° del Código de Comercio se señala que los comerciantes se rigen por las disposiciones de la ley comercial, por lo cual basta que en un asunto esté involucrado un comerciante para que le aplique la ley comercial y la creación de sociedades también es una forma de desarrollo comercial, por lo que las actividades de AUTOFAX son comerciales.

Refirió a la consolidada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la imposibilidad de cobrar intereses comerciales e indexación al mismo

tiempo, porque el interés bancario corriente comprende la corrección monetaria.

Expuso que la ocurrencia del perjuicio se encuentra demostrada porque la sociedad fue desprovista de la posibilidad de contar con un capital de \$475.175.922, que fueron cautelados por disposición de la parte demandante en el proceso ejecutivo, cautela y aprehensión de dineros que luego de la revocatoria de la sentencia evidencian un abuso del derecho presumiblemente de la falta de requisitos de la demanda.

Explicó que se aportaron dos dictámenes, uno de la incidentista tratando de acreditar la causación de perjuicios, estableciendo cuánto sería la producción del dinero referido de \$475.175.922 si AUTOFAX los hubiera tenido en su poder, señalando el perito que esa suma la hubiera transformado en \$964.035.362; que el perito trató de explicar en audiencia la forma de obtener esa suma de dinero, llegando el despacho a las conclusiones que la fórmula aplicada ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia para tasar perjuicios, pero no existe precedente alguno de aplicación de esa fórmula para un interés bancario corriente; que ese experto procedió a indexar los intereses al explicar que se aplicaba una tasa compuesta periódica, sumaba los intereses al capital y aplicaba los nuevos intereses sobre los anteriores que había sumado, lo que está proscrito por la legislación comercial; que el experto no explicó con satisfacción porqué, además de aplicar intereses, procedió a la indexación de dinero, pues no solo sumaba intereses al capital liquidando a estos intereses, sino que además indexaba el capital al cual le sumaba los intereses.

Que en cuanto al dictamen pericial aportado por la parte incidentada, aplicó la tasa del 6% anual, no siendo satisfactoria la explicación de ello, ignorando el perito la aplicación del Código de Comercio; que no resulta convincente que una empresa comercial pueda generar con ese capital un interés de solo el 0.49% mensual, pues si eso fuese así, siguiendo las reglas de la experiencia, no tendría sentido que la sociedad siguiera con su actividad

comercial, pues incluso productos financieros como CDT otorgan una tasa mayor al interés civil.

Por lo anterior el despacho dijo que aplicaría la presunción del artículo 884 del Código de Comercio, en cuanto al monto de intereses, siendo necesario seguir con la determinación de las fechas entre las cuales se aplicaría el mismo.

Dijo que como fechas pertinentes se tienen: el 25 de enero de 2018, fecha de primera consignación del Banco de Occidente por medidas cautelares de valor \$117.322.665; el 26 de enero de 2018 fecha de la segunda consignación por \$77.667.334 y, el 14 de febrero de 2018, cuando fue aportada la caución bancaria, exigida por el despacho, siendo pertinente indicar que se exigió a la parte ejecutada consignar \$280.175.922, porque entendió el juzgado que la suma restante se completaba con los dineros que ya estaban a disposición del juzgado producto de los embargos.

Que los dineros no se podían entregar con la sentencia de segunda instancia sino que era necesario dar cumplimiento a lo dispuesto por el superior, auto que se profirió el 20 de octubre de 2020, fecha hasta la cual procede la liquidación de perjuicios, siempre y cuando la suma a liquidarse no supere lo pedido por la parte incidentista.

Refirió que pidió a los dos peritos que procedieran a la liquidación de los intereses bancarios corrientes, llegando a conclusiones más o menos similares, aunque hubo una diferencia de \$7 000.000, por lo cual entonces el despacho se inclina por el dictamen presentado por la incidentista, en cuanto señaló que los intereses bancarios corrientes para el embargo primero alcanzaría la suma de \$58.048.893; para el embargo segundo \$38.394.748 y para la caución bancaria \$135.852.899, para un total de \$232.296.542, suma a la que condenará a la parte incidentada a pagar, sin perjuicio del estudio de las defensas expuestas en la contestación al incidente. Que dichas sumas no serán indexadas por la imposibilidad de indexar y aplicar interés bancario corriente.

Luego para resolver la oposición de la incidentada dijo que ésta inició por la defensa fundada en que la parte demandada pudo adquirir una caución con una compañía de seguros, lo cual hubiera reducido considerablemente la suma fijada por el despacho; desestimando el a quo dicho argumento porque en el auto que fijó caución se dispuso que fuera en dinero.

Que también alegó la incidentada que tras la revocatoria del mandamiento de pago, la entonces ejecutada pudo solicitar reducción de embargos y que al no ser diligente, no puede alegar su propia torpeza; pero justamente el levantamiento se produjo por la revocatoria parcial del mandamiento, y aunque la parte demandada hubiera solicitado la reducción de la caución, muy probablemente el juzgado se hubiera anticipado y advertido, que la caución que se había prestado era muy inferior a lo establecido por el C.G.P., en cuanto señala que debe prestarse por el valor del capital, los intereses, aumentados en un 50%.

Que adujo la incidentada que la ejecutada ahora incidentante estaba en posibilidad de reclamar los dineros cautelados o embargados, pero cómo se advirtió al explicar los extremos temporales qué sirvieron para liquidar el perjuicio, el juzgado consideró que los dineros embargados hacían parte de la caución exigida, y por tanto, ascendía a \$475.175.920.

Finalmente dijo el juez de primer grado que las anteriores fueron básicamente las defensas de la parte incidentada y los errores del dictamen pericial, que ya habían sido analizados.

5. DE LA IMPUGNACION Y EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Notificada la decisión, tanto la parte incidentista como la incidentada formularon recurso de apelación, exponiendo los siguientes reparos así:

El apoderado de la parte incidentista dijo que el monto concedido es muy inferior al valor del perjuicio; pretende se reconozcan y validen los perjuicios probados con el dictamen pericial y considera que procede también la indexación.

Y en esta sede para sustentar expuso:

INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. El Juez al momento de valorar la prueba incurrió en una violación directa de la ley, pues no tuvo en cuenta la totalidad de la prueba solicitada y practicada, porque al trámite incidental de concreción de perjuicios, además de la prueba pericial, se trajeron los testimonios del señor Héctor Fabio Restrepo Seguro y de la señora Lina Marcela Loaiza, Revisor Fiscal y Contadora, respectivamente, de la empresa AUTOFAX; sin embargo, el señor Juez de primera instancia en la decisión atacada no valora tales testimonios, ni siquiera los menciona, pues le correspondía, en su decisión valorar individualmente cada medio de prueba traído al proceso y luego valorarlo en conjunto.

La falta de valoración de toda la prueba, en principio de forma individual y luego en conjunto, le hubiera permitido al Juez entender que el perjuicio causado a la empresa no podía liquidarse con base en el interés corriente bancario, pues, conforme lo declaran ambos testigos, los dineros de la empresa se destinan para el desarrollo del objeto social de ésta, que para el caso es la importación, comercialización y ventas de llantas para vehículos y obviamente la compraventa de dichos productos se hace con dinero, por lo que el embargo de una suma cercana a los (\$500.000.000) impide que dichos recursos se destinen a la importación, compra y posterior comercialización y venta de tales productos.

El revisor fiscal y la contadora de la empresa indicaron que con los dineros que percibe AUTOFAX adquiere, y adquiriría para la fecha en que los dineros estuvieron retenidos, llantas para la posterior reventa y, por ende, de dicha actividad obtenía un beneficio económico que obviamente no se liquida como liquidando intereses, supuesto sobre el cual se niega el reconocimiento de los perjuicios en la forma y términos liquidado por el señor Perito.

El perjuicio para la empresa no podía liquidarse, como se hizo, con base en un interés corriente pues la actividad de la sociedad no es prestar dinero a interés, ni fue ésta la relación que existió con la demandada. El perjuicio

para la empresa consistió en no poder contar con unos recursos para la compra de llantas para su posterior reventa.

Si el señor Juez hubiera valorado individualmente y en conjunto la prueba habría llegado a la conclusión que, por la actividad de la empresa AUTOFAX, esos dineros durante el tiempo que estuvieron retenidos le hubiera permitido percibir unos ingresos en la cuantía liquidada por el señor perito y, no solo eso, sino que no hubiera desestimado el dictamen pericial aportado, pues los errores sobre los cuales soporta la falta de valoración de tal experticio nacen de desconocer el hecho claro, y probado, de la actividad de la empresa incidentista y de desconocer el hecho de que con los dineros retenidos se procede a adquirir y vender llantas en el mercado con el margen de utilidad debidamente probado.

Como lo señala el perito, el ejercicio contable que se hizo no contiene, como equivocadamente lo dedujo el señor juez en la decisión, un anacronismo, pues el análisis contable proviene no del rendimiento financiero del capital, sino del rendimiento que podría obtener la empresa por la compra y comercialización de productos con el dinero retenido.

PERJUICIO DEFICITARIO. El perjuicio reconocido en la decisión cuestionada, como se probó, no se compadece con el perjuicio causado, conforme da cuenta el dictamen pericial y los testigos, lo que obviamente contraviene lo ordenado por la Ley 446 de 1998 que expresamente señala que el perjuicio tiene que ser integral y corresponder a la reparación total del daño.

Liquidar un perjuicio con base en un interés corriente, para una empresa que con dinero compra producto para su reventa y aducir que permitir que cobre el perjuicio que dicho dinero deja de generar durante el plazo de la retención en consideración a los días en que se recupera el dinero por la venta y se reinvierte constituye una liquidación deficitaria que tiene que ser modificada el Tribunal.

Por su parte el apoderado de la parte incidentada expuso en la audiencia:

-El mismo despacho afirmó que existe una presunción de que se causaron perjuicios, pero le correspondía a la incidentista probar el monto a indemnizar, lo que no hizo, porque el dictamen pericial contiene errores graves, lo que propuso en el pronunciamiento que se hizo sobre el incidente, por lo cual no debió ser tenido en cuenta y, en consecuencia ser desestimadas las pretensiones; además condenarse a la sanción del artículo 206 del C.G.P.

Y en escrito presentado dentro de los tres días siguientes dijo:

Que existe una incorrecta valoración de las pruebas, porque la única prueba de tasación del perjuicio por parte de la incidentante fue tachada por error grave, de lo cual no efectuó pronunciamiento de fondo el a quo, a pesar que el despacho llegó a la conclusión de que efectivamente el mismo contenía errores graves y, por ende, lo desestimaba; que si las partes faltan en su deber probatorio como ocurrió en el caso en examen deben acarrear con la falta de cuantificación del perjuicio, pues al ser desestimada la única prueba de la parte incidentante, el resultado del proceso debió ser desfavorable a las pretensiones del incidente, reiterando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de julio de 1993 a la que había referido en la contestación.

Que aunque la condena “preceptiva” otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño, trayendo a colación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 5 de noviembre de 2009. Magistrada Ponente: Clara Inés Márquez Bulla. Radicación: 11001310304020000088501.

Insistió en las inconformidades frente al dictamen aportado por la parte incidentista, las que dice constituyen error grave, porque se tasó de manera simultánea la indexación y los presuntos intereses dejados de percibir, sumándolos mes a mes (anatocismo), e igualmente contempla el cobro de intereses por encima de la tasa de usura, lo que a la luz del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, se debió sancionar con la pérdida de intereses, a pesar de lo cual el *a quo* no emitió pronunciamiento sobre el tema.

Que el perito no aportó la documentación exigida en la norma y por ende el mismo no debe ser considerado como dictamen, sino como un simple concepto emitido por un profesional contable.

Dijo que las grandes falencias por las que se desestimó el peritaje de la parte incidentante, se ratificaron en el interrogatorio al perito Juan David Serna, quien reconoció haber utilizado un modelo no contemplado por la ley colombiana en la tasación de perjuicios, pues respondió afirmativamente a la pregunta sobre si de las sumas cobradas, se aplicaba la indexación mes a mes y se volvía a cobrar interés, lo que constituye anatocismo; reconoció *“desconocer que los títulos serían devueltos”* a pesar de lo cual incluyó el valor de los mismos en el total de los perjuicios; reconoció que la tasa cobrada por concepto de intereses era más alta que la contemplada por la ley.

Que aunque la decisión por parte del despacho de desestimar el peritaje es ajustada a los anteriores argumentos, se critica el no haber desatendido las pretensiones del incidente por no tener las mismas soporte legal o financiero; pues mal hace el juez en suplir la incapacidad probatoria de la parte demandante.

Que el juramento estimatorio tiene inexactitudes y el despacho no efectuó pronunciamiento al respecto.

Que la decisión proferida por el *a quo*, al condenar por 232 millones se toma con base en unas cuentas efectuadas por los peritos en audiencia, sin

ningún soporte de tipo legal, por cuando fue tomada con un promedio de cálculo entre las dos cuentas efectuadas por los peritos.

El juez de primer grado no aplicó las reglas de la responsabilidad civil al momento de tasar los presuntos intereses, liquidándolos bajo intereses comerciales, argumentando ello en el hecho de que las dos entidades en litigio son comerciantes, lo cual va en contravía de las disposiciones legales, pues como se solicitó en el escrito de contestación del incidente, en el eventual caso de que la incidentada tuviese que reconocer unos intereses, los mismos deberían ser los legales, como quiera que el incidente de perjuicios se rige por las reglas del proceso de responsabilidad civil.

No existe perjuicio porque con los balances financieros no se vislumbró un detrimento en la estructura de ventas de la entidad AUTOFAX; existió una omisión o error por parte de AUTOFAX, y su anterior apoderada al no haber dispuesto las medidas necesarias para retirar los dineros desembargados y constituir póliza con garantía real, lo cual no puede endilgarse a la ejecutante

Por último, echa de menos el pronunciamiento en la sentencia sobre la condena al incidentante a la sanción del artículo 206 del C.G.P., por indebida tasación del perjuicio.

Y en esta sede insistió en los mismos argumentos presentados como reparos.

II. CONSIDERACIONES

1. VERIFICACIÓN DE PRESUPUESTOS PROCESALES Y AUSENCIA DE IRREGULARIDADES CONFIGURATIVAS DE NULIDAD

Se ha determinado por la Sala que dentro del presente asunto se reúnen los presupuestos procesales que permiten dar validez a lo actuado, sin que se advierta irregularidad constitutiva de nulidad, lo que permite al Tribunal asumir el conocimiento del asunto en esta instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Deberá esta Sala de Decisión determinar si el juzgado de primer grado erró en la valoración probatoria que lo llevó a acceder parcialmente a las pretensiones del incidente y, si hay lugar a aumentar la suma reconocida como reclama la incidentista, a negar el reconocimiento o disminuir el monto como pide la incidentada o, a mantener lo reconocido por el juzgado de primera instancia.

3. LA CONDENA EN ABSTRACTO Y EL INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS.

Nuestra legislación procesal civil establece que, en principio, la sentencia define de forma completa el tema objeto de debate y contiene las condenas en sumas determinadas, esto significa que la directriz general de nuestro ordenamiento jurídico es la condena concreta, singular, precisa o determinada del derecho reconocido.

Pero a veces, la cuantía del daño cierto y causado, carece de determinación en los elementos probatorios del proceso, por lo cual con el fin de evitar la injusticia de dejar de reparar un daño realmente causado, el legislador previó la condena en abstracto en algunos eventos especiales, disponiendo en el artículo 283 del C.G.P. que la liquidación de dicha condena en abstracto se realiza a través de incidente que debe promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de la cuantía, estimada bajo juramento, esto, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia o de la notificación del auto de obediencia al superior, incidente que se decide mediante sentencia.

Uno de esos eventos especiales en los cuales se puede y debe imponer condena en abstracto, es el caso de sentencia de excepciones favorable a la parte demandada en el proceso ejecutivo donde se levanten cautelas, así lo establecen los artículos 443 y 597 del Código General del proceso al disponer:

“ARTÍCULO 443. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

3. La 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 aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”.

“Artículo 597. Levantamiento del Embargo y secuestro. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

(...)

4. Si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquier otra causa.

(...)

Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa”.

Sobre este tema, desde antaño, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, incluso cuando le competía el estudio de la exequibilidad de las normas, así en sentencia del 27 de 19 de mayo de 1982, (exp. 919), explicó la Corte:

“La condena *in genere* es una decisión judicial, lo que significa que debe estar contenida en una providencia, y lo relacionado con ella es de naturaleza procesal. Implica, además, el reconocimiento de una obligación que, para ser perfecta y poderse ejecutar, ha de reunir los elementos esenciales que deben integrarla, a uno de los cuales, el objeto, le falta el requisito indispensable de su determinación suficiente: el deudor debe saber con precisión qué es lo que debe pagar, y el acreedor qué es lo que puede erigir y debe recibir. Mientras el objeto sea indeterminado, la obligación será inejecutable. Condena *in genere* equivale a condena en abstracto, expresión que el mismo Código utiliza como título de su Capítulo II, al cual pertenece la norma demandada. La falta de objeto determinado en la obligación que se ordena cumplir, también conduce a que ésta sea abstracta. El objetivo de la norma impugnada es precisamente el de convertirla en una obligación concreta, como condición indispensable para su satisfacción. De no ser así, se llegaría a la existencia de una obligación eterna, porque nunca podría extinguirse, situación además de contraria a todo derecho, lesiva del artículo 37 de la Constitución, según el cual no puede haber en Colombia obligaciones irredimibles.

“5.- Al mismo tiempo que la ley procesal prevé la posibilidad de condenas *in genere*, previene lo conducente para que éstas se concreten también por la vía judicial, lo cual exige la determinación de un procedimiento y la fijación de unos términos indispensables. Tales son las finalidades de los artículos 307 y 308 del Código de

Procedimiento Civil. Así mismo, es natural que allí se establezcan las consecuencias de la preclusión, las cuales, como ocurre en otros casos, pueden consistir en la extinción de unos derechos, por su no ejercicio oportuno. Tal es lo que acontece en la situación prevista por el inciso 2º del artículo 308, que la Corte, en su momento, declaró ajustado a la Constitución: "Vencido dicho término (el indicado en el inciso 1º para presentar la liquidación de la cuantía), caducará el derecho reconocido in genere". Y eso mismo es lo que sucede en el caso del fragmento acusado del inciso 4º: si la parte condenada no acepta la liquidación, ésta deberá probarse dentro de un término de quince días, y si no hubiere pruebas que hagan posible fijar cuantía alguna, la obligación no podrá subsistir.

"Ciertamente no es muy adecuada la terminología que utilizó el legislador del inciso que se examina. En realidad el caso es que si bien la obligación de que trata tiene objeto, a éste le falta un requisito esencial para su validez como tal, el de su determinación suficiente, sin la cual la obligación se hace irrealizable. Y en tales condiciones, como ocurre con el derecho a que se refiere el citado inciso 2º del mismo artículo, tampoco ella puede subsistir. Y si la obligación fue materia de reconocimiento por providencia judicial, también deberá establecerse su inexistencia de igual manera, y así tendrá que declararlo el juez. Tal es el sentido de carácter estrictamente procesal de la norma impugnada.

"6.- No hay violación de derechos adquiridos, ni negación del precepto constitucional que consagra el debido proceso. Lo primero, porque la carencia de objeto determinado en la obligación hace imposible la formación de una situación jurídica individual y concreta, que implique ingreso patrimonial. Si la obligación de pagar no tiene cuantía, y ésta no se puede determinar en la oportunidad procesal adicional que la ley concede con tal finalidad, carece de materia y, se repite, deviene en inejecutable. Lo segundo, porque el hecho de que la norma establezca la oportunidad y el trámite de la liquidación de la cuantía está indicando suficiente garantía de un debido proceso con ese objetivo, mediante la determinación de una oportunidad procesal en la cual las partes pueden actuar con suficiente amplitud de medios para justificar sus pretensiones, dentro de los límites indispensables de unos términos preestablecidos, cuyo incumplimiento, en éste como en muchos otros casos, produce determinados efectos sobre los derechos y las obligaciones que se discuten".

Y sobre la procedencia de dicha condena en abstracto, para ser liquidada posteriormente mediante incidente, en el caso de levantamiento de medidas cautelares en el proceso ejecutivo cuando la sentencia que resuelve sobre las excepciones es favorable al demandado, también ha tenido bien pronunciarse la Corte Suprema de Justicia; así, en sentencia del 28 de abril de 2011, Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01, M.P. William Namén Vargas, la Corte refirió a dicha situación, alusión que si bien remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, resulta actualmente pertinente

por la permanencia de dichas normas en el Código General del Proceso, como se reseñó líneas atrás, allí expuso la Corte:

“Autoriza la condena in genere o in abstracto el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor, la "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 aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso." La liquidación de los perjuicios se hará como dispone el inciso final del artículo 307" (texto idéntico en las modificaciones de los artículos 1, numeral 270 del Decreto 2282 de 1989; [51](#) de la Ley 794 de 2003 y [31](#) de la Ley 1395 de 2010), o sea, "por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso, so pena de que se aplique lo dispuesto en el inciso segundo del siguiente artículo", conforme al cual, "vencido dicho término, caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación que se le presente" (Resaltado propio del texto).

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Es preciso recordar que los artículos 320 y 328 del C.G.P. establecen los fines de la apelación y la competencia del superior, la cual se restringe solo a los argumentos expuestos por el apelante, cuando es único, sin perjuicio de las decisiones que deban tomarse de oficio, con base en ello procede el Tribunal a decidir sobre los reparos formulados por las recurrentes y que han sustentado en esta instancia.

Con el fin de darle orden a la presente providencia, teniendo en cuenta que son varios los reparos formulados y que ambas partes recurrieron la sentencia, los reproches se resolverán en el siguiente orden: se iniciará por analizar el reclamo de la parte incidentada relativo a la falta de acreditación total de los perjuicios por parte de la incidentista, pues en caso de que dicha inconformidad salga avante, se revocaría de forma íntegra la condena de perjuicios, lo que haría innecesario estudiar los reparos que pretenden aumento o disminución de dicha indemnización y, en caso de que esa censura no prospere, se continuará con el estudio del segundo grupo de inconformidades encaminadas al aumento de la suma concedida como

indemnización que plantea la incidentista y finalmente las dirigidas a la disminución de la indemnización pedida por la incidentada.

En cuanto a la inconformidad que alude al juramento estimatorio y la sanción derivada de su exceso, se advierte de entrada que la misma no se resolverá de fondo, toda vez que, como lo indica la misma parte incidentada, el juez de primer grado no se pronunció sobre dicha sanción, lo que implicaba la necesidad de que tal omisión se propusiera mediante adición de la sentencia, mecanismo del que no hizo uso el recurrente como tampoco de oficio el juzgado de primera instancia.

Véase que el artículo 287 del C.G.P. que regula la adición de la sentencia establece que cuando ésta *“omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad...”*, lo que implica que la omisión del juez de primer grado de decidir sobre dicha sanción debió ser adecuada mediante el mecanismo de la adición, el que se reitera, no usó la parte incidentada..

Y si bien es cierto, el referido artículo 287 establece seguidamente que: *“El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado...”* (resaltado intencional), en este caso, no puede decirse que la falta de imposición de la sanción referida perjudique a la parte incidentada, pues no se trata de una condena en su favor o en su contra; sino de una sanción que afectaría a la incidentista y cuyo resultado económico beneficia al Consejo Superior de la Judicatura.

1. Ahora, expone en esencia el apoderado de la incidentada que, aunque existe una presunción de que se causaron perjuicios, le correspondía a la incidentista probar el monto a indemnizar, lo que no hizo, porque con los balances financieros no se vislumbró un detrimento en la estructura de

ventas de la entidad AUTOFAX y porque el dictamen pericial contiene errores graves, por lo cual no debió ser tenido en cuenta y en consecuencia ser desestimadas las pretensiones, insistiendo en que, aunque la condena en abstracto otorga a la parte favorecida el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener la indemnización, no por eso se entiende liberada de demostrar los requisitos de esta responsabilidad, no siendo adecuado colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador estableció una presunción de daño.

Sobre este particular es preciso indicar que, si bien le asiste razón a la recurrente al indicar que el daño y la cuantía de éste debía ser probada por la parte incidentista, no es verdad que el dictamen fuese la única prueba para ello; el dictamen estaba encaminado a demostrar la cuantía del daño, pero evidente resulta en el plenario, con los documentos obrantes en el mismo proceso ejecutivo, que el daño sí existió.

Es que las actuaciones del proceso ejecutivo mismo dan cuenta del embargo de bienes de la demandada ahora incidentista –cuentas bancarias- y, de la consignación que dicha parte realizó para que las cautelas se levantaran, lo que denota la existencia del daño, pues el hecho de que la parte ejecutada ahora incidentista viera aprehendidos los dineros de sus cuentas bancarias y tuviera que desprenderse de una suma de dinero para que éstas cuentas fueran liberadas, implica lógicamente que no pudo disponer por un tiempo de ese dinero, lo que de entrada es perjudicial para cualquier persona natural o jurídica, máxime para una sociedad comercial dedicada a la compra y venta de bienes -llantas-; inversión, importación y exportación (Véase certificado de existencia y representación legal de AUTOFAX obrante en el PDF denominado 3. FACTURAS Y ANEXOS). Y para dicha acreditación no era necesaria una prueba especialísima, ni un dictamen pericial, siendo suficiente la prueba documental que conforma el proceso ejecutivo mismo.

Obviamente, si la incidentista pretende el reconocimiento de otros perjuicios, como por ejemplo, porque iba a disponer de ese dinero para un negocio concreto y ello le conllevó pérdidas, sanciones u otras, lo que no se

demostraba con la prueba documental que compone el proceso ejecutivo mismo, necesario resultaría que arrimara el material probatorio adicional que diera cuenta de esos perjuicios específicos y su cuantía, pero eso es tópico que refiere al monto del perjuicio, pues se reitera, el solo hecho de que viera aprehendido un dinero que inicialmente tenía en sus cuentas bancarias y otro que luego pagó como caución, implica en sí mismo un daño que no podía dejarse de reconocer con el argumento de que se requería una prueba especialísima y adicional a la documental de las mismas actuaciones del proceso ejecutivo.

Y no se diga que el daño no se demostró por las deficiencias del dictamen, pues no es necesario realizar ni traer extensas discusiones jurídicas para afirmar que nuestra legislación y jurisprudencia han reconocido de antaño que, la falta de disposición de un dinero implica, por lo menos, la actualización del mismo al momento de su devolución, lo que de por sí conllevaba que se reconociera una suma adicional a la simple devolución del mismo dinero retenido a la parte ejecutada ahora incidentista, no siendo del caso estudiar aún a cuánto debe ascender esa suma adicional, pues eso se analizará de forma detallada al resolverse los demás reparos frente a la sentencia.

También alega que existió una omisión o error por parte de AUTOFAX, y su anterior apoderada al no haber dispuesto las medidas necesarias para retirar los dineros desembargados y constituir póliza con garantía real, lo cual dice no puede endilgarse a la ejecutante; pero, no evidencia este Tribunal omisión o error imputable a la parte ejecutada ahora incidentista, en tanto, la opción de constituir caución con póliza o con garantía real no fue planteada por el juzgado de primer grado (Véase folio 60 cuaderno de medidas cautelares), despacho que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 602 del C.G.P., que dispone *“El ejecutado podrá evitar que se practiquen embargos y secuestros solicitados por el ejecutante o solicitar el levantamiento de los practicados, si presta caución por el valor actual de la ejecución aumentada en un cincuenta por ciento (50%)”*, exigió caución

dineraria, con la que cumplió la incidentista, acatamiento de una orden judicial que no puede tildarse como negligente.

Así las cosas, imperioso resulta desestimar los reproches dirigidos a la negativa absoluta de las pretensiones del incidente.

2. La parte incidentista reclama el aumento del monto tasado por indemnización. Indica que AUTOFAX demostró con los testimonios del señor Héctor Fabio Restrepo Seguro y de la señora Lina Marcela Loaiza, Revisor Fiscal y Contadora, respectivamente, que esa empresa dejó de invertir en la importación, comercialización y ventas de llantas para vehículos, beneficio económico que no se liquida como liquidando intereses; sino, en la forma y términos efectuada por el perito.

Ahora bien, el señor Héctor Fabio Restrepo Seguro Revisor Fiscal de AUTOFAX S.A. indicó en su declaración que la retención de las sumas de dinero y la consignación para el levantamiento de las cautelas generó un detrimento en el flujo de caja de la compañía y que de ello daba cuenta en los informes mensuales que presentaba a AUTOFAX; que el objeto social de AUTOFAX es la importación y comercialización de llantas; que esos dineros se tuvieron como efectivo de uso restringido lo que significa que en esa partida se reconocen los recursos de los cuales la empresa no puede disponer, siendo este un efectivo que se tiene pero del cual no se puede disponer para realizar el objeto social; que los 475 millones de los que la compañía dejó de disponer eran un elemento fundamental para la compra de inventarios, especialmente la importación que se realiza mediante anticipos a proveedores asiáticos y el no contar con esos recursos implicó que los anticipos se redujeran en un 20% o 30% lo que afectó el tema de las compras y el stock de inventarios; que la rentabilidad neta es el porcentaje de la utilidad neta después de impuestos a los ingresos, es lo que queda de utilidades para los socios o accionistas como dividendos, la cual entre 2018, 2019 y 2020 estuvo entre el 2,03% y el 3%; que la rentabilidad neta se obtiene de los reportes financieros, especialmente del estado de resultados también conocido como estado de pérdida y ganancias y no es nada más que

dividir la utilidad neta en pesos que obtuvo la organización frente a los ingresos que obtuvo de allí sale el porcentaje de utilidad neta; que en el periodo 2018 se vio un detrimento en las utilidades de las compañías y especialmente en el porcentaje de rentabilidad; que el porcentaje de rentabilidad en 2017 fue del 2.03% y en el 2018 del 1.92% y ahí es donde se ve el detrimento en el porcentaje de rentabilidad; que si tuvieran los más de 400 millones retenidos el inventario hubiese rotado mejor; que el no tener recursos disponibles no les permitió mejorar las netas de rentabilidad; que si se compara 2017 contra 2018 hubo un detrimento y si se compara 2018 contra 2019 hubo un incremento en utilidades, pero las proyecciones que tenían con la disponibilidad de recursos superaba 1700 millones para el año 2019; que el estado de resultados se vió afectado por el rubro gastos financieros o intereses, el que no hubiesen tenido si no hubieran debido recurrir a créditos para poder obtener el mismo capital de trabajo, lo que debieron cubrir con entidades financieras a cambio de una tasa de interés, la cual afectó el estado de resultados y la utilidad neta ya que es un rubro que hace parte de los gastos financieros.

Lina Marcela Loaiza prestadora de servicios de Contabilidad a AUTOFAX por su parte dijo que por lo ocurrido en enero de 2018 donde Rueda Verde realizó un embargo, les fueron congelados unos dineros por 475 millones aproximadamente, dinero que quedó congelado como efectivo restringido lo que los perjudicó en la parte de disponibilidad de operaciones, pues al estar congelado no les produjo nada y solo fue en 19 de noviembre de 2020 que se pudo operar con disponibilidad de ese dinero; que la utilidad neta de la compañía en 2017 -2.04%- 2018 -1.92% y 2019 -2%-; que eso se obtiene de la comercialización de llantas y redistribución a nivel nacional en varios puntos de venta; que si hubieran tenido el dinero disponible sería para la compra de mercancía, de llantas y, que los depósitos que deben dar a las importaciones muchas veces son de contado.

De dichas declaraciones se puede extraer que, en efecto, la retención de unos dineros de las cuentas de AUTOFAX y el pago de la caución para el levantamiento de las cautelas generó perjuicios en dicha sociedad por la

falta de disponibilidad de ese dinero y, ese es asunto que se ha reconocido en el trasegar de esta providencia, pero lo que no puede desprenderse de forma determinante y concluyente de estas declaraciones cuya valoración extraña la incidentista recurrente, es el monto de las pérdidas o ganancias dejadas de recibir de esos dineros, esto, porque en primer lugar existe una inconsistencia fundamental en el dicho de los testigos, especialmente en el dicho del revisor fiscal; véase que ambos declarantes afirmaron que por la falta de disponibilidad del dinero plurimencionado AUTOFAX no pudo realizar compra y venta de llantas en la forma que habitualmente lo hacía, lo que implicaría entonces que el perjuicio está dado por el dinero dejado de recibir por la disminución en la compra y venta de llantas, pero al mismo tiempo el señor Héctor Fabio Restrepo Seguro dice que la compra de llantas sí se pudo realizar, pero para ello debieron acudir a préstamos con entidades bancarias, de dónde se concluiría que el perjuicio no se deriva de la falta de inversión sino de los intereses que debieron pagar para poder disponer del dinero que habitualmente usaban en sus operaciones, lo que no genera la claridad suficiente sobre el monto real de los perjuicios; en segundo lugar, porque ambos declarantes tienen relación directa con AUTOFAX, aunque no laboral, sí de prestación de servicios, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso debe ser valorado con mayor detenimiento por el juez en la sentencia y en armonía con el resto del material probatorio; de modo pues que las simples afirmaciones de los declarantes referidos, sin otra prueba adicional que clarifique y avale su dicho, es insuficiente para reconocer los perjuicios en los montos pretendidos por la incidentista.

Además, como acertadamente lo concluyó el juez de primera instancia, el dictamen pericial aportado por la incidentista debía ser desestimado debido a las inconsistencias graves del mismo, las que no pudieron ser explicadas por el experto; véase que el perito realizó una liquidación exagerada, que no logró esclarecer debidamente en la audiencia; por el contrario, en la sustentación del dictamen dio cuenta de las irregularidades del mismo, es así como, en el minuto 41 de la audiencia (audio 13.5) reconoció que en su cálculo indexó los intereses; en el minuto 47 dijo que aplicó una tasa de

interés compuesta, lo que va en contravía de la indexación que minutos atrás había reconocido haber realizado; no explicó con suficiencia cuál fue el modelo aplicado para la liquidación, pues si bien dijo haber usado un modelo internacional para liquidar rendimientos y las fórmulas que avalan y utilizan las altas cortes para la liquidación de lucro cesante, también dijo que, modificó dicha fórmula, aplicando intereses comerciales y no los legales (minuto 55), lo que resulta inadecuado si se tiene en cuenta que los intereses comerciales comprenden una indexación que implica que ésta no se pudiera realizar nuevamente y que, precisamente por ello, la Corte Suprema de Justicia liquida el lucro cesante con el interés legal y no el comercial. También reconoció el perito que compareció a instancia de la incidentista que, en su dictamen no tuvo en cuenta el hecho de que las sumas de dinero retenidas y pagadas como caución se ordenó devolver con ocasión de la sentencia favorable a la ejecutada, donde se dispuso el levantamiento de cautelas, señalando que hasta que presentó el dictamen no tenía conocimiento de dicha devolución, lo que resulta desacertado con la realidad procesal, en tanto el auto ordenando cumplir lo resuelto por el superior y disponiendo la entrega de los dineros retenidos, se emitió el 19 de octubre de 2020 y, el dictamen tiene como fecha el 19 de noviembre de 2020.

Por lo anterior este reparo tampoco sale adelante.

3. La incidentada por su parte, insistió en las inconformidades frente al dictamen aportado por la parte incidentista, porque se tasó de manera simultánea la indexación e intereses y porque se contempla el cobro de intereses por encima de la tasa de usura, lo que considera se debió sancionar con la pérdida de intereses a la luz del artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

En este punto pertinente resulta indicar que las falencias del dictamen fueron sancionadas por el juez de primer grado y confirmadas en esta instancia, lo que hace innecesario estudio adicional de las mismas. Si lo que pretende el recurrente es que por ello se hubiesen negado de forma rotunda

las pretensiones, es asunto que ya se explicó al abordar el primer grupo de reparos encaminados a la negativa de las pretensiones.

Ahora, en cuanto al tema de la pérdida de intereses por usura basta decir que dicha sanción se aplica cuando un acreedor cobra los mismos a su deudor, esto es, cuando existe una obligación ejecutiva en virtud de la cual el acreedor cobra y recibe intereses superiores a los legalmente permitidos, así se desprende claramente de la lectura de la norma que la consagra, la que establece: *“Sanción por el cobro de intereses en exceso .Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso a título de sanción”* (artículo 72 de la Ley 45 de 1990).

De modo pues que dicha sanción no aplica en este caso, donde apenas se estaba estableciendo el monto de la obligación para un eventual cobro de la misma, el que no se ha presentado.

Sobre este tópico resulta muy explicativo lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia de tutela STC 3112 del 13 de marzo de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta, donde, refiriendo a anterior providencia de esa misma Corporación, dijo la Corte:

*“Sobre esto último, ilustrativa resulta ser la sentencia de casación de la Corte, dictada el 30 de julio de 2009, exp. 00085-01, en la que se indicó: “En conclusión, la pérdida y devolución de los réditos pagados en exceso **sólo puede darse si previamente se entregaron**. Y sólo con tal fundamento habrá de operar la sanción que establece el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. (...). [L]as sanciones establecidas en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 proceden **en razón del pago que se realice en exceso de los intereses legalmente permitidos**. Al respecto señaló la Corte lo siguiente: “...pactada la tasa de interés del mutuo o no pactada, lo cierto es que si finalmente se paga excediendo los topes legales establecidos al efecto, hay lugar a la sanción legal dispuesta cuando se da tal infracción; queda a salvo sí verificar la incidencia del acuerdo previo y de las consecuencias que*

*correspondan por efecto de tal infracción, según que se trata de intereses remuneratorios o moratorios, a fin de establecer si siendo excesivos hay lugar a la rebaja o pérdida de unos u otros. Ahora bien, como el cargo tiene sustento en los errores de hecho que el recurrente individualiza y no en la comprensión jurídica de la sanción objetiva dispuesta por la ley, lo que de querer disputarse imponía a la censura orientar su acusación por la vía directa, cabe concluir, entonces, que este primer aspecto de la censura no puede alcanzar ningún éxito, pues que los efectos de tal sanción no se identifican estrictamente con los del pago de lo no debido; **lo cierto es que haya existido o no pacto de intereses, o que estos los haya dispuesto el acreedor a su antojo, únicamente corresponde establecer si los que fueron efectivamente pagados exceden el máximo de la tasa legal permitida**' (Sentencia S-217 del 27 de noviembre de 2002, no publicada oficialmente)" (resaltado adrede)» (CSJ STC, 19 jun. 2013, rad. 2013-00149-01, reiterada en CSJ STC6067-2016, 11 may.).*

En conclusión, el simple reclamo de intereses remuneratorios en una tasa superior a la que, ante el silencio de las partes, determina el legislador mercantil, no es – ni por asomo– bastante para sancionar oficiosamente al ejecutante, como aquí se hiciera con el único propósito de mantener, mediante argumentos distintos, la decisión que el tribunal ya había considerado como incompatible con los derechos fundamentales del actor”.

La parte incidentada recurrente también alega que el perito de la parte incidentista no aportó la documentación exigida en la norma y por ende el mismo no debe ser considerado como dictamen, pero dicho reparo no tiene relevancia porque el dictamen fue descartado y además, revisados los folios 25 a 34 del archivo denominado 01.2. DICTAMEN - LIBRO 1, se evidencia que el profesional que realizó dictamen por solicitud de la incidentista AUTOFAX, aportó, entre otros, hoja de vida reseñando la experiencia profesional, diploma de grado como contador público, diploma de especialización en legislación tributaria, diploma de especialización en gestión financiera y empresarial, tarjeta profesional, constancia de estar inscrito como perito del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín.

Finalmente, aduce la parte incidentada que el juez de primer grado no aplicó las reglas de la responsabilidad civil al momento de tasar los presuntos intereses, liquidándolos bajo intereses comerciales, argumentando ello en el hecho de que las dos entidades en litigio son comerciantes, lo cual, dice la recurrente, va en contravía de las disposiciones legales, pues, en el eventual

caso de que la incidentada tuviese que reconocer unos intereses, los mismos deberían ser los legales, como quiera que el incidente de perjuicios se rige por las reglas del proceso de responsabilidad civil.

Como se viene diciendo, el monto de los perjuicios corresponde en este caso al dinero que dejó de percibir la incidentista por haber tenido que desprenderse durante un periodo de tiempo de un dinero como consecuencia de las cautelas y, su cuantía debe atender a lo que se hubiese demostrado debidamente en el proceso como suma dejada de percibir; así entonces, por ejemplo, si la incidentista acredita que dicha suma, retenida por las cautelas y consignada para el levantamiento de las mismas, la utilizaba para realizar inversiones y de las mismas habría obtenido determinado rédito, ese rédito sería el que también se debería reconocer, indistintamente si coincide o no con la tasa de interés legal o con la tasa de interés comercial.

Claro se tiene entonces que el componente base para determinar los perjuicios son las sumas que le fueron retenidas a AUTOFAX y la que pagó para el levantamiento de las cautelas, pero lo concluyente es establecer cuáles fueron los réditos que demostró AUTOFAX haber dejado de percibir de dicha suma.

El examen del expediente da cuenta que AUTOFAX no demostró debidamente cuál fue el rédito que dejó de percibir por la falta de disponibilidad de esas sumas de dinero, pues como se dijo, los testimonios no dan certeza si dicha empresa pudo realizar la compra y reventa de llantas pero con dinero prestado o si finalmente en la inversión para compra y reventa de llantas no pudo tener la disponibilidad total del dinero, lo que sumado a las falencias ya reseñadas del dictamen implica falta de prueba para acreditar los perjuicios en el monto pretendido.

Ahora, el juez de primer grado acudió a las reglas de la experiencia para determinar el perjuicio en un monto igual a los intereses comerciales dejados de percibir por la incidentista –entidad comerciante- y derivados de la falta de disponibilidad de un dinero para realizar sus actividades comerciales y,

si bien esa conclusión no puede predicarse como descabellada, no es la que coincide con lo establecido por nuestro máximo órgano de decisión civil, en tanto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ha determinado en asuntos como el presente, que el perjuicio por lucro cesante derivado por la falta de disposición de una suma de dinero retenida con ocasión de una cautela, cuando no se acredita un perjuicio adicional, es una suma correspondiente a la tasa de interés legal, por tratarse de una responsabilidad civil derivada de un posible abuso del derecho y, no de un negocio comercial.

Sobre el particular, oportuno resulta traer a colación la sentencia del dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), Expediente No. 4159 M.P. Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA, providencia citada también por la Corte Constitucional en Sentencia T-901/02, en la cual explica la Corte Suprema de Justicia:

“3.3.3. Ahora bien, como quiera que, de una parte, no aparece en el expediente prueba que acredite la existencia de un lucro cesante especial que demuestre lo dejado de percibir por la no explotación de la maquinaria inmovilizada por las medidas cautelares, sino únicamente aquella que, según la documentación y el experticio mencionado revelan la existencia de la inmovilización de un capital, el correspondiente al valor de la citada maquinaria, la Sala no puede llegar sino a la conclusión de que lo pedido en la demanda fue el lucro cesante por la “inmovilización y no explotación económica” de un capital representado en 25 tractores, cuya falta de explotación real no fue precisada; y respecto de ella, lo único que la Sala encuentra probado, como lucro cesante, es aquello dejado de percibir por dicho capital, representado en el valor de la mencionada maquinaria, esto es, la renta que esta última suma habría de producir y que no se percibió, ya que, por encontrarse inmovilizado, no pudo obtenerse el precio de la venta a la cual estaba destinado.

*De otra parte, también observa la Sala que como esta obligación de indemnizar los perjuicios causados por la parte demandada en este proceso, conforme a lo expuesto **no tienen su fuente en un acto mercantil sino en la responsabilidad civil derivada del abuso del derecho por embargo y secuestro infundados, el lucro cesante a cuyo pago ha de ser condenada la parte demandada, habrá de calcularse teniendo en cuenta para el efecto el interés legal** que habría producido la suma \$54'799.187 (valor de los 25 tractores secuestrados el 14 de junio de 1983), hasta la fecha en que éstos fueron entregados a Carlomack Ltda, luego de levantadas las medidas precautorias, es decir, hasta el 30 de marzo de 1987 (diligencia de entrega fls. 107 a 115, C-1), cálculo éste para el cual habrá de*

aplicarse el artículo 1617 del Código Civil, que fija el interés legal en el 6% anual.

3.3.4.- De esta suerte, se tiene que el interés legal del 6% anual producido por la suma de \$54'799.187, desde el 14 de junio de 1983 hasta el 30 de marzo de 1987, es decir, durante 3 años, 9 meses y 15 días, es de \$12'466.815.03, que se descomponen así: a) del 14 de junio de 1983 al 14 de junio de 1986 (3 años), la suma de \$9'863.853.66, a razón de \$3'287.951.22 anuales; b) del 15 de junio de 1986 al 15 de marzo de 1987 (9 meses), la suma de \$2'465.963.41; c) del 16 de marzo de 1987 al 30 de marzo del mismo año (15 días), la suma de \$136.997.96. Ello significa, entonces, que el lucro cesante de que fue víctima la parte demandante durante los 1381 días en que permanecieron secuestrados los 25 tractores marca Pascuali de que da cuenta la demanda, es de \$12'466.815.03, a cuyo pago será condenada la parte demandada, sin que, en el caso sub-exámine por lo antes expuesto, pueda la Corte pronunciarse sobre intereses o corrección monetaria de la mencionada suma” (Resaltado intencional).

De modo pues que el reparo de la parte incidentada sobre el monto de perjuicios reconocido con fundamento en el interés comercial sí debe prosperar y en su lugar modificar la suma reconocida por concepto de perjuicios.

Para este particular se tiene entonces como fechas relevantes en la liquidación: el 25 de enero de 2018 es la fecha de la primera consignación del Banco de Occidente por medidas cautelares por un valor \$117.322.665; el 26 de enero de 2018 es la fecha de la segunda consignación por \$77.667.334 y, el 14 de febrero de 2018 la fecha de la consignación de la suma de \$280.175.922 para el levantamiento de las cautelas. Y el 20 de octubre de 2020, es el día siguiente al auto que dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto por el superior en la sentencia que revocó la de primer grado, por ende hasta esa fecha procede la liquidación de perjuicios, así:

LIQUIDACIÓN DE CRÉDITO CON TASA LEGAL O FIJA						
Vigencia		Tasa Mes	LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO			
Desde	Hasta		Capital	Días	Valor Intereses	Total Crédito
25-ene-18	20-oct-20	0,5%	\$117.322.665,00	986	\$19.280.024,62	\$136.602.689,62
26-ene-18	20-oct-20	0,5%	\$77.667.334,00	985	\$12.750.387,33	\$90.417.721,33
14-feb-18	20-oct-20	0,5%	\$280.175.922,00	967	\$45.155.019,43	\$325.330.941,43
TOTAL CRÉDITOS: >>>>>>>>					\$77.185.431,38	\$552.351.352,38
Vigencia		Tasa Mes	LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO			
Desde	Hasta		Capital	Días	Valor Intereses	Total Crédito
21-oct-20	20-sep-21	0,5%	\$77.185.431,38	330	\$4.245.198,73	\$81.430.630,11
			TOTAL CRÉDITOS: >>>>>>>>			\$81.430.630,11

La liquidación de dichas sumas de dinero con intereses a la tasa del 6% hasta la fecha de esta sentencia asciende entonces a un total de \$81.430.630,11, que es el monto de perjuicios que se reconocerá a la incidentista.

IV. CONCLUSIÓN Y COSTAS

En consecuencia, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia disminuyendo la suma reconocida como perjuicios y se condenará en costas de esta instancia a la parte incidentista AUTOFAX S.A –a quien no le prosperó la alzada – a favor de la incidentada CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE –a quién le prosperó parcialmente el recurso de apelación-.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN - SALA TERCERA CIVIL DE DECISIÓN, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

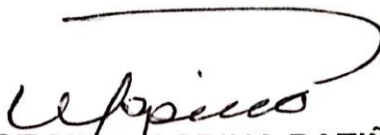
PRIMERO. MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín en audiencia celebrada el día 26 de febrero de 2021, el cual quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE, a pagar a AUTOFAX S.A., la suma de \$81.430.630,11”.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA a la parte incidentista AUTOFAX S.A –a quien no le prosperó la alzada -favor de la incidentada CORPORACIÓN POSCONSUMO DE LLANTAS RUEDA VERDE – a quién le prosperó parcialmente el recurso de apelación-. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (art. 5 numeral 8 Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016).

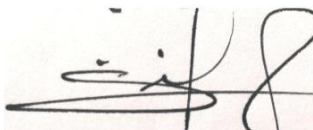
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

(Firma escaneada conforme al art. 11 del Decreto 491 de 2020 Ministerio de Justicia y del Derecho)
Utilizada para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín



JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO

(Firma escaneada conforme al art. 11 del Decreto 491 de 2020 Ministerio de Justicia y del Derecho)
Utilizada para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín

Salvamento de Voto (SE ADJUNTA)



CARLOS ARTURO GUERRA HIGUITA

(Firma escaneada conforme al art. 11 del Decreto 491 de 2020 Ministerio de Justicia y del Derecho)
Utilizada para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín