

S-2022

Procedimiento:

Demandante:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Verbal

Alberto Qungueán Gómez

Arco Ltda. y otros

05001 31 03 018 2019 00227 01

Confirma sentencia.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL**

Medellín, once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia del 02 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Medellín, dentro del procedimiento ordinario de responsabilidad civil contractual incoado por el señor Alberto Quenguán Gómez en contra de la Voz de Río Grande (hoy la VOZR S.A.S), Arco Ltda (hoy Racol Medellín S.A.S) y Advanced Media S.A.S. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

I. ANTECEDENTES

Pretensiones. Solicita el accionante que se declare a los demandados responsables por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas de sendos contratos de concesión para la utilización de un espacio radial para la transmisión de partidos de fútbol profesional colombiano, incumplimiento frente al cual pide como condena que se ordene a los demandados pagar la suma de \$843.321.046 por concepto de lucro cesante pasado, los cuales, según el demandante, corresponden a los dineros dejados de percibir durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 ante el aludido incumplimiento contractual de las sociedades demandadas, suma esta que se encuentra soportada en el flujo de caja proyectado realizado por el contador.

2. Fundamentos de hecho. En sustento fáctico de lo peticionado, adujo el apoderado de la parte actora que:

2.1. El Señor Alberto Quenguán Gómez se ha desempeñado como locutor y comentarista de radio desde hace aproximadamente 25 años, tiempo en el cual ha trabajado en cadenas radiales como Col mundo, Caracol Radio, RCN Radio y Todelar.

2.2. Que el 28 de julio del año 2012, el Señor Alberto Quenguán Gómez y la emisora Cadena Radial Todelar, acordaron que aquél sería concesionario respecto de la utilización del espacio radial para la transmisión de partidos de fútbol profesional colombiano en dos emisoras pertenecientes a la Cadena Radial Todelar -hoy llamada Advanced Media S.A.S.-, a saber: las emisoras La Voz Del Rio Grande 910 AM y Claridad 1020 AM. De ese modo, suscribieron contrato que se prolongó de manera sucesiva hasta el 20 de diciembre del año 2016. Que, en el parágrafo primero de la cláusula primera de los contratos suscritos por el actor, con La Voz Del Rio Grande LTDA, se pactó lo siguiente: “(...) Emisora LA VOZ DEL RIO GRANDE 910 AM, garantiza sólo la señal en Medellín y el área Metropolitana, como emisora local (...)”

2.3. Que, para la ejecución de ambos contratos se pactó que correría por cuenta del concesionario, en este caso el Señor Alberto Quenguán Gómez, el pago de todos los gastos que se llegaren a causar por la transmisión de los partidos de fútbol y del programa radial “Mundo Deportivo Y Social, Gente Deporte Y Punto”; razón por la cual, la cadena radial se comprometió a prestar las condiciones técnicas para que el audio de las transmisiones fuera excelente, implicando con ello una transmisión con un sonido óptimo, sin interferencias ni salidas del aire; toda vez que estas condiciones son las que le permiten al concesionario vender a sus clientes las pautas publicitarias, mismas que contrató con reconocidas marcas de la ciudad.

2.4. Que, para cada uno de los contratos pactados entre el Señor Alberto Quenguán Gómez y las emisoras de la cadena radial Todelar, hoy llamada ADVANCED MEDIA S.A.S., el actor tomó pólizas de seguro de cumplimiento particular, donde el beneficiario era La Voz Del Rio Grande LTDA y La Asociación Radial Colombiana LTDA respectivamente, en las cuales se estipuló que el objeto del seguro era garantizar el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato firmado por las partes, referente a la utilización del espacio para las transmisiones de determinado número de partidos de fútbol y del programa "MUNDO DEPORTIVO Y SOCIAL, GENTE DEPORTE Y PUNTO", las cuales fueron ejecutadas por aquellas emisoras.

2.5. Que, continuamente se presentaron problemas técnicos o fallas en el sonido en las emisoras La Voz del Rio Grande 910 AM y Claridad 1020 AM, pues,

durante las transmisiones el sonido era de mala calidad; en muchas ocasiones la emisora quedaba por fuera del aire hasta por cinco minutos, hechos estos que siempre fueron notificados a la cadena Todelar por medio de correos electrónicos, llamadas telefónicas y los reportes presentados por los operadores de audio de la cadena, es decir, los Señores Oswaldo Ruiz Gutiérrez y Jorge Iván Arguelles Cuadros.

2.6. Que, las distintas fallas técnicas debidamente certificadas dejan en evidencia los incumplimientos por parte de las demandadas en cuanto a sus obligaciones contractuales, las cuales consistían, por un lado, en dar un espacio radial o transmisión con un sonido óptimo, libre de interferencias ni salidas del aire, para así poder ser escuchado por los oyentes y; segundo, en cuanto lo relacionado con el alcance de la frecuencia radial, que la empresa se comprometió con una zona de cobertura que comprendía a Medellín y su área metropolitana, incluyéndose en esta última Barbosa, Bello, Caldas, Copacabana, Envigado, Girardota, Itagüí, La Estrella, Sabaneta, Don Matías, Entreríos, San Pedro, Santa Rosa, Armenia, Ebéjico, Heliconia, San Jerónimo, Santafé de Antioquia, Sopetrán, Carmen de Viboral, Concepción, El Retiro, El Santuario, Guarne, La Ceja, La Unión, Marinilla, Rionegro, San Vicente, Amagá, Angelópolis, Pueblo Rico, Santa Bárbara y Venecia.

2.7. Que las fallas y el incumplimiento anterior conllevó a que el actor no pudiera dar cumplimiento a lo ofertado por él a sus clientes, esto es, no pudo cumplir con las pautas publicitarias que se ejecutarían en los espacios radiales contratados con las demandadas y, las cuales finalmente no pudieron ser ofrecidas de manera exitosa, pues el audio de las transmisiones estaba gravemente afectado y el cubrimiento no era el ofertado y finalmente contratado, pues las emisoras no contaban con el cubrimiento en todos los municipios mencionados anteriormente, circunstancias todas que ocasionaron los perjuicios patrimoniales que reclama.

3. Contestación de la demanda. La demanda correspondió al Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Medellín, quien por auto calendado el 09 de septiembre de 2019 procedió a admitirla y dispuso imprimírsele el trámite pertinente y la notificación del auto admisorio, para efectos de corrérsele traslado a los demandados por el término instituido por la ley.

3.1. Notificados los demandados, contestaron a través de distintos apoderados, en primer lugar, la sociedad Avanced Media S.A.S., adujo no constarle las

concesiones o negociaciones a que se refieren los hechos de la demanda. Indica, que el demandado confunde el objeto social de esta sociedad (antes Todelar Radio SAS), con la que se denomina Cadena Radial Todelar, advirtiendo que si bien AVANCED MEDIA SAS utilizó como razón social Todelar Radio SAS, esta nunca desarrolló labores de radiodifusión, ni es o ha sido concesionaria de espacios radiales o frecuencias por parte del Ministerio de las TIC, amén que su objeto social está restringido a actividades relacionadas con pauta radial publicitaria y de medios.

Seguidamente, solicitó pruebas de todos y cada uno de los hechos narrados en la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma y, formuló las excepciones que se dio en llamar: **i)** falta de legitimación en la causa por pasiva; **ii)** inexistencia de la obligación de reconocimiento del derecho pretendido; **iii)** mala fe y temeridad; **iv)** buena fe y, **v)** genérica.

3.2. Por su parte, las sociedades codemandadas VOZR S.A.S (antes la Voz de Rio Grande) y RACOL MEDELLÍN S.A.S. (antes Arco Ltda), que hacen parte de Todelar Radio, si bien reconocieron la existencia del contrato, no obstante alegaron las siguientes salvedades: que no hay prueba de que el programa que cita el actor se haya posicionado en el mercado, toda vez que no existe en el expediente una sola prueba que demuestre algún nivel de recordación en la audiencia, mucho menos una encuesta o estudio que pruebe el posicionamiento del programa radial o de la marca, luego, por tal razón, lo dicho no es más que una afirmación del demandante carente de fundamento que ningún efecto puede tener al interior del proceso.

Que, entre las partes se firmó un contrato de concesión para la utilización de un espacio radial, no obstante, es menester precisar que el mismo no se ejecutó de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 20 de diciembre de 2016 -como parece sugerirlo la parte demandante-, toda vez que cada contrato tenía una vigencia concreta y particular. De manera que, al finalizar un contrato, la firma del siguiente no sucedía de forma inmediata, pues, por el contrario, las partes, conscientes de que se trataba de un negocio jurídico nuevo, negociaban sus condiciones y luego de ello procedían con el perfeccionamiento del mismo y su ejecución. Lo anterior es relevante, dice el demandado, para denotar que no nos encontramos frente a un único contrato, con vigencia del 28 de julio de 2012 al 20 de diciembre de 2016, porque realmente existen varios contratos individuales

sobre los cuales, como es natural, debe realizarse un análisis particular, entre otras cosas, acerca de los términos de prescripción, incumplimiento, etc.

Añadió que, dentro de las dentro de las valoraciones y riesgos que la empresa puede asumir, en ocasiones exige a sus concesionarios de espacios radiales la constitución de seguros de cumplimiento. Este tipo de seguros es útil, precisamente, en casos como el del Sr. Quenguán, quien incumplió sus obligaciones contractuales, al dejar de pagar las sumas de dinero pactadas a favor de las demandadas.

Adujo, así mismo, que el demandante lanza acusaciones abstractas y ambiguas, además, que jamás se presentaron incumplimientos contractuales por parte de las demandadas, quienes siempre acataron su obligación de disponer de un espacio radial a favor del concesionario.

Desconoció todos y cada uno de los hechos narrados en la demanda y, por ahí mismo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones esgrimidas y blandió las siguientes excepciones de mérito: **i)** cumplimiento de obligaciones contractuales; **ii)** falta de dolo o culpa atribuible a las demandadas; **iii)** diligencia y cuidado por parte de las empresas VOZR S.A.S y RACOL MEDELLÍN S.A.S.; **iv)** excepción de contrato no cumplido; **v)** indebida fijación de perjuicios por desbordamiento de límites legales; **vi)** prescripción; **vii)** buena fe y, **viii)** la genérica.

3.3. Es de anotar que, con el asentimiento de las partes enfrentadas, la codemandada sociedad Advanced Media S.A.S fue desvinculada del proceso.

4. De la sentencia impugnada. Surtido el trámite procesal correspondiente se dictó sentencia el pasado 02 de julio de 2021, mediante la cual el *a-quo* absolvió de las pretensiones a los demandados y condenó en costa a la parte demandante.

Luego de una semblanza de los hechos y pretensiones de la demanda, el dispensador de justicia pasó analizar los elementos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual, de cara al contexto normativo del cual surgió el presente conflicto, es decir, la ley 72 de 1989, el decreto 1900 de 1990 y la ley 80 de 1993, que versaba sobre las telecomunicaciones y afines, describiendo los

alcances y actividades que se relacionan con el concepto, además, señalando que se trata de un servicio público que se podía prestar a través de concesiones, licencia o permiso, que se celebran con entidades estatales para explotar en el espacio electromagnético, que pese a ello ostenta la calidad de privado.

De este modo, al abordar el estudio de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil contractual demandada, se detuvo en analizar si el demandante ostentaba la calidad de contratante cumplido, si las circunstancias relativas a las fallas técnicas en la calidad del sonido, el audio y la cobertura de la señal, condujeron al quiebre del equilibrio contractual, partiendo para ello de si estaba acreditado la culpa y el daño.

Al adentrarse al estudio del acervo probatorio obrante en el expediente, halló entonces acreditado el funcionario que existía un contrato válidamente celebrado entre las partes, el cual consistía en la concesión de dos espacios radiales en las frecuencias 910 a.m. y 1020 a.m. a partir del cual se generaron una serie de obligaciones, las cuales, agregó, fueron incumplidas para enero del 2016 por el señor Quenguán Gómez -aquí demandante-, incumplimiento en lo que corresponde al pago de lo estipulado en el contrato, hecho confesado por el mismo demandante, quien admitió no haber pagado, impago que justificó en virtud de las fallas que presentaba el sonido en las frecuencias radiales utilizadas para la transmisión de sus programas, lo cual generó la activación de las pólizas por parte de las empresas radiales, para cuyo efecto se dio todo el trámite interno tendiente a demostrar el incumplimiento generador de perjuicios, sin embargo, quedó adeudando un saldo de aproximadamente 30.000.000.

De otro lado, agregó el dispensador de justicia que si bien de las declaraciones recibidas en el proceso se pudo averiguar que la frecuencia presentaba fallas técnicas, además que no presentaba un sonido óptimo, lo que viene a poner en entredicho la calidad del servicio y daría pie para justificar el incumplimiento de parte del señor Quenguán Gómez, sin embargo, por ahí mismo no admitió dicha justificación en el incumplimiento del actor por lo siguiente: **i)** porque cada uno de los contratos se celebró con un plazo y duración determinados, al punto que cada contrato se liquidaba y las partes celebraban uno nuevo, por ende, la relación no fue continua e ininterrumpida, luego, no se podía aplicar una mirada retrospectiva para enjuiciar de modo uniforme la relación, porque ello sería desconocer la individualidad de cada contrato y desconocer además las

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron las fallas contractuales imputadas; **ii)** que desde que se celebró el primero de los contratos en julio de 2012, ya el demandante conocía las fallas técnicas que se presentaban en la emisora y los problemas de cobertura, cuyo conocimiento no lo desmotivaron para continuar celebrando contratos sucesivos, aludiendo en este punto a la buena fe que debe guiar la relaciones contractuales, para enseguida colegir, que el actor conoció y toleró las dificultades técnicas que no le impidiera el desarrollo de los contratos, de modo que no podía ir en contra de su propio acto.

Acorde a lo anterior, estimó innecesario entrar a estudiar el elemento culpa, ante el incumplimiento de la parte actora en el pago de los estipendios contractuales y, además, por haber liquidado los contratos e iniciado nuevas relaciones contractuales, pese a las circunstancias que en su momento no fueron tenidas como incumplimiento esencial por parte del accionante, contrario a ello, siempre se mostró tolerante a su ocurrencia, lo que excusó del estudio del elemento culpa en cabeza de los demandados y de los restantes elementos de la responsabilidad civil contractual, ante la falta de demostración de ser contratante cumplido y el correlativo incumplimiento de los demandados.

5. De la impugnación. La sentencia fue apelada en término por el apoderado de la parte demandante, debiéndose recordar que la sociedad Avanced Media S.A.S fue desvinculada del proceso. Concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, de conformidad con el artículo 14 del decreto 806 de 2020 se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió la parte recurrente de la manera como pasa a compendiarse:

El recurso lo desplegó desde diversas aristas: en primer lugar, indica que el artículo 1604 del Código Civil no establece la carga dinámica de la prueba sino la aplicación de un principio del derecho civil centenario, al predicar la citada normativa que, para efecto de demostrar el cumplimiento de las obligaciones, incumbe al deudor, de quien se predica el daño, la prueba de la diligencia y cuidado de quien ha debido emplearla.

Así mismo, increpa de errática la valoración probatoria que realizó el funcionario, pues, en su sentir, se omitió apreciar los interrogatorios de parte -tanto del actor como de los representantes legales de las entidades radiales demandadas-, así

como los testimonios decretados, donde se acreditan los problemas de la emisora con respecto al sonido y la cobertura de señal, lo que llevaba sin duda a que se presentara allí problemas para el señor Quengúan con respecto a sus clientes que pautan en la emisora, así como las constantes quejas y la deficiencia del sonido y las retransmisiones que se hacían por tales problemas.

Agregó que la documentación y en particular el informe de la agencia del espectro da cuenta de la deficiencia del sonido y cómo ésta se encontraba a un nivel muy bajo de frecuencia, lo que condujo a un incumplimiento del contrato de concesión y en particular de la clausura primera de todos y cada uno de los contratos en cuanto a la garantía de la señal y no en vano por ello las demandadas ante el mal sonido y las promesas incumplidas de mejorar el sonido a estado sólido, le habían permitido al actor extender los plazos de pago.

Alude finalmente a que para el caso sometido a estudio se acredita con la prueba en su conjunto que las partes asintieron en la forma de pago por lo defectuoso del sonido y la falta de cobertura de la señal radial, incluso al interior del mismo estadio Atanasio Girardot, situación que se mantuvo a la expectativa y mediada por la necesidad del concesionario de que se iba a mejorar la situación, lo que vino a hacer la demandada posterior a la salida del Señor Alberto Quengúan.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Del examen preliminar realizado al proceso, se establece que los diversos presupuestos procesales concurren a cabalidad para dictar el fallo de mérito que desate la impugnación vertical, de igual manera, no se observa alguna irregularidad que afecte la validez de la actuación desarrollada.

2. De la responsabilidad civil contractual. Nuestro ordenamiento sustantivo civil considera la existencia de las fuentes de las obligaciones, entre otras normas, en el artículo 1494, al disponer que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho*

voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Dentro de estas proposiciones se destaca la noción de negocio jurídico, el que se constituye en el pilar fundante de la responsabilidad civil contractual.

2.1. En ese sentido, de lo dispuesto por los artículos 1613 y siguientes del Código Civil se deduce que son tres las especies de responsabilidad civil contractual que contempla el derecho colombiano, pues aunque de una manera general se suele decir que la responsabilidad civil contractual se deriva del incumplimiento de un contrato, tal incumplimiento puede tener connotaciones muy particulares y, por ello, la norma mencionada hace referencia a tres clases del fenómeno, por lo cual se deduce que existen tres especies de este tipo de responsabilidad: la derivada de la definitiva inejecución del contrato, la que es consecuencia del mero retardo y la que ocurre cuando el obligado cumple, pero de manera imperfecta. Esta regla es concordante con el conocido artículo 1546 de la misma obra civil sustantiva que presume la existencia de perjuicios por el solo hecho del incumplimiento; pero agrega un nuevo concepto que no se ve desarrollado en otras normas del código, esto es, el del cumplimiento imperfecto, que también genera perjuicios.

En la responsabilidad por la inejecución del contrato, el incumplimiento es total y definitivo y significa que el contrato nunca se ejecutó ni se va a ejecutar. Esta es la responsabilidad que se deriva en contra del contratante incumplido cuando se declara la resolución de un contrato. En tal evento, el trasgresor debe al otro contratante los perjuicios compensatorios derivados del hecho de verse privado de las prestaciones que el contrato le traería.

En la responsabilidad por retardo, el contrato se cumple, pero no en el tiempo fijado por los contratantes sino después. En esta hipótesis, el contratante incumplido sólo está obligado a pagar perjuicios moratorios, es decir, los que se originan en el hecho del retardo. Entre tanto, en la responsabilidad por cumplimiento imperfecto, el contratante ha cumplido su obligación y, sin embargo, al momento de cumplirla ha causado perjuicios a la otra parte - derivados del mismo contrato-. Pocas alusiones se encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la ejecución imperfecta de un contrato o del cumplimiento imperfecto, como dice la norma, pero es evidente que el legislador

previó como posibilidad que en esa hipótesis también se podrían causar perjuicios antijurídicos y la consiguiente obligación de resarcirlos.

2.2. A la postre, entonces, para que se configure una responsabilidad civil de tipo contractual deben reunirse cuatro requisitos esenciales como son: a) la existencia de un contrato válido, b) el daño derivado de la inejecución o de la ejecución defectuosa o tardía del contrato, c) la culpa del deudor o del acreedor contractual y, d) el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento del contrato.

3. Caso concreto. El caso traído ante la justicia encajaría en la hipótesis del cumplimiento imperfecto de diez contratos de concesión de espacio para la utilización de espacio radial, celebrados por el actor con las entidades radiales La Voz de Rio Grande en los siguientes periodos de tiempo: **i)** entre el 28 de julio y el 28 de diciembre de 2012; **ii)** desde el 2 de febrero hasta el 29 de junio de 2013; **iii)** del 26 de enero hasta el 01 de junio de 2014 y, **iv)** del 31 de enero hasta el 20 de enero de 2016. Mientras que con la codemandada ARCO LTDA (Asociación Radial Colombiana) los celebrados para el periodo comprendido entre **i)** el 3 de julio hasta el 28 de diciembre de 2012; **ii)** el 02 de julio hasta el 27 de septiembre de 2013; **iii)** el 27 de enero hasta el 30 de junio de 2014; **iv)** el 10 de enero hasta el 25 de enero de 2015; **v)** 01 de julio hasta el 31 de diciembre de 2015 y, **vi)** el 01 de febrero de 2016, pues las fallas técnicas, de potencia y de cobertura endilgadas a las sociedades demandadas, necesariamente significan la ejecución imperfecta del contrato.

Concierne recordar que, en su fallo, el juez *a quo* al adentrarse en el estudio de los elementos configurativos de la responsabilidad civil contractual, indicó que el señor Quenguán Gómez no era un contratante cumplido, como que dejó de pagar el precio estipulado en el contrato de concesión, lo cual generó la activación de las pólizas por parte de las empresas radiales, para cuyo efecto se dio todo el trámite interno tendiente a demostrar el incumplimiento generador de perjuicios, pese a lo anterior, el señor Quenguán Gómez quedó adeudando un saldo de aproximadamente \$30.000.000,00, a lo anterior, sumó el dispensador de justicia que en cada periodo contractual el actuar del señor Quenguán Gómez al finiquitar un contrato y dar inicio a uno nuevo, por ahí mismo se excusó para cumplir con la obligación suya de pagar, en las fallas técnicas y de cobertura que presentaban las emisoras y, pero curiosamente, pese a conocer las fallas, ese

hecho no lo desmotivó para continuar celebrando contratos sucesivos con las aludidas entidades radiales, circunstancias que, en su momento, no fueron tenidas como incumplimiento esencial por parte del accionante, contrario a ello, siempre se mostró tolerante a su ocurrencia.

De ahí que en la exteriorización del recurso de apelación, el recurrente indique que con el informe de la agencia del espectro, se demostró la deficiencia del sonido y como ésta se encontraba en un nivel muy bajo de frecuencia, eso fue lo que condujo a un incumplimiento del contrato de concesión de espacio radial por parte de las empresas radiales demandadas y, en particular de la cláusula primera de todos y cada uno de los contratos celebrados, en cuanto la garantía de la señal, lo que explica, agrega el recurrente, que esa fue la razón por la cual le permitieran extender los plazos de pago contractual.

3.1. Bien, el Tribunal se anticipa a señalar que comparte la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia, pues lo cierto es que el demandante señor Alberto Quengúan Gómez, al ejercitar el derecho de acción mediante la demanda, también para legitimarse como promotor de la presente acción debía demostrar que honró sus obligaciones como lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, es decir, que le incumbía ostentar de modo irrefragable la condición de contratante cumplido, pues, aunque el funcionario no lo dijo, la aludida falta de demostración por parte del demandante de la observancia de sus obligaciones contractuales, no es otra cosa que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, alegada de forma oportuna por la emisora demandada y, en ese aspecto, se adicionará la sentencia recurrida.

3.2. Como bien lo recalcó el funcionario, ocurre que el demandante Alberto Quengúan Gómez, conforme se observa en el cruce epistolar que se realizó entre él y los directivos de la emisora Todelar, señora María Clara Tobón, Enrique Olano y Sandra Milena Gómez, sí incurrió en mora en los pagos del valor de los derechos de transmisión radial que adquirió como concesionario, hasta el punto que, cuando los realizaba, quedaban saldos pendientes, de ahí los múltiples requerimientos que se le hicieron desde el área de cartera de la empresa radial, lo cual revela, además, que los pagos eran cubiertos a destiempo y se fueron acumulando hasta alcanzar cuantiosas sumas, siendo una de ellas la que cubrió de forma extemporánea por un valor de \$9.000.000, tras un acuerdo de pago con Todelar y ante la amenaza sobreviniente de suspenderle el programa radial “*Mundo Deportivo*”, haciéndole saber además,

que para diciembre de 2015 debía tener una deuda mínima de \$4.480.000, para efectos de la cobertura del seguro previsto en el contrato en caso de incumplimiento.

Ahora, el hecho que la entidad radial recibiese el pago tardíamente, no significa que la mora haya sido purgada, o que hubiere aceptado que el sonido era defectuoso. El hecho tiene otra explicación, puesto que el mismo señor Quenguán Gómez, incluso desde el año 2014, solicitó recurrentemente la ampliación del plazo para cubrir el pago del contrato hasta 90 días, siempre advirtiendo de **forma unilateral** que el sonido era defectuoso porque sus amigos y gente conocida así se lo informaban y, a consecuencia de ello, explicó, era esa la razón por la cual los clientes empresariales que pautaban con él tampoco le estaban pagando el valor de las pautas comerciales, pero llama la atención que, no obstante esa deficiencia en el cumplimiento del contrato por las demandadas, persistía en señalar que debía recuperar la inversión que había realizado con el patrimonio familiar para sacar a flote la emisora Todelar S.A., misma que, en su sentir, había dejado de ser lo que fue en otrora en la ciudad de Medellín. Sin embargo, la no obtención por parte de la emisora de esas sumas contractuales adeudadas por el señor Quenguán Gómez para el año 2016, fue suficiente para que la terminación unilateral del contrato por parte de emisora se tuviera plenamente justificada.

3.3. La Sala, al analizar al detalle el interrogatorio de parte del aquí demandante señor Quenguán Gómez, observa además que las constantes quejas elevadas por éste, relativas al deficiente sonido, otras a las medidas de la cabina destinada para presentar su programa radial y otras, en cuanto a la cobertura y potencia de la frecuencia respecto de las emisoras 920 am y 1020 am, fueron atendidas y desvirtuadas por el equipo técnico de Todelar y notificadas al señor Quenguán, ***“previo al inicio de cada transmisión de su respectivo programa”***, de ese modo, la constante respuesta a cada requerimiento que en ese sentido se hizo fue *“...Don Alberto, el concepto del departamento técnico destaca que la emisora tiene buen sonido, buena potencia y buena modulación...”*, incluso, el mismo gerente Enrique Olano le informó que se ubicó a las afuera del estadio junto con su equipo de técnicos y se escuchaba perfecto.

De otro lado, si bien los señores Ismael Enrique Mesa y Oswaldo Ruíz Gutiérrez, testigos de la parte demandante, quienes laboraron como operadores de audio en la emisora, aducen que se dieron cuenta de las quejas y comentarios que

recibían respecto del sonido de la emisora La Voz de Río Grande, incluso, el primero de ellos recuerda una ocasión en que se le abrió espacio en otra frecuencia por problemas de sonido, no obstante, de acuerdo con sus versiones esos fueron problemas técnicos ocasionales y que no permanentes, al tiempo que ellos también aclararon que el campo técnico de funcionamiento y operatividad de los equipos no era lo suyo, sino que corresponde al departamento técnico que estaba al servicio de la emisora.

Tampoco se puede soslayar que fueron vicisitudes que, a la postre fueron asumidas contractualmente por el concesionario, pues el parágrafo segundo del contrato de concesión de espacio radial indica “...*el concesionario podrá variar o cambiar, suspender o modificar el horario del programa por razones de (...) 3) falla en los equipos de transmisión...*”. En tales circunstancias, lo ocurrido no se tipificó como una falla técnica de la magnitud que pretende hacerlo ver el recurrente, sino uno de los riesgos inherentes de la transmisión radial que tiene todo equipo con atraso tecnológico, pero que aun así y por bajos costos termina siendo una opción también funcional, como lo señala la representante legal suplente de la emisora en su interrogatorio; sin embargo, lo que resulta contundente de cara a la **falta de gravedad del incumplimiento**, es que de todas maneras el demandante siempre presentó sus programas en los horarios asignados y tanto es así que año tras año volvió a contratar con los mismos proveedores.

3.4. Es indudable que aquí el principio de la buena fe cobra especial importancia, para resaltar que en el ámbito contractual se aplica esa buena fe con la misma intensidad y rige en todas las fases del negocio jurídico, no solo durante su ejecución, sino también en la etapa previa a su celebración e, incluso, en el período post-contratual. También para destacar que tiene un carácter normativo, esto es, que es generador de específicas obligaciones para los contratantes, entre las que se encuentran la de obrar con honestidad, probidad y lealtad para con la contraparte, respetar los derechos ajenos y evitar abusar de los propios, así como abstenerse de ejecutar actos que conlleven un enriquecimiento sin causa justificada.

3.4.1. Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, indicó que:

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de

conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, lealtad en los tratos, observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la Palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras¹

3.5. De esta forma, en ciertos casos, el juez puede inaplicar o modificar aquellas cláusulas que vayan manifiestamente en contra de las reglas derivadas de dicho postulado, como ocurre, por ejemplo, cuando advierte un abuso del derecho, cuando aplica la cláusula *rebus sic stantibus* o cuando encuentra vulnerada la regla que prohíbe el **venire contra factum proprium**, magistralmente tratado en la T295/99, de la cual conviene citar:

*“[...] un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto **al acto propio**, en virtud del cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (C. N., art. 83). Principio constitucional que sanciona entonces como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.*

(...)

*La teoría del respeto del acto propio tiene origen en el brocardo **venire contra pactum proprium nelli conceditur** y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria. El tratadista y magistrado del Tribunal Constitucional español Luis Díez Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer[,] sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.*

(...)

[...] se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una

¹ CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 09 de agosto del año 2000. Exp. 5372 M.P, Jorge Antonio Castillo Rugeles.

anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

3.6. Se itera entonces que, en cada momento contractual, el señor Quenguán Gómez, como él mismo lo señala en su interrogatorio, toleró las posibles fallas técnicas que pudieran surgir durante y posterior a las transmisiones del fútbol como de su programa radial llamado Mundo Deportivo y Social “...*siempre con la promesa de que se iba a mejorar y que se podían recuperar las inversiones, esa fue la idea con Todelar siempre, **posicionar la marca mundo deportivo**...*” (mnto 43. Archivo 71 exp. digital), luego, si las condiciones contractuales referentes al atraso tecnológico en los sistema de transmisión como lo llama el operador de audio Ismael Enrique Mesa, fueron conocidos desde siempre por el señor Quenguán Gómez y llegó a la emisora con el ánimo de hacerla resurgir, ello comporta un deber de coherencia con los actos previos, celebrados en un marco de confianza mutua, que se vieron materializados en la tolerancia de ambos contratantes ante cada vicisitud, relación que perduró aproximadamente un quinquenio, por lo que no resulta entonces aceptable que ahora sean rechazadas bajo el argumento que los equipos de transmisión de la emisora nunca funcionaron y no solo eso, que causaron un alejamiento de clientes y oyentes en detrimento de su imagen, de lo cual no existe una prueba contundente, por lo que, contrariamente, toma fuerza la idea que el señor Alberto Quenguán Gómez puso todos sus esfuerzos para sacar a flote un programa periodístico enfocado comercialmente en la pauta publicitaria, prevalido de su trayectoria periodística de 25 años y su paso por Colmundo, Caracol y RCN Radio, no obstante, dicho proyecto empresarial fracasó, pero, como se verá, tal circunstancia no es atribuible a las eventuales fallas técnicas y de sonido que, en desarrollo contractual puso a disposición del señor Quenguán Gómez la entidad demandada, amén que no existe un hecho debidamente probado para sustentar tal deducción.

3.7. En efecto, lo que resta por agregar a la sentencia de primera instancia es que, para declarar responsable a la cadena radial demandada en la forma que pretende el accionante, no basta con la afirmación, según la cual, su experiencia de 25 años en el periodismo le ha enseñado sobre el funcionamiento de equipos de radiocomunicación, tales como sistemas de transmisión (antenas, transmisores y líneas de transmisores) y equipos de medición y control (como monitores de modulación o de frecuencia) y, según su dicho, la infracción

contractual que le impidió cumplir con la contraprestación dineraria pactada en el contrato, obedeció a las fallas técnicas presentadas por la emisora en la emisión del sonido y la falta de cobertura en el Área Metropolitana, no obstante, si tanto conocimiento tenía, cómo es que decidió contratar a pesar de que los equipos conocidos por él no brindaban las exigencias técnicas que se requerían. Al respecto, se advierte que el *onus probandi* le imponía como demandante demostrar de forma contundente que, en verdad, para las calendas contractuales relacionadas en la demanda, las frecuencias no cumplían con los parámetros técnicos de funcionamiento establecidos por el Ministerio de la TIC, para que eso nos permitiera aterrizar en un incumplimiento real del contrato.

Ahora bien, es cierto que, a petición del aquí demandante, la Agencia Nacional del Espectro, cumpliendo funciones de vigilancia y control verificó el cumplimiento de los parámetros espectrales en las emisoras Radio Claridad (920 am) y la Voz de Río Grande (910 am), por lo que dicha agencia encontró “...una deficiencia en el nivel de intensidad del campo mínimo (500uV/m=dBuV/m) en 14 de los 15 puntos medio dentro del área prevista de cobertura de la emisora, a pesar de estar operando con los parámetros autorizados...”, no obstante, el documento que contiene esas observaciones denominado “Análisis de la visita Asociación Radial Colombiana” ni por asomo se puede tener como prueba de las fallas técnicas durante las vigencias de las relaciones contractuales celebradas entre las partes, pues dichas conclusiones son producto de la revisión de campo que se hizo a los equipos de transmisión entre **mayo y junio de 2017** respectivamente, es decir, un año después de que se dio por terminada la relación contractual entre el señor Quenguán Gómez y Todelar S.A.

3.8. De igual forma, hemos de ver que el demandante alude a que se perdió su imagen y credibilidad profesional ante sus clientes y oyentes, entre otras cosas, porque en su sentir, la emisora estaba caída comercialmente, no era escuchada y, a su llegada, se comprometió a hacerla crecer, razón por la cual invirtió recursos y cobraba sumas de dinero importantes por pautar, además, indica que en las calendas contractuales, el Atlético Nacional se encontraba en la final de la Copa Libertadores y tuvo que responder por la pauta que dio al aire, que algunos clientes se alejaron y otros redujeron lo que pagaban por los anuncios publicitarios; sin embargo, si como ya se dijo que no había prueba sobre el incumplimiento contractual y siendo que este perjuicio que se reclama deviene como una consecuencia directa de la falta de frecuencia que alega el

demandante, entonces tampoco ese perjuicio queda demostrado, pero si en gracia de discusión se admitiera como independiente, de todas maneras dicho reclamo no es otra cosa que la pérdida del buen nombre y de la reputación comercial de este profesional del periodismo, tal perjuicio se materializa, en lo que la jurisprudencia y la doctrina conocen con el nombre del "Good Will", distinguiéndola del derecho a la honra y al buen nombre, pero de cuyo perjuicio tampoco hay prueba contundente.

3.8.1. Sobre el tema la Corte Constitucional ha dicho:

Las personas jurídicas sí pueden buscar la protección de su "buen nombre" o "Imagen" comercial, también conocidos como good will, de naturaleza completamente distinta a los derechos a la honra y al buen nombre. En efecto, mientras éstos buscan garantizar la dignidad de la persona humana, aquéllos pretenden salvaguardar la libertad de empresa o evitar distorsiones del mercado, como la competencia desleal y, por ende, tienen un contenido eminentemente económico, del que carecen los derechos a la honra y al buen nombre de que son titulares los individuos. Por tratarse de derechos de contenido económico, del todo diferentes a los derechos personalísimos, la Corte tiene establecido que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para la protección del good will, razón por la cual quien busque su restablecimiento debe recurrir a la jurisdicción ordinaria.~

"De las definiciones antes mencionadas se desprende que una afectación al "Good Will" más que en el nivel del perjuicio moral se ubica mejor dentro de la categoría de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante como quiera que corresponde a la ganancia o beneficio económico "que debía Ingresar en el curso normal de los acontecimientos, y que no Ingresó ni Ingresará en el patrimonio de la víctima".

"La naturaleza jurídica del "Good Will" es la de ser un bien intangible o incorporeal, que a diferencia de los bienes extrapatrimoniales, sigue en la órbita del comercio jurídico, lo que Implica que, no se podría predicar de un mal negocio sobre el Good Will de una sociedad comercial un perjuicio moral. (...)

"En cuanto a la "pérdida" del good will derivado de la imposición de una sanción contractual, sólo será posible su indemnización, bajo la categoría de lucro cesante, en tanto se tenga la convicción y la certeza de que la víctima la padeció; certeza y convicción que debe aportar quien la reclama, con

elementos de prueba que no dejen duda acerca de su causación; sin embargo, en este proceso no existe nada sobre el particular."

3.9. En este caso, no hay certeza de los daños ocasionados al buen nombre del demandante en calidad de periodista y comerciante y mucho menos de la causalidad que alega para derivarlos, hecho y daño que no están debidamente acreditados por las pruebas documentales ni por los testimonios rendidos por el señor Ismael Enrique Mesa y Oswaldo Ruíz Gutiérrez.

En otras palabras, no se evidencia prueba alguna que sirva para determinar si efectivamente el comerciante y periodista Alberto Quenguán Gómez gozaba del elemento accidental estimable en dinero denominado Good Will y, menos aún, un concepto o experticia técnica que haya hecho referencia a una posible tasación dineraria relacionada con este perjuicio, pues apenas se allegó por el actor una proyección unilateral del flujo de caja carente de todo soporte contable y, por ende, desconoce el Tribunal la probabilidad de ingreso de esa ganancia o tan siquiera, si en verdad dejó de percibir esa suma tangible, además, queda en el vacío la prueba de **la específica destinación** de los créditos obtenidos por el demandante, según su dicho, para invertir en la emisora. También por este flanco, entonces, la demanda estaba llamada al fracaso.

4. No saliendo avante las súplicas del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se le impondrán las costas de rigor.

De esta manera, sin necesidad de más consideraciones, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: SE CONFIRMA, el fallo proferido por el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, el día 02 de julio de 2021, dentro de la presente acción de responsabilidad civil contractual, adicionándolo, sin embargo, para declarar probada la excepción de *“contrato no cumplido”* formulada por la entidad radial demandada, ello, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO. Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante, en favor de la parte demandada, tras la resolución desfavorable de su recurso. para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado