



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada ponente

SC4853-2021

Radicación No. 08001-31-03-001-2002-00094-01

(Aprobado en sesión de veintisiete de octubre de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Corte, en sede de instancia, a proferir sentencia sustitutiva dentro del proceso ordinario promovido por TV Cable Guajira 2000 Ltda. y Cable TV de Sucre Ltda. contra Satelcaribe S.A., Cablevista S.A. y Televista Telecomunicaciones S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandantes acudieron a la jurisdicción para que, en razón del incumplimiento de los contratos celebrados con las llamadas a juicio, a las últimas se les condenara a restituir *“las redes, equipos de cabecera instalados, herramientas y enseres con los que actualmente se presta el servicio de televisión por suscripción (Televisión informal)”* en las ciudades de Riohacha, Maicao y Sincelejo, y a pagar *“las*

compensaciones y (...) las asesorías acordadas, debidamente reajustadas”, señaladas en los hechos 23.1 y 23.2 del libelo introductor, además de la cláusula penal consignada en la “*cláusula OCTAVA de cada uno de los contratos denominados PROMESA DE COMPRAVENTA, por los valores, debidamente ajustados indicados en el hecho 27, numeral 27.1 y 27.2*” y los perjuicios materiales ocasionados.

2. En sustento de sus pretensiones, adujeron que la Comisión Nacional de Televisión convocó a una licitación pública para la concesión de contratos de operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, proceso en el que resultaron favorecidas Satelcaribe S.A. y Cablevista S.A.

3. El 30 de mayo de 2000, las convocantes suscribieron con las citadas sociedades dos negocios jurídicos que titularon: “*promesa para celebrar un contrato*”. Allí acordaron, entre otras cosas, que las primeras venderían a las segundas los bienes muebles destinados a la prestación del servicio de televisión por suscripción en las locaciones de Riohacha, Maicao y Sincelejo, y les cederían los convenios vigentes de arrendamiento sobre los inmuebles donde realizaban la mencionada operación y aquellos de ejecución periódica con los usuarios.

4. En la cláusula quinta del acuerdo con TV Cable Guajira 2000 Ltda., las promitentes compradoras se obligaron a pagar a la mencionada sociedad, la cantidad de \$12.000.000 mensuales “*a título de asesoría, durante todo el*

término que transcurra desde la fecha de entrega de lo prometido en venta, hasta cuando se haga efectivo el pago total del precio"; en tanto, en homóloga estipulación del negocio signado con Cable TV de Sucre Ltda., Satelcaribe S.A. y Cablevista S.A. se comprometieron a cancelar la suma de \$10.000.000 cada mes por concepto de *"compensación"*, durante el mismo lapso antes referido.

5. La compañía Televista Telecomunicaciones S.A., con ocasión del mandato comercial con representación suscrito con las enjuiciadas, ha operado y explotado el servicio público de televisión en la zona norte del país desde el 2 de junio de 2000, pese a la existencia de prohibiciones legales, pues, no tiene la calidad de concesionaria del servicio.

6. Las demandadas dejaron de pagar las cifras prefijadas como compensaciones y asesorías con sus correspondientes reajustes, incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones (folios 153 a 169, cno.1).

7. Admitido el escrito inaugural (folios 171 y 172, ib.), las convocadas se opusieron al *petitum* (folios 215 a 227, ib.) y, para el efecto, formularon las excepciones de mérito que denominaron *"nulidad absoluta de los contratos de promesa de compraventa por objeto ilícito"* y *"contrato no cumplido"*.

8. Agotado el trámite de la instancia, el 3 de julio de 2015, el *a quo* profirió sentencia que desestimó las excepciones planteadas por las llamadas a juicio, declaró resueltos los convenios motivo de la acción, ordenó a las

demandadas devolver a su contraparte los bienes objeto de dichos negocios y pagar la cláusula penal, los perjuicios y las costas del proceso.

Para arribar a dicha conclusión señaló que las promotoras de la acción demostraron la satisfacción de las obligaciones a su cargo, mientras que las concesionarias no pagaron los equipos entregados, ni observaron cabalmente los términos de las promesas de venta (fls. 584 a 588, cno. 1, Tomo 3).

9. Contra la anterior decisión, la demandada Cablevista S.A. interpuso recurso de apelación, con fundamento en que las promesas de compraventa no cumplen los requisitos establecidos en la legislación civil, particularmente los contemplados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en tanto no expresaron el plazo que fijara la época en que debía celebrarse el negocio prometido y no se identificaron a plenitud los bienes sobre los cuales recayeron. Analizados desde el estatuto mercantil tampoco satisfacen las exigencias reclamadas por esa normatividad.

A la par de lo anterior, los convenios comprenden un objeto ilícito, toda vez que las demandantes prestaban de manera “*informal*” el servicio de televisión por cable, pues no se demostró en el plenario que contaran con autorización, permiso o concesión conferida por el Estado para ejercer la indicada actividad y habilitara la celebración de contratos relativos a la misma como los de suscripción con los

usuarios, los cuales se pretendieron incluir en los pactos preparatorios.

Añadió la recurrente que la funcionaria de primer nivel soportó la condena impuesta en una experticia violatoria del artículo 870 del Código de Comercio, pues cuando lo pretendido es la resolución por incumplimiento, acorde con este canon procede la indemnización de los perjuicios compensatorios y no los moratorios liquidados por el perito, admisibles sólo si el *petitum* de la demanda se dirige a hacer efectiva la obligación insatisfecha.

De otra parte, cuestionó la negativa de la indemnización a que se contrae la regla 925 del compendio comercial, derecho a favor de los convocados emanado de la falta de saneamiento de la tradición de los bienes objeto de las promesas en razón de la ilegalidad del servicio prestado por las promitentes vendedoras. La inobservancia de esta obligación produjo el incumplimiento automático de los acuerdos celebrados.

Por último, reprochó la desatención del precepto 948 *ejusdem* porque la providencia impugnada no reconoció su derecho a la restitución de la parte pagada del precio con deducción de la pena concertada por las partes.

10. En fallo proferido el 22 de febrero de 2017, el *ad quem* revocó lo resuelto en la primera instancia y declaró oficiosamente la nulidad absoluta de las promesas de compraventa, condenando a las encartadas a restituir los bienes recibidos en razón de los negocios, y a las convocantes

a devolver, debidamente indexadas, las sumas recibidas por concepto de asesorías. Fundó su determinación en la ausencia de plazo o condición que fijara la época de celebración de las enajenaciones (folios 45 a 59, cno. Tribunal).

11. Formulada por las reclamantes la impugnación extraordinaria, mediante el pronunciamiento SC5224-2019, la Corte casó el veredicto del Tribunal, cardinalmente por encontrar que incurrió en yerro fáctico en la apreciación de los documentos allegados como soporte de las pretensiones, al imponerles el acatamiento de *“solemnidades innecesarias para la compraventa de bienes muebles”*.

Tal desacierto, se indicó, fue producto de inobservar el contenido objetivo de los convenios, del cual brotaba *“el acuerdo definitivo sobre la cosa que las vendedoras transferían y el precio que las compradoras pagarían en los plazos determinados”*. Respecto de las cesiones ajustadas por los litigantes respecto de los contratos de televisión por suscripción y de arrendamiento de los inmuebles empleados para la operación comercial, así como en relación con los pagos por comisiones y asesorías, el sentenciador cometió idéntica equivocación, pues soslayó que aquellos se celebraron efectivamente (folios 35 a 49, cno. Corte).

12. Previo a proferir la decisión de reemplazo, se ordenó como prueba de oficio, oficiar al Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla para que remitiera copias auténticas de la sentencia proferida el 19 de noviembre de

2008 dentro del juicio que allí cursó entre Cable TV de Sucre Ltda., Cablevista S.A. y Satelcaribe S.A., el pronunciamiento de segunda instancia, si lo hubo, la demanda, su contestación y el contrato sobre el que versó el juicio.

Agregadas a la actuación las indicadas piezas procesales y puestas en conocimiento de las partes para los efectos legales correspondientes, procede la Sala a desatar la alzada propuesta por la demandada Cablevista S.A.

II. CONSIDERACIONES

1. Satisfechos los presupuestos procesales y ante la ausencia de irregularidades invalidantes de lo actuado, la decisión de esta sede se limitará a las inconformidades manifestadas por la apelante que no fueron objeto de auscultación al resolver el recurso extraordinario de casación, pero antes de emprender dicho laborío es menester pronunciarse en relación con el medio de cognición recaudado oficiosamente.

1.1. Como respuesta a la comunicación enviada por la Corte, el juzgador requerido remitió copias auténticas de los siguientes documentos:

a) Demanda impetrada por las sociedades Cablevista S.A. y Satelcaribe S.A. frente a Cable TV de Sucre Ltda., en la cual persiguieron la revisión y reajuste de las condiciones pactadas en el contrato que suscribieron el 30 de mayo de 2000, rotulado por ellas como *“promesa para celebrar un*

contrato”, al haberse presentado “*circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración*” que “*agravaron las prestaciones económicas de futuro cumplimiento*” a su cargo.

b) Contestación al libelo presentada por la curadora *ad litem* de las enjuiciadas, quien no se opuso a las pretensiones y manifestó conformidad con lo que resultara probado en el proceso (folio 70 ib.).

c) Sentencia proferida por el juzgado remitente el 19 de noviembre de 2008, que denegó las peticiones de las gestoras y oficiosamente declaró la ausencia de efectos del convenio, esencialmente por no señalar la ciudad y hora de celebración del negocio jurídico prometido (folios 71 a 81, ib.).

d) Proveído de 4 de junio de 2009, mediante el cual se declaró la deserción del recurso de apelación interpuesto por Cable TV de Sucre Ltda.¹ contra la decisión antecedente, debido a la falta de sustentación de dicho mecanismo (folios 82 y 83, ib.).

1.2. De los anteriores medios suasorios se extrae que la controversia debatida con anterioridad a la presente causa judicial se suscitó entre Cablevista S.A., Satelcaribe S.A. y Cable TV de Sucre Ltda., al verificarse, según invocaron las dos primeras sociedades, “*circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles*” posteriores a la celebración del

¹ La sociedad fungía como demandada en ese litigio.

acuerdo, que alteraron y tornaron demasiado onerosas las prestaciones económicas que a futuro estaban llamadas a cumplir, razón por la cual pretendieron el reajuste “*en equidad*” del contenido de algunas de las estipulaciones acordadas.

El juzgador, al dirimir la instancia, determinó que el acuerdo de voluntades sometido a su escrutinio, coincidente con uno de los analizados en sede de la súplica extraordinaria, no producía ninguna clase de efectos como promesa mercantil, pues carecía de especificación de las circunstancias de tiempo y locación en que sería celebrado el contrato prometido, precisiones propias de esa tipología contractual que debían resguardarse a la hora de su confección.

1.3. La reseñada decisión es consonante con la adoptada por esta Corporación en relación con el acuerdo concertado el 30 de mayo de 2000 entre Cable TV de Sucre Ltda., Satelcaribe S.A. y Cablevista S.A., pues después de analizar el contenido de las convenciones celebradas entre las mencionadas operadoras del servicio de televisión por suscripción en las áreas de Riohacha, Maicao y Sincelejo y las sociedades que obtuvieron la concesión del Estado para prestarlo en esas comunidades, la Sala determinó que ninguno de esos pactos estaba llamado a surtir los efectos que por ley se atribuyen a los negocios preparatorios, pero sí aquellos que generan los contratos de compraventa de bienes muebles, los cuales, en el *sub iudice*, se perfeccionaron al alcanzar las partes un acuerdo sobre la cosa y el precio, sin

necesidad de cumplir solemnidad alguna para la existencia y validez de las enajenaciones.

De lo expuesto deviene la habilitación de la Corte para proveer, en segunda instancia, respecto de los dos negocios jurídicos que fueron escrutados en la impugnación extraordinaria.

2. Superado el análisis preliminar anunciado *ab initio*, aborda la Sala la alzada propuesta por la convocada Cablevista S.A., cuyos argumentos, en síntesis, son:

a) Las promesas de compraventa no cumplen las exigencias consagradas en el artículo 83 de la Ley 153 de 1887 que reformó el canon 1611 de la codificación civil ni en las normas mercantiles, pues no contienen los elementos propios de su naturaleza, dado que no se expresó el plazo que fijara la época para la celebración de los convenios prometidos, no fueron identificados plenamente los bienes objeto de la negociación, ni señalaron la ciudad donde se concertaría el pacto definitivo -Riohacha o Barranquilla-, como tampoco el lugar u hora de suscripción, por lo cual no producen efecto alguno y carecen de aptitud para originar las acciones alternativas previstas en las legislaciones civil y comercial.

b) Los aludidos documentos carecen de valor probatorio pues se allegaron al expediente en copia simple, contrariando el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

c) Los convenios se hallan afectados por objeto ilícito, porque no se demostró que las demandantes, antes de la firma, contaran con permiso, autorización o concesión del Estado para prestar el servicio de televisión y celebrar negocios jurídicos donde se cediera la prestación de aquél.

La actividad realizada por las convocantes era ilegal, vicio extensivo a los acuerdos de suscripción con los usuarios que se pretendieron incluir en las promesas.

d) La juez de primer grado fundó su decisión en un dictamen pericial que desconoció el contenido del artículo 870 del estatuto mercantil, por cuanto liquidó perjuicios moratorios de las sumas de dinero prometidas pagar, no empece que la citada norma contempla la indemnización de perjuicios compensatorios cuando se trata de resolución por incumplimiento y el resarcimiento de los de mora si lo perseguido es hacer efectiva la obligación insatisfecha.

e) Se denegó la reparación por tradición inválida prevista en la disposición 925 *ejusdem*, como derecho del comprador por no haberse saneado la tradición de los bienes objeto de las promesas de venta, documentos que dejan en evidencia la ilegalidad de la actividad desarrollada por las promitentes vendedoras por carecer de permiso estatal para la prestación del servicio de televisión por cable; de allí la necesidad de salir al saneamiento de los bienes, obligación que inobservada generó el incumplimiento inmediato de su parte.

f) Por último, la sentencia recurrida no atendió la regla del artículo 948 comercial referente a las restituciones mutuas, por cuanto la juzgadora no reparó en que las promitentes compradoras tienen derecho a que se les restituya la parte pagada del precio con deducción del valor de la pena estipulada; además, no reparó en la procedencia de la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios y de la reparación adicional del daño.

2.1. En relación con el primero y segundo cuestionamiento, no es necesario ahondar en consideraciones, por cuanto la Corte al definir la suerte del cargo primero propuesto en casación por las sociedades demandantes, amén de otorgarle valor probatorio a las copias allegadas, estableció que de los pactos suscritos por los negociantes el 30 de mayo del año 2000, surgen las obligaciones propias de los contratos de compraventa sobre bienes muebles, los cuales no requerían de solemnidad alguna para su existencia y validez.

Por esa razón, se encontró justificado que las partes no indicaran cuál era el contrato a celebrar posteriormente, ni hubieran fijado las condiciones temporo – espaciales en que lo harían, dado que no estaban destinados a surtir los efectos jurídicos asignados a un acuerdo preparatorio, pero sí los de la compraventa mercantil, habiéndose definido sin ambages los aspectos estructurales de esa especie convencional.

En lo que concierne a los tópicos descritos y en gracia de la brevedad, se remite la Sala al estudio que la condujo a reconocer la prosperidad del ataque.

2.2. Precisado lo anterior, incumbe elucidar si los contratos materia de las pretensiones de la demanda comprenden un objeto ilícito como lo alegó la impugnante, radicado en el carácter ilegal de la actividad ejercida por las reclamantes al no contar con la autorización estatal requerida para la prestación del servicio de televisión y la celebración de convenios o cesiones donde se involucra aquél.

Para el anotado propósito es necesaria la comprensión del marco regulatorio, especialmente el que tuvo vigor en la década inmediatamente anterior a la celebración de los convenios², pues aquel fue de tránsito hacia la legalización de varios operadores que ejercían su actividad en el sector.

2.2.1. La Constitución Política de 1991 planteó grandes cambios y retos en diversos aspectos de la economía nacional y de la vida en un Estado Social de Derecho, entre ellos, respecto del uso del espectro electromagnético, al cual definió como *“un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”* (artículo 75).

² Algunas de las normas que lo integran actualmente han perdido vigencia en razón de su derogatoria expresa por regulaciones posteriores del servicio de televisión y uso del espectro electromagnético para estos fines.

La intervención estatal en el espectro utilizado para los servicios de televisión se difirió en su momento a un órgano técnico y autónomo sometido a un régimen legal propio (arts. 76 y 77³).

2.2.2. En desarrollo del mandato superior, la Ley 14 de 1991⁴ se ocupó de regular la televisión bajo la perspectiva de un servicio público *“cuya prestación está a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión. Su explotación se podrá contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente Ley”*⁵, y en su regla décima creó la autoridad mencionada.⁶

La televisión por suscripción, modalidad sobre la cual versan los acuerdos de voluntades que motivaron el litigio, fue concebida por el precepto 43 como un servicio público⁷, el cual podía ser *“prestado por el Estado directamente o a través de concesiones otorgadas a personas naturales o jurídicas colombianas, mediante contrato celebrado a través de un proceso de licitación pública, por seis (6) años prorrogables”*, y comprende la *“realización de la programación y la emisión y distribución de señales de televisión a través de uno o varios canales de televisión destinados exclusivamente*

³ Derogado y reformado por los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 2 de 2011.

⁴ Véanse como antecedentes normativos la Ley 42 de 1985, el Decreto 3100 de 1984 y el Decreto 222 de 1983.

⁵ Derogado por el artículo 64 de la Ley 182 de 1995.

⁶ Anteriormente el Instituto Nacional de Radio y Televisión -Inravisión- creado en 1963, confería concesiones a particulares de espacios en los canales de televisión existentes, conservando el control sobre su funcionamiento (art. 4 Ley 42 de 1985).

⁷ Para ese momento ya se encontraban en funcionamiento algunos canales públicos, programadoras y las cadenas regionales de televisión cuya creación autorizó el Decreto 3100 de 1984.

a los correspondientes abonados o suscriptores del servicio”, teniendo en cuenta que la red de distribución de las señales se efectuaría *“mediante el sistema de transmisión y sobre el área de cubrimiento autorizado por el Ministerio de Comunicaciones”*⁸, ente que asumía el control y vigilancia de la prestación del servicio y de la ejecución de los correspondientes contratos.

2.2.3. Posteriormente, la Ley 182 de 1995⁹ abolió la mayor parte de la normatividad precedente y reguló el servicio de televisión, procurando democratizar el acceso al mismo y promover la industria y actividades de ese sector económico.

A partir de sus directrices quedó claro que a pesar de estar sujeto este servicio de telecomunicaciones a la *“titularidad, reserva, control y regulación del Estado”*, su prestación se realizaría a través de concesión a entidades públicas, particulares y comunidades organizadas (art. 1º).

Creó la Comisión Nacional de Televisión¹⁰ como organismo de derecho público encargado de ejecutar la intervención estatal anunciada en los cánones 76 y 77 de la Carta Magna, una de cuyas funciones era la de *“{r}reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los*

⁸ Vigente al momento de la celebración por las partes de los contratos discutidos. Lo derogó el canon 51 de la Ley 1978 de 2019.

⁹ Derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que no se encontraba en vigencia a la celebración de los pactos entre las operadoras de televisión (30 de mayo de 2000).

¹⁰ Al entrar en funcionamiento, desaparecieron el Consejo Nacional de Televisión, los Consejos Regionales de Televisión, la Comisión Nacional para la Vigilancia de la Televisión y las Comisiones Regionales para la Vigilancia de la Televisión, a los cuales se refería la Ley 14 de 1991.

*contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos” (literal e) art. 5).*¹¹

En ese marco de injerencia era sancionada la ocupación ilegal del espectro electromagnético, de modo que *“{c}cualquier servicio de televisión no autorizado por la Comisión Nacional de Televisión, o que opere frecuencias electromagnéticas sin la previa asignación por parte de dicho organismo, es considerado clandestino”*. A la Junta Directiva de la Comisión se le otorgó la potestad de suspenderlo y decomisar los equipos empleados, *“sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes”* (art. 24). Se dispuso, adicionalmente, que la adjudicación de concesiones¹² para televisión por suscripción sería otorgada *“mediante procedimiento de licitación pública”* (art. 42).¹³

2.2.4. No obstante, la Ley 335 de 1996, al modificar la previsión tercera de la normativa precitada, con el fin de formalizar la prestación del servicio de televisión por suscripción, de tal modo que pudieran recaudarse los derechos que correspondan al Estado y a la vez *“velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo a la legislación nacional y*

¹¹ Existían, para entonces, 11 operadores de televisión por suscripción con cubrimiento en 10 municipios y centenares de antenas parabólicas para la prestación (Yances Peña, Germán. Una televisión en construcción CNTV: 1995-2003, Bogotá: Comisión Nacional de Televisión, pág. 37).

¹² Es el acto jurídico en virtud del cual “por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio” (art. 46 Ley 182 de 1995).

¹³ Norma derogada por el mandato 51 de la Ley 1978 de 2019.

a los acuerdos internacionales sobre la materia” y procurar la regulación y control de *“la calidad de tal servicio en forma efectiva”*, dispuso que, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la ley, la Comisión Nacional de Televisión debía elaborar e implementar *“un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada a un plazo de cinco (5) años”* (parágrafo art. 8).¹⁴

Dicho plan fue adoptado en el Acuerdo 014 de 20 de marzo de 1997 expedido por la CNTV, el cual tenía como destinatarias a las empresas, sociedades, consorcios o uniones temporales que venían prestando el servicio de televisión por suscripción de manera informal, con lo cual se les permitía participar en un proceso licitatorio con observancia de los procedimientos y requisitos de la comentada Ley 335 de 1996.

Incluso, el artículo 8° del Acuerdo 049 de 1998 emitido por la autoridad citada, por medio del cual *“se reglamenta el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad del servicio de televisión por suscripción”*, reglamentó la calificación del “factor experiencia” en actividades relacionadas con el sector de las telecomunicaciones, y en su parágrafo se reconoció la actividad de los prestadores informales al establecer que *“{s}i el solicitante de inscripción en el registro es un prestatario informal del servicio de televisión por suscripción, y demuestra el pago de derechos de autor a las programadoras internacionales titulares de las señales codificadas que*

¹⁴ Derogado por el precepto 51 de la Ley 1978 de 2019.

emite, tendrá derecho al 30% de la calificación señalada para este factor”.

2.2.5. Se advierte con facilidad que la normatividad del ramo no sólo no castigó la actividad ejercida por empresas como las demandantes, sino que tuvo a dichas entidades como operarios informales, reconocimiento en virtud del cual les otorgó la posibilidad de acogerse al plan de formalización del servicio de televisión por suscripción, lo cual, como lo sostuvo el Consejo de Estado, constituía *“una invitación, una exhortación o, incluso, un incentivo al prestatario informal del servicio en cuestión, a efecto de que normalice o regularice su situación”*:

El hecho mismo de que la ley faculte a la Comisión Nacional de Televisión para implementar un plan de la índole indicada, para los fines señalados, evidencia que el legislador tenía bien presente la existencia de operadores de televisión por suscripción que no contaban con autorización para ello, pues no de otra manera se entiende que uno de los fines de ese plan fuese “fomentar la formalización”, puesto que sólo se formaliza lo que es informal.

*De ahí que cuando el artículo 19 del Acuerdo defina como “Prestatario informal” de televisión por suscripción, para los efectos de dicho Acuerdo a “aquellas empresas constituidas para el servicio de dicha actividad sin concesión legalmente otorgada”, se desenvuelve dentro del marco legal que concibió el plan respectivo; ...
(...)*

El enunciado según el cual quien ocupe el espectro electromagnético sin autorización es un operador clandestino, que es de la esencia de la norma superior que se dice infringida (art. 24 ley 182 de 1.995), no se opone per se a que el legislador opte, antes que sancionar, por dar la oportunidad a este tipo de operadores de adecuarse a la formalidad, con miras a asegurar la percepción de recursos para el Estado, de poderlos vigilar y controlar, como se señala en el parágrafo del artículo 1° del artículo 8° de la ley 335 de 1.996.

La formalización no es otra cosa que, por disposición o autorización de la ley, ajustarse, quien es operador ilegal, a los “principios de asignación de concesiones” y a los “parámetros para la adjudicación de concesiones de televisión por suscripción” a que

se refieren los artículos 41 y 42 de la ley 182 de 1.995. De suerte que cuando la Comisión Nacional de Televisión precisa cuáles son las empresas que deben formalizarse, por carecer de autorización para operar la televisión por suscripción, también se enmarca dentro del Plan que le asignó el parágrafo 1° de la ley 335 de 1.996” (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto 22 may. 1997, rad. 4387, citada en CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 14 ago. 2008, rad. 1999-00012-01).

Aunque el Acuerdo 01 de 1999 modificó la disposición comentada eliminando las alusiones primigenias a los prestatarios informales del servicio público de televisión, es de notar que también partió de un reconocimiento a la prestación informal de la televisión por suscripción, al otorgar una calificación *“al tiempo de experiencia de la empresa en actividades relacionadas con el sector de las telecomunicaciones”* (art. 3°), agregado con el que contaban los operadores informales al ejercer su actividad comercial en un medio donde la demanda de servicios superaba la oferta institucional.

2.2.6. Se desprende de lo expuesto en precedencia que no obra configuración de objeto ilícito en las ventas celebradas entre las partes del litigio, porque la informalidad de la actividad ejecutada por las promotoras de la acción no tiene la connotación de un proceder marginado del marco legal que no fuera tolerado por el ordenamiento jurídico; por el contrario, precisamente aceptando la existencia de los operadores informales, en lugar de sancionar su operación, el Estado propuso un plan de formalización que les permitía adaptarse a la nueva regulación normativa y a las condiciones imperantes del mercado.

Ciertamente la licitud del objeto es uno de los requisitos para la validez de los contratos, según lo establece el artículo 1502 del Código Civil, norma a la cual se acude por remisión de las disposiciones mercantiles que definen el objeto ilícito sólo en el convenio de sociedad (art. 104).

La regla 1519 del citado compendio preceptúa que *“hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (...)”* y el canon 1523 determina que también es ilícito el objeto *“en todo contrato prohibido por las leyes”*.

En la compraventa, como lo ha acotado esta Corporación, ese elemento obligacional se concreta en *«la prestación consistente en hacer tradición de la cosa, de enajenarla, de hacerla ajena»*, la cual debe satisfacer las exigencias legales, entre éstas que la enajenación de la cosa, sea corporal o inmaterial, *«no esté prohibida por Ley»* como lo recuerda el artículo 1866 del Código Civil, de suerte que *«si un contrato de compraventa recae sobre una cosa cuya enajenación está prohibida, tiene objeto ilícito»* (CSJ SC 4 feb. 2013, rad. 2008-00471-01).

Ni la actividad desarrollada por las demandantes puede tildarse de ilegal, ni el objeto de los convenios, esto es, la venta de *“todas las redes, equipos de cabecera instalados, herramientas y muebles y enseres con los que actualmente se presta el servicio de televisión por suscripción (Televisión informal)”* en las ciudades de Riohacha, Maicao y Sincelejo; la cesión de *“todos los contratos de ejecución periódica que la PROMETIENTE VENDEDORA tiene vigentes con los usuarios del servicio de televisión por suscripción”* y la cesión de *“los contratos de arrendamiento de aquellos inmuebles*

dedicados exclusivamente a la prestación del servicio informal de televisión por cable; previo acuerdo y autorización de los propietarios y/o arrendadores, cuando en los contratos así se requiera”, estaba prohibida por las leyes.

En razón de lo preanotado deviene frustránea la acusación de ilicitud de la apelante, resultado que se hace extensivo a la alegación en torno del incumplimiento de la obligación de saneamiento de la tradición, que no se atisba insatisfecha y por ende, no habilita la reparación consignada en el artículo 925 del estatuto comercial, máxime cuando la recurrente confesó en la contestación de la demanda que entregó los bienes objeto de los negocios jurídicos a su mandataria Televista Telecomunicaciones S.A.¹⁵, por lo que, tratándose de una compraventa mercantil, regida por la consensualidad, tal atestación es suficiente para tener acreditada la tradición válida de lo vendido.

2.2.7. Fracasados los argumentos de la apelación referentes a la nulidad de los contratos aducidos con la demanda, es preciso reparar en que la inconforme mostró su aquiescencia con el análisis que efectuó la juez del conocimiento sobre la atención de las obligaciones a cargo de las demandantes y la insatisfacción de las suyas, pues al sustentar el recurso vertical no efectuó despliegue argumentativo frente a esas consideraciones, siendo estos puntos pacíficos que escapan al pronunciamiento en esta sede.

¹⁵ Folio 262, cno. 2.

2.3. En razón de lo expuesto, la Sala abordará el estudio de los últimos reproches, atañedores a la omisión de análisis recriminada en punto de la procedencia conjunta de la cláusula penal y la indemnización del daño; la credibilidad otorgada al dictamen pericial en que la enjuiciadora soportó la condena impuesta a las demandadas a pagar perjuicios a su contraparte y la desatención de la regla contenida en el artículo 948 del Código de Comercio sobre restituciones mutuas.

2.3.1. Sobre la cláusula penal, la jurisprudencia de la Sala ha decantado que *«es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio...”*.

No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero» (CSJ SC 18 dic. 2009, rad- 2001-00389-01, citada en CSJ SC3047-2018, 31 jul., rad. 2013-00162-01).

En materia mercantil, el canon 867 contempla la pena convencional, previniendo que *«[c]uando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse»* y si *«la prestación*

principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella».

No puede perderse de vista que los contratantes pueden estipular, válida y previamente, la forma en que deberán indemnizarse los perjuicios que hayan de sufrir por causa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades a través de una cláusula penal o pena convencional, que el artículo 1592 de la codificación civil define como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.*

Tal fijación antelada surte el efecto de exonerar al demandante de demostrar la existencia, cuantía y naturaleza de los perjuicios causados, pues estos se presumen de derecho y como su monto se tiene el libremente señalado por las partes y, en principio, es improcedente su acumulación con otra reparación, a menos que así se haya convenido en el contrato.

De esa manera lo ha considerado esta Corte luego de precisar que:

(...) la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los

susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato” (CSJ SC 23 may. 1996, rad. 4607, reiterada en CSJ SC170-2018, 15 feb., rad. 2007-00299-01).

Luego, del incumplimiento por parte la recurrente de las obligaciones de su resorte dimana su responsabilidad frente a los perjuicios inferidos a las convocantes, pero no debió ignorar la falladora *a quo* la indebida acumulación de pretensiones contenida en la demanda para, en su lugar, darle vía libre.

En efecto, habiéndose concertado en los dos contratos aducidos, una sanción o pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal contraída por cada uno de los ahora contendientes: \$200.000.000 en el caso del negocio celebrado con TV Cable Guajira 2000 Ltda. y \$500.000.000, en el del pacto ajustado con Cable TV de Sucre Ltda., sin que hubieran prefijado la posibilidad de una reparación adicional por concepto de los daños ocasionados, el reclamo de resarcimiento efectuado en la pretensión cuarta del libelo introductorio¹⁶ resultaba claramente improcedente.

Tal circunstancia impone modificar lo decidido en la sentencia impugnada sobre el particular, pero sólo en beneficio

¹⁶ Folio 164, cno. 1.

de la sociedad Cablevista S.A., pues esta fue la única apelante como se advierte en el memorial mediante el cual propuso la alzada¹⁷, de modo que al no recurrir la empresa Satelcaribe S.A., asintió la condena impuesta.

La anterior consideración determina que sea innecesario proveer sobre el alegado desconocimiento del artículo 870 mercantil tanto por el perito que rindió la experticia atendida en el fallo como por la juzgadora, pues la cláusula penal es comprensiva de todos los perjuicios que podían causarse a los negociantes y excluye, como se indicó, cualquier otra estimación.

2.4. Resta por examinar el punto atinente a las restituciones mutuas, en el cual asiste razón a la discrepante, porque según lo estatuido en el último inciso del artículo 948 de la codificación comercial “*cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá derecho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución*”.

2.4.1. En los hechos 23.1.1. y 23.1.2. de la demanda, las reclamantes confesaron que a la sociedad Cable TV de Sucre Ltda. le fue pagada la suma de \$129.876.000 a título de las “*compensaciones*” acordadas en la cláusula quinta del contrato celebrado con ella; en tanto a TV Cable Guajira 2000 Ltda. se le canceló la cantidad de \$108.000.000 por concepto de las “*asesorías*” convenidas en la estipulación homóloga del

¹⁷ Folios 590-591, cno. 3.

negocio suscrito con esa empresa¹⁸; empero, como tales cifras resultan ser inferiores a las instituidas convencionalmente en las cláusulas penales, no hay lugar a su reembolso.

3. Sobre las demás restituciones recíprocas no contempladas en la sentencia recurrida, las cuales ameritan pronunciamiento oficioso, debe repararse en que ni los frutos civiles ni las mejoras fueron debidamente acreditadas en el plenario.

4. Corolario de lo discurrido, se confirmará parcialmente la determinación que por vía de apelación se ha revisado en el entendido que los contratos allegados con la demanda corresponden a compraventas como así se dejó claro al dirimir el remedio extraordinario de casación. No hay lugar a condenar en costas ante la prosperidad relativa del recurso vertical.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

¹⁸ Folio 161, cno. 1.

PRIMERO: REVOCAR la condena impuesta a la demandada Cablevista S.A. en los ordinales quinto y sexto de la parte resolutive del fallo proferido por el juzgado de primera instancia. Por lo tanto, se **MODIFICAN y quedan como sigue:**

“5- Condenar a Satelcaribe S.A. a pagar a Cable TV de Sucre Ltda. la suma de \$500.000.000 correspondiente al valor de la cláusula penal pactada en la cláusula octava del contrato celebrado con dicha sociedad el 30 de mayo de 2000 y por perjuicios la suma de \$3.644.649.814”.

“6- Condenar a Satelcaribe S.A. a pagar a TV Cable Guajira 2000 Ltda. la cantidad de \$200.000.000 correspondiente al valor de la cláusula penal pactada en la cláusula octava del contrato celebrado con dicha sociedad el 30 de mayo de 2000 y por perjuicios la suma de \$4.929.376.456”.

SEGUNDO: ADICIONAR la providencia impugnada, con el fin de **NEGAR** el reconocimiento de frutos civiles y mejoras, atendiendo los motivos señalados en el apartado considerativo de esta determinación.

TERCERO: CONFIRMAR, en lo demás, la sentencia objeto de impugnación.

CUARTO: Sin costas en la segunda instancia.

Remítase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

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

Código de verificación: 9EFC988255C7CB74B3E0380E40E8DA0A7792F43BF0E48E1CF3951F59B59DDDF5

Documento generado en 2021-11-18